



**Màster en
DRET
Treball de fi de màster**

Autor:

Lluís Pérez Losa

Títol:

**L'atribució de l'ús de l'habitatge
en processos de família**

**L'aplicació del Llibre II del Codi civil
de Catalunya pels Tribunals**

Tutora:

Dra. Chantal Moll de Alba Lacuve

Curs:

2013/2014 (primer semestre)

SUMARI

I. INTRODUCCIÓ	5
II. CONCEPTES PREVIS	9
1) Habitatge familiar	9
1.1 <i>Referències normatives</i>	9
1.2 <i>Jurisprudència</i>	11
1.3 <i>Doctrina i conclusions</i>	13
2) Naturalesa jurídica del dret d'ús	15
III. ANTECEDENT IMMEDIAT I RÈGIM JURÍDIC VIGENT	19
IV. APLICACIÓ PELS TRIBUNALS DEL DRET VIGENT	23
1) Atribució de l'ús de l'habitatge familiar	23
1.1 <i>Criteris de l'atribució</i>	24
1.1.1 <i>Per pacte</i>	24
1.1.2 <i>Per decisió judicial</i>	27
1.1.2.1 <i>En funció de la guarda</i>	27
1.1.2.2 <i>Al més necessitat</i>	29
1.2 <i>Durada</i>	33
1.2.1 <i>En funció de la durada de la guarda</i>	33
1.2.2 <i>Termini</i>	34
1.2.3 <i>Règim de la pròrroga</i>	37
1.2.4 <i>Règim específic de la possessió sense ser propietari i de les tolerades</i>	40
1.3 <i>Conseqüències a efectes de la fixació de les pensions</i>	43
1.4 <i>Règim jurídic de l'habitatge atribuït</i>	48
1.4.1 <i>Publicitat registral</i>	48
1.4.2 <i>Obligacions i despeses</i>	50
1.4.3 <i>Disposició i gravamen</i>	53

2) Alternatives a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar	54
2.1 <i>Distribució</i>	54
2.2 <i>No atribució</i>	58
2.3 <i>Atribució de l'ús d'altres residències</i>	60
3) Exclusió de l'atribució de l'ús i extinció del dret d'ús	62
3.1 <i>Exclusió de l'atribució de l'ús</i>	62
3.1.1 <i>Causes</i>	62
3.1.2 <i>Conseqüències</i>	65
3.2 <i>Extinció del dret d'ús</i>	67
3.2.1 <i>Causes</i>	67
3.2.2 <i>Conseqüències</i>	78
V. CONCLUSIONS	81
VI. ÍNDEX SISTEMÀTIC DE LA JURISPRUDÈNCIA ESMENTADA	83
VII. BIBLIOGRAFIA	97
VIII. ANNEX	101
Dades estadístiques de la jurisprudència esmentada en el treball	101

ABREVIATURES

Sigles de textos normatius

CC	Codi civil
CCC	Codi civil de Catalunya
CE	Constitució espanyola
CF	Codi de família
CP	Codi penal
LAU	Llei d'arrendaments urbans
LEC	Llei d'enjudiciament civil
LH	Llei hipotecària
LOPJ	Llei orgànica del poder judicial

Sigles de jurisprudència i d'altres resolucions

IAP	Interlocutòria de l'Audiència Provincial
IJVD	Interlocutòria del Jutjat de Violència sobre la Dona
ITSJ	Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia
SAP	Sentència de l'Audiència Provincial
SJPI	Sentència del Jutjat de Primera Instància
SJPII	Sentència del Jutjat de Primera Instància i Instrucció
SJVD	Sentència del Jutjat de Violència sobre la Dona
STS	Sentència del Tribunal Suprem
STSJ	Sentència del Tribunal Superior de Justícia
RDGRN	Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat

I. INTRODUCCIÓ

Els deu anys que porto exercint funcions jurisdiccionals m'han permès comprovar que si bé la **jurisprudència** no és font del dret, sí que és bàsica per a la seva interpretació amb l'objectiu d'una aplicació justa de l'ordenament jurídic vigent. I aquesta finalitat no sempre és fàcil d'aconseguir. Sobretot quan la controvèrsia entre les parts prové d'un conflicte de parella que es trenca i requereix de mesures civils que regulin la nova situació creada.

L'especial **subjectivitat** que impregnen les qüestions derivades de l'aplicació del Dret de família ha portat —massa sovint— els jutges i tribunals a donar solucions estereotipades i a considerar excepcional qualsevol altra resposta que s'allunyés del patró clàssic (guarda, habitatge i pensions per a una de les parts, en detriment de l'altra). La regulació anterior afavoria aquest tipus de decisions judicials en donar preferència al sistema de guarda unilateral, que es retroalimentava amb l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar al guardador, més les pensions corresponents.

La Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, suposa un **canvi** radical en aquesta perspectiva en prioritzar i afavorir les fórmules de coparentalitat. Amb això —com diu el preàmbul de la llei— es pretén que la igualtat de drets i deures entre els progenitors elimini les dinàmiques de guanyadors i perdedors. I aquesta finalitat es persegueix no només quan hi ha fills sota la guarda. En particular, la nova regulació de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar comporta importants novetats en el tractament legal i jurisprudencial sobre la matèria. Ara bé, la inèrcia de fórmules del passat i alguns defectes en la tècnica legislativa poden portar a solucions discrepants per a casos equivalents que —per seguretat jurídica— cal evitar.

Aquesta constatació fou determinant per a la meua elecció del tema d'estudi del treball de fi de Màster en Dret, “L'atribució de l'ús de l'habitatge en processos de

família. L'aplicació del Llibre II del Codi civil de Catalunya pels Tribunals", sota la direcció de la Prof. Dra. Chantal Moll de Alba Lacuve.

El llibre segon del Codi civil de Catalunya, i —amb això— la regulació vigent de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, permet evitar les posicions de part vençuda i part vencedora o, en el seu cas, equilibrar una mica més les posicions jurídiques del beneficiari i del no beneficiari, a l'hora d'establir-ne mesures provisionals o definitives. Aquesta és la **hipòtesi** que pretenc demostrar amb aquest treball. Però, perquè aquestes possibilitats que ofereix el nostre ordenament vigent puguin fructificar, primer cal aplicar-lo, i no sempre és així, perquè bona part de les resolucions judicials d'instància apliquen cumulativament el dret civil català amb el Codi civil estatal, o normativa civil catalana derogada o que encara no està vigent. Amb això, el justiciable no sempre obté la resposta que l'ordenament jurídic preveu per al seu cas. Fins i tot, encara que s'apliqui la normativa vigent, cal recordar que l'atribució de l'ús s'ha de fer al cònjuge o membre de la parella —i no als fills— i només es pot atribuir l'ús —i no el gaudi—, perquè aquests pronunciaments són aliens al dret català vigent aplicable.

A més de l'exègesi legal i doctrinal, l'**aportació** principal d'aquest treball és veure com els jutjats i tribunals apliquen el dret vigent on l'atribució de l'ús no és la única opció que tenen les parts per pactar —o l'autoritat judicial per acordar— davant d'una ruptura de parella, sinó que cal valorar les circumstàncies concurrents en cada cas perquè, només així, es podran adoptar decisions justes i equilibrades per a tots els interessos en conflicte. En aquest sentit, tant la no atribució com la distribució de l'ús han de ser alternatives reals i, en aquest treball, apporto arguments per a la seva viabilitat. Igualment, en el cas d'atribució i per a la protecció de tots els interessos, és imprescindible limitar-la en el temps i considerar el seu valor econòmic en la fixació de la resta de prestacions econòmiques que corresponguin al cedent de l'ús per raó de la ruptura de la parella. En qualsevol cas, els drets dels tercers sobre l'habitatge no es poden veure afectats per una atribució posterior de l'ús, per la qual cosa cal preveure mesures complementàries o substitutives de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per aquests supòsits.

En aquest treball destaco les deficiències de tècnica legislativa detectades perquè l'absència de regulació o una regulació incompleta o defectuosa generen decisions judicials contradictòries; per exemple, el diferent tractament que mereix al legislador

l'atribució de l'ús en supòsits de crisi matrimonial i en els d'extinció de parella de fet, les limitacions que impliquen les solucions processals que dona el llibre segon per demanar la pròrroga de l'atribució o la possessió de l'habitatge després de l'extinció del dret d'ús, o la regulació separada de l'exclusió de l'atribució i de l'extinció del dret d'ús que, per les causes i conseqüències, necessita *de lege ferenda* d'un tractament simplificat i —en allò clarament coincident— unitari d'ambdues figures.

L'**estructura del treball** —conceptes previs, antecedent immediat i règim jurídic vigent i aplicació pels tribunals (atribució de l'ús, alternatives a l'atribució i exclusió i extinció)— pretén facilitar el **mètode d'exposició** que implica la descripció de les situacions fàctiques que planteja l'ús de l'habitatge familiar en els supòsits de crisi de parella, així com la resposta jurídica que preveu el nostre ordenament i la seva aplicació pels tribunals. Ho faig destacant la regulació, els criteris doctrinals i, sobretot, la jurisprudència dels nostres tribunals sobre la matèria així com la seva evolució, analitzant les resolucions judicials divergents sobre una mateixa problemàtica, intentant trobar justificacions a aquest tractament divers i criticant —raonadament— aquelles decisions judicials que o bé no apliquen el dret vigent, o bé s'allunyen del text o esperit de la norma. Amb això identifico els problemes més habituals que es plantegen en aquesta matèria i les diferents solucions que poden haver-hi.

Tot això implica una anàlisi —eminentment pràctica— dels articles que el Codi civil de Catalunya dedica a l'atribució del dret d'ús de l'habitatge familiar, raó per la qual per fer aquesta investigació m'he basat, com a **fonts** i entre d'altres, en els llibres i articles doctrinals que relaciono en la bibliografia i en les resolucions judicials que esmento al final del treball mitjançant un índex sistemàtic. Finalment, apporto tota una sèrie de dades estadístiques corresponents a la jurisprudència esmentada i consultada per a fer aquest treball.

II. CONCEPTES PREVIS

Abans d'entrar en l'estudi de l'aplicació pràctica de la regulació de l'atribució de l'ús de l'habitatge del Codi civil de Catalunya, convé establir la definició d'habitatge familiar i la naturalesa del dret d'ús que es pretén atribuir.

1) Habitatge familiar

L'objecte del dret d'ús a atribuir és l'habitatge familiar i, per això, és necessari saber quin és el seu concepte per al legislador i per a la jurisprudència per obtenir la definició més apropiada.

1.1 Referències normatives

Tot i que la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (a partir d'ara CCC), dedica diversos articles a parlar de l'habitatge familiar¹, no el defineix. El Codi civil estatal (a partir d'ara CC) tampoc recull una definició d'habitatge familiar en els articles on hi fa referència². La

¹ La regulació de l'ús de l'habitatge familiar en els supòsits de crisi de parella la trobem en l'actualitat en els articles 233-20 a 25 CCC. També fan referència a l'habitatge els articles 231-5 (despeses familiars), 231-9 (disposició de l'habitatge), 231-17 (embargament i concurs), 231-30 (dret vidual a l'aixovar), 231-31 (ús durant l'any de viduitat), 232-22 (pagament del crèdit de participació), 232-38 (divisió de béns comuns), 233-1 (mesures provisionals), 233-2 i 4 (mesures definitives), 234-3 (disposició de l'habitatge en cas de parella estable), 234-8 (atribució i distribució d'ús en cas de parella estable) i 237-1 (aliments d'origen familiar).

² Així, dintre de la regulació dels efectes comuns a la nul·litat, separació i divorci, l'article 90 CC exigeix que un dels aspectes que ha de contenir el conveni regulador sigui l'atribució de l'ús de l'habitatge i aixovar familiar. L'article 91 CC determina que, en defecte d'acord dels cònjuges o en cas de no-aprovació d'aquest, una de les mesures que ha de recollir la sentència de nul·litat, separació o divorci sigui la referida a l'habitatge familiar. Més detalladament, l'article 96 CC estableix que *«[e]n defecte d'acord dels cònjuges aprovat pel jutge, l'ús de l'habitatge familiar i dels objectes d'ús ordinari que hi hagi correspon als fills i al cònjuge en companyia del qual quedin.*

» Quan alguns dels fills queden en la companyia d'un i els restants en la de l'altre, el jutge ha de resoldre el que escaigui.

» Si no hi ha fills, es pot acordar que l'ús d'aquests béns, pel temps que prudencialment es fixi, correspon al cònjuge no titular, sempre que, ateses les circumstàncies, ho fessin aconsellable i el seu interès fos el més necessitat de protecció.

» Per disposar de l'habitatge i els béns indicats l'ús dels quals correspon al cònjuge no titular es requereix el consentiment de les dues parts o, si s'escau, autorització judicial».

En seu de mesures provisionals per demanda de nul·litat, separació i divorci, l'article 103 CC declara que, a falta d'acord dels dos cònjuges aprovat judicialment, admesa la demanda el jutge ha de determinar, amb audiència d'aquests i tenint en compte l'interès familiar més necessitat de protecció, quin dels cònjuges ha de continuar en l'ús de l'habitatge familiar. També es recull en la regulació del règim

Constitució espanyola de 1978 (a partir d'ara CE) reserva l'article 47 —en el capítol «*Dels principis rectors de la política social i econòmica*»— per referir-se al dret a l'habitatge que ha de ser «*digne o adequat*»³. També la Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal (a partir d'ara CP), en fa referència a l'habitatge, fent-lo tributari d'una protecció especial enfront de determinades conductes⁴, però sense donar cap definició del seu objecte.

Cal recórrer a la legislació civil especial per trobar un concepte d'habitatge. Així, l'article 3 de la Llei catalana 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, considera que habitatge és «*tota edificació fixa destinada a residir-hi persones físiques o emprada amb aquest fi, inclosos els espais i els serveis comuns de l'immoble en què està situat i els annexos que hi són vinculats, si té acreditat el compliment de les condicions d'habitabilitat que fixa aquesta llei i la normativa que la desplegui i compleix la funció social d'aportar a les persones que hi resideixen l'espai, les instal·lacions i els mitjans materials necessaris per a satisfer llurs necessitats personals ordinàries d'habitació*»⁵.

Una altra aproximació al concepte d'habitatge la trobem en l'article 2 de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans (a partir d'ara LAU), en considerar arrendament d'habitatge el «*que recau sobre una edificació habitable la destinació primordial final de la qual és satisfer la necessitat permanent d'habitatge de l'arrendatari*».

econòmic matrimonial, en els articles 1320 (disposició dels drets sobre l'habitatge habitual i els mobles d'ús ordinari de la família), 1321 (previsions sobre aixovar de l'habitatge habitual en cas de mort d'un dels cònjuges), 1357 (caràcter de l'habitatge i l'aixovar familiars comprats a terminis per un dels cònjuges abans de començar la societat de guanys) i 1406 (en seu de dissolució i liquidació de la societat de guanys, dret preferent del cònjuge que sobrevis a què s'inclogui en el seu haver l'habitatge on tenia la residència habitual).

³ Article 47 CE: «*Tots els espanyols tenen dret a un habitatge digne i adequat. Els poders públics promouran les condicions necessàries i establiran les normes pertinents per tal de fer efectiu aquest dret, i regularan la utilització del sòl d'acord amb l'interès general per tal d'impedir l'especulació.*

» *La comunitat participará en les plusvàlues que generi l'acció urbanística dels ens públics*».

⁴ Conductes que impedeixen el seu legítim gaudi (articles 172 i 173 CP), que suposen l'ocupació inconscient, entrant-hi o mantenint-se contra la voluntat del seu habitant (articles 202 i 245 CP), agreujant la sanció per determinades conductes que tenen per objecte o es fan en l'habitatge, com l'estafa (article 250 CP), el robatori (articles 241 i 242 CP) o els maltractaments (articles 153 i 171 CP).

Fins i tot l'article 20 CP considera agressió il·legítima, als efectes de l'exempció de la responsabilitat criminal per legítima defensa, l'entrada indeguda en el domicili o les seves dependències.

⁵ El mateix article diferencia entre habitatge principal —el que consta com a domicili en el padró municipal— i secundari o de segona residència —l'emprat de manera intermitent o en estades temporals—.

També el Reial decret legislatiu 2/2008, de 20 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei estatal de sòl, aporta elements per a definir l'habitatge quan diu —en el seu article 4— que tots els ciutadans tenen dret a *«gaudir d'un habitatge digne, adequat i accessible, concebut d'acord amb el principi de disseny per a totes les persones, que constitueixi el seu domicili lliure de soroll o altres immissions contaminants de qualsevol tipus que superin els límits màxims admesos per la legislació aplicable i en un medi ambient i un paisatge adequats»*⁶.

Finalment, en la legislació fiscal l'article 54 del Reglament de l'impost sobre la renda de les persones físiques⁷, diu que *«amb caràcter general es considera habitatge habitual del contribuent l'edificació que constitueixi la seva residència durant un termini continuat de tres anys com a mínim. Perquè l'habitatge constitueixi la residència habitual del contribuent ha de ser habitat de manera efectiva i amb caràcter permanent pel mateix contribuent, en un termini de dotze mesos, comptats a partir de la data d'adquisició o terminació de les obres»*.

1.2 Jurisprudència

La clàssica STS 1191/1994, de 31 de desembre de 1994, es refereix a l'habitatge familiar com: «bé familiar, no patrimonial, al servei del grup o ens pluripersonal que en ell s'assenta, qualsevol que sigui el propietari». També «reducte on s'assenta i desenvolupa la persona física, com a refugi elemental que serveix a la satisfacció de les seves necessitats primàries (descans, rentat, alimentació, vestit, etc.) i protecció de la seva intimitat (privadesa)» (SSTS 1085/1996, de 16 de desembre de 1996, i 212/1998, de 10 de març de 1998). Segons la STS 340/2012, de 31 de maig de 2012, l'habitatge familiar és la «residència habitual de la unitat familiar, en el sentit que ha de formar el lloc on la família hagi conviscut com a tal, amb una voluntat de permanència».

⁶ L'exposició de motius de la Llei de sòl diu que «la Constitució s'ocupa de la regulació dels usos del sòl en l'article 47, a propòsit de l'efectivitat del dret a l'habitatge i dins del bloc normatiu ambiental format pels seus articles 45 a 47. [...] Però els drets constitucionals afectats també en són uns altres, com el de participació ciutadana en els assumptes públics, el de lliure empresa, el dret a un medi ambient adequat i, sobretot, el dret a un habitatge digne i també adequat, el qual la mateixa Constitució vincula directament amb la regulació dels usos del sòl en l'article 47».

⁷ Reial decret 439/2007, de 30 de març, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost sobre la renda de les persones físiques i es modifica el Reglament de plans i fons de pensions, aprovat pel Reial decret 304/2004, de 20 de febrer.

Per a la STSJ Catalunya 50/2012, de 30 de juliol de 2012, «habitatge familiar és aquell on resideix la família i té per estatge o centre de la seva convivència, sense que pugui confondre's amb aquells altres on la família habita o utilitza temporal o estacionalment (coneguts com a segones o terceres residències) o bé amb altres susceptibles de ser utilitzats, també, per comptar amb elements aptes per servir de domicili familiar, encara que no ho siguin de present».

També les Audiències Provincials de Barcelona, Girona, Tarragona i Lleida han aportat més definicions.

Així, la SAP Barcelona 325/1999, de 18 de maig de 1999, identifica l'habitatge familiar amb la «residència habitual, estable i permanent de la família en contínua convivència»; per a la SAP Barcelona 135/2011, de 16 de març de 2011, és «el domicili familiar, entès com a lloc on es produïa habitualment la convivència i es desenvolupava la vida conjugal i familiar (...), aquell on els cònjuges conviuen habitualment o bé un d'ells i la major part de la família»; i la SAP Barcelona 806/2009, de 23 de novembre de 2009, entén que, donat que és l'habitatge o casa que es constitueix en llar familiar, cal excloure d'aquest concepte els habitatges d'ocupació temporal o segones residències.

La SAP Girona 296/2011, de 30 de juny de 2011, diu que l'habitatge familiar és «element de suport i estabilitat de la pròpia família (...) aquell on els cònjuges conviuen habitualment».

La SAP Barcelona 315/2012, de 7 de juny de 2012, ressalta el concepte d'habitabilitat perquè l'immoble sigui adequat per a «servir les necessitats d'estatge o residència, on la persona o la família desenvolupen la intimitat de la seva existència, constituint la seva llar o seu de la vida domèstica».

Per a la SAP Lleida 51/2009, de 12 de febrer de 2009, l'habitabilitat és fonamental i la considera com «aptitud d'un immoble per poder ser destinat a finalitats de residència, això és, a finalitats d'habitació o estatge d'una persona física o d'una família».

La SAP Barcelona 504/2009, de 30 de setembre de 2009, incideix en la permanència en considerar l'habitatge familiar «llar comuna com a centre on es satisfan les necessitats quotidianes de la vida, amb caràcter continuat, permanent, normal i estable, i sense límits previstos en el temps».

També insisteix en la característica de permanència la SAP Girona 64/2009, de 23 de febrer de 2009: «[A]quell que té per finalitat primordial satisfer la necessitat permanent d' habitatge (...), i no les ocupacions ocasionals o esporàdiques que no responen a la necessitat d'establir-hi la seva residència habitual, llavors ens trobaríem davant d'un habitatge de temporada». Si bé, per a la SAP Tarragona 402/2006, de 5 d'octubre de 2006, «conviure significa viure en companyia d'un altre o habitar sota un mateix sostre, però és clar que la convivència conjugal o patern filial implica una relació de major amplitud que aquest rígid concepte de permanència en una llar, comprenent supòsits que, partint d'una llar de referència, la convivència s'interromp ja esporàdica o reiteradament, ja per treball, ja per estudis, ja per conveniència d'un dels convivents. No per això cap estimar que la convivència desapareix, perquè, en essència, segueix existint una llar comuna per a tot, que es comparteix i que suposa una referència comuna i a la que es torna una vegada i una altra com a alguna cosa pròpia, perquè en ella es conserva el nucli principal de la vida i de relació familiar, i en ella es mantenen els elements d'aixovar i equipament propis».

1.3 Doctrina i conclusions

La doctrina ha elaborat diversos conceptes de l'habitatge familiar⁸ però, de l'anàlisi conjunt de les diverses disposicions sobre la matèria així com dels pronunciaments jurisprudencials, es pot concloure que per habitatge familiar caldria entendre el lloc fixe, que reuneix les condicions d'habitabilitat, on es desenvolupa la convivència familiar amb voluntat de permanència⁹.

Comprèn —per extensió—, d'una part, el garatge, plaça d'aparcament o traster, que siguin annexos a l'habitatge (article 2.2 LAU); i de l'altra, el dret a utilitzar les zones de serveis, esbarjo, jardí, piscina, gimnàs, instal·lacions esportives i similars que es corresponguin amb el mateix habitatge¹⁰. I no ha de ser considerat com a habitatge familiar qualsevol espai físic. En aquest sentit s'han d'excloure aquells llocs que no puguin servir de residència a les persones que integren el grup familiar, així com tampoc el que es coneix com a segona residència¹¹.

L'habitatge és un bé que es caracteritza per satisfer una necessitat bàsica de la persona proporcionada a les circumstàncies de la mateixa. Això fa que la regulació del Dret civil protegeixi l'habitatge familiar tant en situació normal del matrimoni o parella de fet, com en els estats de crisi matrimonial —separació, divorci i nul·litat— o d'extinció de la parella.

Les normes civils se situen en l'àmbit intern de la relació familiar, des del qual s'ha de considerar no només el joc de necessitats i interessos entre la família i els tercers, sinó també —i sobretot— des d'on s'haurà de determinar com es pot harmonitzar la satisfacció del dret personal a l'habitatge que correspon a tots i cadascun dels membres del grup familiar, amb els interessos que algun d'ells pugui tenir com a titular d'un dret sobre l'habitatge. La regulació de l'atribució de l'ús incideix en aquests aspectes.

Com diu RAMS¹² la preocupació de la majoria dels poders legislatius del món desenvolupat per l'habitatge familiar és una constant, donant lloc a una sèrie interminable de lleis que, directa i immediatament o, en general, mediatament s'ocupen de la qüestió. Això és a causa que la funció primordial de l'habitatge familiar és cobrir l'allotjament de la família.

⁸ SERRANO GÓMEZ, E. *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Madrid: Tecnos, 1999, pàg. 11-14, fa un recull.

⁹ Ara bé, als efectes d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i de forma excepcional i ben motivada, dels tres requisits esmentats —fixe, habitable i permanent— no hi hauria obstacle per ser més laxes amb els dos primers, sempre que es donés el tercer que resulta imprescindible per a entendre que un determinat lloc és l'habitatge familiar. En efecte, es pot entendre objecte d'aquest dret d'ús un lloc no fixe (caravana o vaixell)⁹ i, fins i tot, un que no reuneixi les condicions d'habitabilitat, sempre que en aquell lloc es desenvolupi la convivència familiar amb voluntat de permanència.

¹⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Derecho de familia y de la persona. Tomo 6. Efectos y medidas de la ruptura conyugal*. Barcelona: Bosch, 2007, pàg. 342.

¹¹ Com diu FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I. "Efectos comunes a los procesos de separación, división y nulidad". A: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.) *Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pàg. 1408, queden fora del concepte d'habitatge familiar els locals comercials o els destinats a l'exercici de la professió o ofici, els que posseeix la família per al seu lloguer o explotació i les segones residències o de cap de setmana.

¹² RAMS ALBESA, J. *Uso, habitación y vivienda familiar*. Madrid: Tecnos, 1987, pàg. 99.

Pel que fa a la denominació, s'ha criticat la d'habitatge comú¹³ perquè pot ser equívoc en els casos de prèvia separació —com a mesura provisional o de fet— en entendre que, en ells, la situació ha de continuar immutada i el jutge no pot alterar-la prenent la determinació al fet que la norma es refereix. També hi ha controvèrsia en l'ús de la denominació d'habitatge conjugal, que es preferit per LETE DEL RÍO¹⁴ en considerar que en els casos en què no hi ha fills en el matrimoni és possible parlar de llar, però no de família. En contra, addueix MONTERO AROCA¹⁵ que si s'hagués anomenat habitatge conjugal en els diferents preceptes, podria entendre's que aquest se circumscriu exclusivament a l'ocupat pels esposos, i en la majoria dels supòsits no és així, perquè és l'habitatge que comparteixen els cònjuges juntament amb els seus fills, i en alguns casos, també, amb els fills només d'un dels esposos. A aquest argument cal afegir el supòsit, cada vegada més freqüent, de l'habitatge on viuen els membres de la parella de fet. En qualsevol cas la nota d'habitualitat sembla imprescindible per poder parlar d'habitatge familiar¹⁶.

Com diu CARRERAS¹⁷ l'habitatge familiar és alguna cosa més que el propi habitatge i cal identificar-lo amb el concepte de "llar familiar", o lloc on, habitualment, la família desenvolupa la seva vida diària.

En conclusió, l'habitatge familiar acostuma a ser el domicili on els cònjuges, o membres de la parella estable, conviuen habitualment¹⁸. Per això, en cas de ruptura de la

¹³ CLEMENTE MEORO, M. "El régimen económico matrimonial". A: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.) *Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pàg. 561-562.

¹⁴ LETE DEL RÍO, J.M. "Comentarios al artículo 96 del Código civil". A: LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.) *Comentarios al nuevo Título IV del Código civil*. Madrid: Civitas, 1982, pàg. 741-742.

¹⁵ MONTERO AROCA, J. "Efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio". A: MONTERO AROCA, J. et al. *Separación, divorcio y nulidad matrimonial. La aplicación práctica de los artículos 73 a 107 del Código civil y de los artículos 769 a 778 de la Ley de enjuiciamiento civil. Tomo III. Artículos 96 a 107 CC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pàg. 2003.

¹⁶ TAMAYO CARMONA, J.A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pàg. 31-34, entén que cal equiparar el concepte d'habitatge habitual amb el d'habitatge principal, si hi ha més d'un habitatge habitual per a la família.

Per la seva part, ELORRIAGA DE BONIS, F. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi, 1995, pàg. 192-204, diu que "llar familiar" és un concepte més ampli i inclou tant l'habitatge familiar com l'habitatge habitual i el domicili conjugal, si bé, amb tots aquests conceptes es vol significar una mateixa cosa: l'espai físic on habitualment habita el grup familiar en el seu conjunt.

¹⁷ CARRERAS MARAÑA, J.M. *Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda*. Madrid: CGPJ-MFC, 2009/50, pàg. 12.

¹⁸ L'article 231-3 CCC estableix que «[e]ls cònjuges determinen de comú acord el domicili familiar. Davant terceres persones, es presumeix que el domicili familiar és aquell on els cònjuges o bé un d'ells i la major part de la família conviuen habitualment. En cas de desacord respecte al domicili, qualsevol dels cònjuges pot acudir a l'autoritat judicial, que l'ha de determinar en interès de la família als efectes legals».

parella, s'estableixen regles sobre l'ús d'aquest habitatge que es pot demanar com a mesura provisional a la demanda (o a la contestació) de separació, divorci o nul·litat del matrimoni¹⁹, i/o com a mesura definitiva²⁰. En el mateix sentit respecte a les mesures derivades de l'extinció de la parella de fet.

L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és un dels aspectes més controvertits que es presenten en els casos de crisi matrimonial —o extinció de parella de fet—, ja que en la majoria dels casos cada membre de la que havia estat parella vol que se li adjudiqui²¹. Això es deu al fet que és un dels béns més preuats, si no el que més, en el patrimoni de la parella²². A més del perjudici que suposa al membre que se li priva del seu ús, perquè no només ha d'abandonar el domicili, sinó que des del punt de vista econòmic ha de llogar o comprar un altre habitatge on establir el seu domicili, o, com està ocorrent en masses casos en els darrers temps, tornar a la llar dels seus pares.

En l'atribució de l'habitatge, en principi, no importa si la titularitat de l'habitatge és d'un o l'altre cònjuge —o membre de la parella—, o comú d'ambdós o fins i tot d'un tercer, per la qual cosa en el sistema d'atribució de l'habitatge familiar deu contemplar-se en una dimensió integral que comprendrà: tant el fet mateix de l'atribució, com els efectes sobre la propietat, com els efectes sobre els pagaments i despeses derivades de l'ús i de la propietat de l'habitatge, els quals s'hauran de considerar per determinar el cabal disponible per a pensions d'aliments i compensatòries.

2) Naturalesa jurídica del dret d'ús

El dret sobre l'habitatge es pot contemplar des de la perspectiva de normalitat o de crisi matrimonial.

¹⁹ Segons l'article 233-1.1.f CCC «[e]l cònjuge que pretengui demandar o demandi la separació, el divorci o la nul·litat del matrimoni i el cònjuge demandat, en contestar la demanda, poden sol·licitar a l'autoritat judicial que adopti, d'acord amb els procediments que estableix la legislació processal, les mesures provisionals següents: (...) f) L'assignació de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament o, alternativament, l'adopció de mesures que garanteixin les necessitats d'habitatge dels cònjuges i dels fills. Si s'atribueix l'ús de l'habitatge familiar a un cònjuge, l'autoritat judicial ha de fixar la data en què l'altre l'ha d'abandonar».

²⁰ Que pot ser proposada per conveni regulador (article 233-2.3.b CCC), i serà aprovada per l'autoritat judicial llevat que no sigui conforme amb l'interès dels fills menors (article 233-3.1 CCC), o sol·licitada per algun dels cònjuges perquè l'adopti l'autoritat judicial (article 233-4.2 CCC).

²¹ En el 80,92% de les resolucions judicials estudiades, l'atribució de l'ús de l'habitatge és una de les qüestions plantejades (vegeu el gràfic 11 de l'annex).

²² Tant des d'una perspectiva afectiva, com social i econòmica. La importància afectiva deriva del fet que l'habitatge és el centre de la vida, dels records i de les aspiracions. La rellevància social de l'habitatge deriva de les seves característiques que situen la persona en l'escala de la societat. La transcendència econòmica la motiva els preus que, tot i l'esclat de l'anomenada bombolla immobiliària, continuen tenint els habitatges que, en una societat com la nostra on s'ha prioritzat l'adquisició de l'immoble molt per damunt del seu lloguer, fa que el patrimoni de la família es resumeixi en l'habitatge i la hipoteca (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, op. cit., pàg. 338-339).

L'article 231-9 CCC —pels casos de normalitat matrimonial— contempla un dret que atorga a un no amo de l'immoble (el cònjuge no propietari) facultats de co-disposició i fins i tot quotes de copropietat sobre el mateix; i, en tot cas, limita les facultats de l'amo, en exigir el consentiment d'un no propietari o, si escau, autorització judicial, per disposar dels drets sobre aquest habitatge. En situacions de crisi matrimonial (nul·litat, separació o divorci), els cònjuges poden convenir o el Jutge pot decretar que l'ús de l'habitatge familiar s'atribueixi al cònjuge no propietari o no titular del dret bàsic que serveix de suport o és causa d'aquest ús. Trencada la situació matrimonial, el precepte bàsic aplicable ja no és l'article 231-9 CCC, sinó els que regulen els “efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial”. En aquesta normativa, l'abast de l'autonomia de la voluntat és molt limitat, perquè, l'acord dels cònjuges ha de ser aprovat pel Jutge, que és qui, en definitiva, fixa l'abast del dret d'ús, els seus titulars o el termini de durada²³.

Les especials característiques del dret d'ús fa que hagin existit diverses posicions doctrinals sobre la seva naturalesa²⁴, en entendre'l com a un dret personal, un dret d'ús especial, una copossessió compartida o un dret real²⁵. Així, al costat dels qui mantenen que es tracta d'una càrrega real, hi ha uns altres que opinen que no constitueix una nova facultat sorgida de la sentència de separació, nul·litat o divorci, sinó la mera prolongació de l'ús que el cònjuge no titular tenia ja atribuït sobre l'habitatge durant les fases de normalitat matrimonial²⁶. En virtut del *numerus apertus* dels drets reals, s'entén que el dret d'ús de l'habitatge familiar és un dret real i —com a tal— inscriptible en el Registre de la Propietat. Es considera que estem davant d'un *ius in re aliena*, un dret que grava la propietat aliena²⁷.

²³ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. “Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial”. *International Journal of Land Law & Agricultural Science. LandAS*, 5, 2011, pàg. 13-25.

²⁴ El debat sobre la naturalesa jurídica del dret d'ús va tenir la seva importància per determinar la seva oposabilitat enfront de tercers i el nivell de protecció als beneficiaris.

Per a MORALEJO IMBERNÓN, N. “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”. *Revista jurídica galega*, 33, 2001, pàg. 91-119, en la polèmica doctrinal sobre la naturalesa jurídica del dret d'ús es troben moltes vegades implicats arguments de justícia material, que tracten de salvaguardar la posició del cònjuge adjudicatari de l'ús enfront de les possibles maniobres fraudulentament del seu consort. També en ocasions subjeu en aquest plantejament la disjuntiva entre respectar la titularitat del cònjuge sobre l'habitatge o protegir els interessos de la família (representada pel seu consort i fills).

²⁵ TAMAYO CARMONA, op. cit., pàg. 111-114, considera que el principal obstacle de la tesi per la qual el dret d'ús de l'habitatge és un veritable dret real, constituït *ope sententiæ*, es troba en els casos en els quals el títol d'ocupació era un dret personal (arrendament, comodat) perquè suposaria crear *ex novo* un dret real allà on no l'havia. Entén que és un dret *ex lege* de constitució judicial de marcat caràcter assistencial a la família i vigència provisional, l'existència del qual és oposable a tercers.

²⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, op. cit., pàg. 363-369, considera que no estem davant d'un dret real perquè es pot establir quan el títol d'ocupació no és real sinó personal (arrendament, subarrendament, comodat o contracte de serveis o laboral), i, fins i tot, determinar-se quan el títol és transferible, com succeeix amb el dret real d'habitatge. A més és possible adjudicar l'ús al propi titular del domini sobre l'immoble, que l'ocupa per aquest títol.

²⁷ MOLL DE ALBA LACUVE, C. “La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar”. A: PÉREZ DAUDÍ, V. (coord.) *El proceso de familia en el Código civil de Catalunya*. Barcelona: Atelier, 2011, pàg. 94.

En qualsevol cas, cal considerar la naturalesa jurídica del dret d'ús i no del dret d'ús i gaudi, perquè la normativa catalana preveu l'atribució de l'ús de l'habitatge, però no la del seu gaudi, com erròniament atribueixen bona part de les sentències d'instància²⁸, sense que no totes les seccions de les Audiències Provincials, que coneixen dels recursos d'apel·lació contra les resolucions d'instància que cometen aquesta incorrecció, les corregeixin²⁹.

En efecte, com diu el fonament de dret cinquè de la SAP Barcelona 121/2013, de 28 de febrer de 2013, «cal rectificar la referència al "gaudi", perquè no procedeix parlar d'"ús i gaudi", donat que el segon concepte és aliè al dret atribuït, que no és un usdefruit, com va declarar la sentència del Tribunal Suprem de 4 d'abril de 1997, i que per això no suposa poder lucrar-se amb la cessió de l'ús a tercers».

I en el mateix sentit el fonament de dret quart de la STSJ Catalunya 9/2013, de 28 de gener de 2013, que estableix que «encara que es disposi en la part dispositiva de la sentència recorreguda -assignació de l'ús i gaudi de la segona residència-, no hi cap la constitució d'un dret real d'usdefruit en els supòsits com el jutjat, en què s'atribueix l'ús d'un habitatge, perquè la normativa vigent, tant quan es refereix a l'habitatge familiar, com a d'altres residències, si és el cas - como en el present cas-, només contempla l'ús i mai el gaudi».

Sobre la naturalesa jurídica, la SAP Tarragona 286/2004, de 4 de maig de 2004, negava que el dret d'ús de l'habitatge familiar fos un dret real.

Declarava que «[l]a doctrina més autoritzada considera que el dret d'ús de l'habitatge familiar no implica la constitució d'un dret real ni la transferència de cap titularitat, sinó que comporta l'establiment d'una situació singular o *sui generis* que sorgeix com a conseqüència de la imposició judicial d'una prestació en espècie de caràcter familiar i fixació del *ius possidendi* sobre l'immoble. Aquest plantejament permet donar respostes a tots els supòsits, perquè l'habitatge familiar pot ser ocupat per diversos títols: pot ser propietat d'un dels cònjuges o d'ambdós, pot ser ocupat en virtut d'un dret real limitat, en concepte d'arrendament, en virtut d'un contracte de comodat, o a causa d'una relació laboral, o fins i tot com a simples precaristes». En el mateix sentit, la SAP Girona 441/2001, de 28 de setembre de 2001.

En sentit contrari, la SAP Barcelona 90/2006, de 27 de febrer de 2006, defensava la naturalesa real d'aquest dret.

Considerava que «[n]o és ja qüestió discutida que el dret d'ús nascut arran de l'atribució de l'habitatge familiar que fa el jutge que coneix del conflicte conjugal té naturalesa real (els articles 33 i següents de la Llei 13/2000 configuren el dret d'ús com a dret real limitatiu del domini) i, per tant, és inscriptible al Registre de la propietat i oposable davant tercers (art. 83.3 Codi de Família)».

També la jurisprudència del Tribunal Suprem ha estat vacil·lant en considerar-lo un dret real (STS 485/1993, de 20 de maig de 1993), un dret oposable *erga omnes* però no dret real (STS 1191/1994, de 31 de desembre de 1994), un dret oposable i amb accés al Registre de la Propietat (STS 278/1997, de 4 d'abril de 1997), una espècie de dret real

²⁸ El 59,91% de les resolucions judicials d'instància estudiades per fer aquest treball atribueixen l'ús i el gaudi —en castellà “el uso y disfrute”— (vegeu el gràfic 7 de l'annex).

²⁹ Només el 31,57% de les resolucions judicials d'apel·lació estudiades corregeixen les d'instància quan cometen la incorrecció esmentada (vegeu el gràfic 8 de l'annex).

de gaudi limitat (STS 905/1194, de 18 d'octubre de 1994), dret de naturalesa *sui generis* (STS 1148/1992, d'11 de desembre de 1992), o dret no real (STS 381/1994, 29 d'abril de 1994) que es pot concedir igualment quan l'habitatge està arrendat i no pertany als cònjuges³⁰.

Les SSTS 859/2009, de 14 de gener de 2010, i 772/2010, de 22 de novembre de 2010, declaren que el dret a l'ús de l'habitatge familiar concedit en sentència, en l'àmbit del dret de família, no és un dret real, sinó un dret de caràcter familiar la titularitat del qual correspon en tot cas al cònjuge a qui s'atribueix la custòdia dels fills menors o a aquell que s'estima, no havent-hi fills, que ostenta un interès més necessitat de protecció (en el mateix sentit la RDGRN de 14 de maig de 2009).

No obstant, la STS 861/2009, de 18 de gener de 2010, per unificar la jurisprudència anterior, afirma que el Codi civil no ha volgut conferir a l'atribució de l'habitatge familiar la naturalesa de dret real, a diferència del que ha ocorregut en el Dret català que s'ha decantat clarament per configurar el dret d'ús del cònjuge no propietari com un dret d'aquesta naturalesa, en declarar-ho inscriptible en el Registre de la propietat.

En contra es posiciona SERRANO³¹ que considera que la naturalesa del dret d'ús no és la d'un dret real perquè no té naturalesa patrimonial sinó familiar (RRDGRN de 14 de maig de 2009, de 10 d'octubre de 2008, de 27 d'agost de 2008, de 19 de setembre de 2007 i de 6 de juliol de 2007).

La IAP Barcelona 310/1998, de 23 d'abril de 1998, considera que es tracta d'un dret personal oposable a tercers, l'accés del qual al Registre de la Propietat «té perfecta sustentació legal en l'article 2.2 de la Llei hipotecària[, de 8 de febrer de 1946 (a partir d'ara LH)], i en l'article 7 del seu Reglament, ja que aquests preceptes acullen la inscripció (...) de “qualsevol altre acte” —en la terminologia legal—, que modifiqui, per descomptat, o en el futur, algunes de les facultats del domini».

També la SAP Barcelona 190/2011, de 6 d'abril de 2011, diu que «[l']atribució de l'ús no suposa la constitució d'un dret real sobre l'habitatge familiar, sinó un pronunciament inclòs dins de les mesures o efectes civils complementaris al divorci, separació o nul·litat del matrimoni, previst legalment».

En conclusió, la regulació del CCC permet afirmar que el dret d'ús que sorgeix és de caràcter real —a diferència del Codi civil—, amb això, inscriptible en el Registre de la Propietat (article 2.2 LH), i temporal.

En efecte, el dret d'ús, que deriva d'una assignació d'habitatge familiar, és sempre temporal. Aquesta configuració, entre d'altres, el diferencia del dret d'ús regulat en el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (article 562-2 CCC) que es presumeix vitalici³².

³⁰ MONTERO AROCA, op. cit., pàg. 2167-2169, recull aquesta jurisprudència i es refereix a la seva evolució com a cerimònia de la confusió.

³¹ SERRANO DE NICOLÁS, Á. “Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia”. A: VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.) *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*. Barcelona: Bosch, 2011, pàg. 529-536.

III. ANTECEDENT IMMEDIAT I RÈGIM JURÍDIC VIGENT

Fins a l'1 de gener de 2011, la regulació de l'atribució de l'ús de l'habitatge es trobava en l'article 83 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (a partir d'ara CF)³³, on s'establia la preferència a allò pactat entre els cònjuges, en el seu defecte, al cònjuge que tingués atribuïda la guarda i mentre durés aquesta, i, en el seu defecte, atribució de l'ús al cònjuge que tingués més necessitat i mentre durés aquesta, sens perjudici de la pròrroga. Preveia, també, la inscripció del dret en el Registre de la Propietat. Fins i tot es permetia l'atribució d'altres habitatges (article 76.3.a CF).

La vigència d'aquests articles, amb tot, va ser superior perquè la disposició transitòria tercera de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, va establir que «[e]n els processos matrimonials iniciats abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei s'aplica la normativa vigent en el moment de començar-los».

El Codi de família va ser derogat per la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, on trobem la regulació vigent de l'atribució de l'ús de l'habitatge la trobem en el Codi civil de Catalunya. En concret en els seus articles 233-20 a 25 —dintre dels efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial—, i en l'article 234-8 —com a efecte de l'extinció de la parella estable—.

La regulació del CF, així com la interpretació jurisprudencial del seu abast, difereix en alguns aspectes de la vigent i en faré esment en els següents epígrafs d'aquest treball. En aquest sentit, el mateix preàmbul del llibre segon declara que «[l]es regles sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar presenten novetats importants. Tot i partir d'atribuir-lo, preferentment, al cònjuge a qui correspongui la guarda dels fills, es posa èmfasi en la necessitat de valorar les circumstàncies del cas concret. Per això, es preveu

³² PUIG BLANES, F.P. “Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial”. A: PUIG BLANES, F.P. i SOSPEDRA NAVAS, F.J. (coords.) *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pàg. 408.

³³ Article 83 CF: «1. L'ús de l'habitatge familiar, amb el seu parament, s'atribueix en la forma convinguda pels cònjuges, llevat que aquesta resulti perjudicial per als fills, a criteri de l'autoritat judicial, que resol aquesta qüestió.

» 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.

» 3. El dret d'ús regulat en aquest article és inscripció en el Registre de la Propietat».

que, a sol·licitud de l'interessat, es pugui excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar si qui en seria beneficiari té mitjans suficients per a cobrir les seves necessitats i les dels fills, o bé si el qui l'ha de cedir pot assumir i garantir suficientment el pagament dels aliments als fills i la prestació que pugui correspondre al cònjuge en una quantia que permeti cobrir les necessitats d'habitatge d'aquest. Inversament, si malgrat correspondre a un cònjuge l'ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills és previsible que la necessitat d'aquest es perllongui després d'arribar els fills a la majoria d'edat, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar es pot fer inicialment per aquest concepte. En tot cas, l'atribució per raó de la necessitat és sempre temporal, sens perjudici que es puguin instar les pròrrogues que escaiguin. Es vol posar fre a una jurisprudència excessivament inclinada a dotar de caràcter indefinit l'atribució, en detriment dels interessos del cònjuge titular. La matèria es completa establint criteris per a la distribució de les obligacions per raó de l'habitatge i per a la resolució del cas, força freqüent a la pràctica, en què algun familiar pròxim hagi cedit un immoble perquè hi vagi a viure el matrimoni. Com ha reiterat la jurisprudència, els qui ocupen l'habitatge familiar en condició de precaristes no poden obtenir una protecció possessòria superior a la que el precari proporciona a la família. Si la possessió deriva, en canvi, d'un títol contractual, hom s'ha d'ajustar al que estableixi aquest, sens perjudici de la possibilitat de subrogació que preveu la legislació d'arrendaments».

Les normes esmentades van ser d'aplicació —articles 83 i 76.3.a CF— i ho són ara —articles 233-20 a 25 i 234-8 CCC— en la majoria dels processos de família que s'han plantejat i es plantegen davant els òrgans jurisdiccionals a Catalunya³⁴. Però l'estudi de resolucions judicials per fer aquest treball m'ha dut a comprovar que bona part de les d'instància o no apliquen el dret civil català sinó el Codi civil, o apliquen improcedentment dret derogat (Codi de família), o apliquen cumulativament el Codi civil i el Codi civil de Catalunya³⁵. Això fa que la secció 12 de l'Audiència Provincial

³⁴ Només no serien d'aplicació si calgués la norma de conflicte (articles 9, 12 i 16 CC) i aquesta dugués a l'aplicació d'un altre dret (per llei personal o veïnatge civil).

³⁵ El 61,72% de les resolucions judicials estudiades apliquen cumulativament normes del Codi civil amb les del Codi civil de Catalunya o les del Codi de família. El 66,66% apliquen improcedentment normativa catalana derogada (Codi de família en processos on, per la data de la demanda, caldria aplicar el Codi civil de Catalunya) i el 30,86% normativa no vigent en el moment de presentar la demanda (Codi civil de Catalunya quan caldria aplicar el Codi de família). El 17,28% de les resolucions judicials estudiades només apliquen normes del Codi civil (vegeu els gràfics 2 a 5 de l'annex).

de Barcelona acostumi a dedicar els primers paràgrafs del seu fonament de dret inicial a recordar al Jutjat d'instància quina és la normativa aplicable al cas concret.

En la SAP Barcelona 110/2013, de 26 de febrer de 2013: «Vist que en les actuacions no apareix cap element de connexió amb altre marc normatiu, s'ha d'aplicar el dret civil català a les mesures de divorci en virtut de la seva territorialitat, segons els articles 14.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i 111-3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC).

» No escau, per tant, aplicar a les qüestions controvertides cumulativament, com fa la sentència apel·lada, les disposicions del Codi Civil estatal i les del dret civil català, que les regula completament i que té el seu propi sistema d'integració normativa».

Per la SAP Barcelona 45/2013, de 23 de gener de 2013: «Com qüestió prèvia, donada l'absència de referència al dret substantiu aplicat en la sentència apel·lada, ha d'assenyalar-se que en el present cas procedeix aplicar el dret civil català a les mesures de divorci en virtut de les normes de conflicte de lleis (articles 9.4, 9.7, 107 i 16 del Codi civil estatal), en vista de l'aparent veïnatge civil de les parts i la seva filla i, en absència d'altres dades, per la residència d'ambdós a Catalunya, en virtut de la territorialitat del dret català (articles 14.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i 111.3.1 del Codi civil de Catalunya).

» Per raó de la data de la demanda, posterior a l'1 de gener de 2011, que va entrar en vigor el Llibre II del Codi civil de Catalunya (CCC) segons la disposició final cinquena de la llei aprovatòria del Llibre II CCC, ha d'aplicar-se aquest text legal segons la disposició transitòria tercera.2 d'aquesta mateixa llei autonòmica».

Aquestes incorreccions, lluny de ser anecdòtiques, incideixen significativament en el dret a la tutela judicial efectiva (article 24 CE). Cal recordar que els jutges i els tribunals tenen el deure inexcusable de resoldre en tot cas els assumptes de què coneixin, atenint-se al sistema de fonts establert (article 1.7 CC)³⁶. Tampoc és intranscendent que no totes les seccions de les Audiències Provincials, que coneixen dels recursos d'apel·lació contra les resolucions d'instància que cometen aquestes incorreccions, les corregeixin³⁷.

L'article 12.2 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (a partir d'ara LOPJ), estableix que «els jutges i els tribunals no poden corregir l'aplicació o la interpretació de l'ordenament jurídic que han fet els seus inferiors en l'ordre jeràrquic judicial, tret de quan administrin justícia en virtut dels recursos que estableixen les lleis».

Fins i tot quan les parts no invoquessin el dret veritablement aplicable (perquè fessin esment només al Codi de família, en demandes presentades després de la seva derogació, o al Codi civil estatal), el jutge està obligat pel principi *iura novit curia* a pronunciar una resolució ajustada a l'ordenament jurídic aplicable.

Així, en termes de la STS 424/1999, de 19 de maig de 1999, «el canvi de perspectiva jurídica no dóna lloc a la incongruència, tret que l'aplicació de la màxima *iura novit curia* afecti a l'objecte del procés, al component jurídic de l'acció o tingui caràcter sorpressiu fins al punt de produir indefensió; certament el principi de congruència no imposa sinó una racional adequació de la decisió a les pretensions de les parts i als fets que les fonamentaven, però no una literal

³⁶ De forma paral·lela a la prevista en l'article 12 del Codi de procediment civil francès: «*Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*» (El jutge decideix la controvèrsia de conformitat amb les normes de dret que li són aplicables).

³⁷ Només el 57,14% de les resolucions judicials d'apel·lació estudiades corregeixen les d'instància quan cometen alguna de les incorreccions esmentades (vegeu el gràfic 6 de l'annex).

concordança, i per això, guardant el degut acatament al component jurídic de l'acció i a la base fàctica aportada pels contendents, li està permès a l'òrgan jurisdiccional establir el seu judici crític de la manera que entengui més ajustada, i per aquest motiu el Jutgador pot, en atenció al principi *iura novit curia*, en relació amb el de *da mihi factum, dabo tibi ius*, aplicar normes distintes, i, fins i tot, no invoca des pels litigants, als fets pels mateixos establerts». Perquè, en definitiva, la congruència no abasta la motivació ni els raonaments utilitzats per les parts (STS 721/2012, de 4 de desembre de 2012).

Per la seva part, la SAP Barcelona 379/2013, de 21 de maig de 2013, diu que «[e]n aplicació del principi de congruència de les sentències, l'atribució de l'ús ha de limitar-se a la mare, i no incloure els fills. L'atribució en el conveni de divorci era correcta, a la mare, i no pot "mantenir-se" l'atribució als fills, com diu la sentència de primera instància, donant alguna cosa que la demandada no ha demanat i que d'haver demanat havia de rebutjar-se, perquè en dret català els fills no són beneficiaris directes, tot i que sigui el seu benefici el criteri determinant».

En definitiva, el Codi de família és l'antecedent immediat a la normativa vigent que, al seu torn, la trobem en el llibre segon del Codi civil de Catalunya.

IV. APLICACIÓ PELS TRIBUNALS DEL DRET VIGENT

El canvi normatiu del Codi de família al llibre segon del Codi civil de Catalunya ha generat —conseqüentment— nous criteris jurisprudencials en l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, per això és important conèixer l'aplicació que fan jutges i tribunals del dret vigent perquè, en definitiva, les resolucions judicials contenen la resposta jurídica que tindrà el justiciable a les seves pretensions³⁸. De les disposicions del llibre segon sobre aquesta matèria es desprèn que es pot atribuir l'ús de l'habitatge, però també hi ha alternatives (no atribució, distribució i atribució de l'ús d'altres residències) i, fins i tot, pot donar-se la seva exclusió.

1) Atribució de l'ús de l'habitatge familiar

El llibre segon del Codi civil de Catalunya estableix com a criteri preferent l'acord entre els cònjuges (article 233-20.1) o membres de la parella (article 234-8.1). Quan no hi ha acord, o aquest no es aprovat judicialment, el següent criteri és atribuir l'habitatge a qui correspongui la guarda dels fills (articles 233-20.2 i 234-8.2.a). Només en el cas de matrimoni —no per a les parelles de fet— es preveu la possibilitat d'excepcionar l'atribució preferent al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills i atribuir l'ús de l'habitatge a qui en tingui més necessitat (tot i no tenir la guarda dels fills) si el cònjuge a qui correspon la guarda té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills (article 233-20.4). Finalment, s'atribueix al més necessitat en els supòsits en què la guarda dels fills queda compartida o distribuïda entre els progenitors (article 233-20.3.a) o membres de la parella (article 234-8.2.b), si els cònjuges no tenen fills o aquests són majors d'edat (article 233-20.3.b) o 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 (article 233-20.3.c).

En qualsevol d'aquests supòsits —per pacte, guarda o més necessitat— l'atribució es fa al progenitor però no als fills, com de forma inadequada declaren moltes de les

³⁸ Sobre l'important número de processos de família, vegeu l'estadística judicial que publica el Consell General del Poder Judicial < http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.Datos_de_Nulidades_Separaciones_y_Divorcios_ingresadas_en_el_tercer_trimestre_de_2013.formato3>. [Consulta: 17/01/2014]

resolucions d'instància³⁹, sense que no totes les seccions de les Audiències Provincials, que coneixen dels recursos d'apel·lació contra les resolucions d'instància que cometen aquesta incorrecció, les corregeixin⁴⁰.

Com a exemple, la SAP Barcelona 142/2013, de 7 de març de 2013, que en el seu fonament de dret cinquè diu que «[l']atribució de la custòdia a la mare i l'absència de petició d'ella de l'ús de l'habitatge familiar fa que l'atribució feta en la sentència apel·lada deixi de tenir cap base (a més de ser incorrecta, en incloure també el gaudi i la nena com a beneficiària directa, improcedent en dret català (article 234-8.2.a CCC) i cal deixar-la sense efecte».

També el fonament de dret quart de la SAP Barcelona 1/2013, de 9 de gener de 2013, que declara que «la pretensió de l'apel·lant s'ha d'estimar en part, en el sentit de suprimir els fills com receptors directes de l'atribució, perquè ni l'article 83 del Codi de família ni ara l'article 233-20.2 CCC contemplen altre beneficiari directe de l'atribució que el progenitor custodi, mentre duri la custòdia, i la sentència apel·lada ha ampliat indegudament aquesta atribució als fills».

1.1 Criteris de l'atribució

En l'atribució de l'ús cal determinar quins són els criteris que considera el legislador, la durada d'aquella, les conseqüències a efectes de la fixació de pensions i quin és el règim jurídic de l'habitatge atribuït.

1.1.1 Per pacte

El criteri preferent en l'atribució de l'ús de l'habitatge és el pacte. Només si no hi ha acord, o aquest no es aprovat, entren en joc la resta de criteris d'atribució. L'acord es pot recollir en el conveni regulador que ha d'acompanyar la petició de separació o divorci consensual (article 233-2.3.b CCC), en els capítols matrimonials o en l'escriptura pública en què es formalitzen els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial (article 231-20 CCC), o en aquells pactes posteriors a la ruptura que no formin part d'un conveni (article 233-5 CCC). En efecte, els cònjuges, o els convivents en parella estable, poden acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament a un d'ells. Això ho poden fer mitjançant un conveni regulador i amb la finalitat de satisfer, en la part que escaigui, els aliments dels fills comuns que convisquin amb el beneficiari de l'ús o la prestació compensatòria o alimentària

³⁹ El 65,89% de les resolucions judicials d'instància estudiades per fer aquest treball, i que atribueixen l'ús per raó de la guarda, ho fan als fills i al progenitor, i no només al progenitor com estableix el Codi civil de Catalunya (vegeu el gràfic 9 de l'annex).

⁴⁰ Només el 30,77% de les resolucions judicials d'apel·lació estudiades corregeixen les d'instància quan cometen la incorrecció esmentada (vegeu el gràfic 10 de l'annex).

d'aquest (articles 233-20.1 i 234-8.1 CCC⁴¹). Per tant, aquests preceptes estableixen que cal considerar el valor econòmic de l'atribució de l'ús en la fixació de la resta de prestacions econòmiques que corresponguin al cedent de l'ús per raó de la ruptura de la parella.

La SAP Barcelona 414/2013, de 31 de maig de 2013, declara que aquests pactes «són vàlids ja que es tracta de negocis jurídics de dret de família, l'eficàcia de la qual obligacional deriva del principi d'autonomia de la voluntat, quan respectin els límits de l'article 1255 CC» i, recollint la doctrina de la STS 325/1997, de 22 d'abril de 1997, considera que el conveni «requereix l'aprovació judicial, com a *conditio iuris*, determinant de la seva eficàcia jurídica. Han de, per això, distingir-se tres supòsits: en primer lloc, el conveni, en principi i en abstracte, és un negoci jurídic de dret de família; en segon lloc, el conveni regulador aprovat judicialment queda integrat en la resolució judicial, amb tota l'eficàcia processal que això comporta; en tercer lloc, el conveni que no ha arribat a ser aprovat judicialment, té l'eficàcia corresponent a tot negoci jurídic, tant més si conté una part aliena al contingut mínim que preveu l'article 90 CC».

El límit de l'acord entre les parts el constitueix l'interès dels fills que es troben sota la seva guarda, aquest és el veritable límit⁴². No és vàlid qualsevol acord que puguin prendre els cònjuges o membres de la parella, perquè la decisió s'ha de dirigir sempre a fomentar el benestar dels fills⁴³.

Més encara, la STSJ Catalunya 34/2010, de 10 de setembre de 2010, determina que el control judicial sobre el conveni regulador de la ruptura matrimonial sotmès a homologació no es restringeix als acords relatius a fills menors o que els puguin perjudicar, sinó que s'estén a tots els acords sotmesos a aprovació per tal de corroborar-ne la legalitat. La decisió es basa, sobretot, en l'aplicació de l'article 11.2 LOPJ i la seva anàlisi permet distingir dues vessants del control de continguts del conveni regulador: el control més ampli possible que ha d'incloure, fins i tot, valoracions de conveniència econòmica i que és el que recau únicament sobre els pactes relatius als fills menors o que els puguin afectar, i el control estrictament jurídic relatiu a la resta de pactes i que únicament determina la seva conformitat respecte de l'ordenament indisponible⁴⁴.

Aquesta regulació difereix de l'establerta en l'article 83.1 del derogat Codi de família, que va ser aprovat per Llei 9/1998, de 15 de juliol. En efecte, mentre que en l'article 83.1 CF s'assenyalava simplement que «[l]'ús de l'habitatge familiar [...] s'atribueix en la forma convinguda pels cònjuges», l'article 233-20.1 CCC disposa que

⁴¹ Article 233-20.1 CCC: «Els cònjuges poden acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament a un d'ells, a fi de satisfer, en la part que escaigui, els aliments dels fills comuns que convisquin amb el beneficiari de l'ús o la prestació compensatòria d'aquest. També poden acordar la distribució de l'ús de l'habitatge per períodes determinats».

Article 234-8.1 CCC: «Els convivents en parella estable poden acordar l'atribució a un d'ells de l'ús de l'habitatge familiar, amb el seu parament, per a satisfer en la part que sigui pertinent els aliments dels fills comuns que convisquin amb el beneficiari de l'ús o l'eventual prestació alimentària d'aquest».

⁴² GIL MIQUEO, J. "El convenio regulador". A: VILLAGRASA, op. cit., pàg. 348.

⁴³ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. "Los regímenes patrimoniales del matrimonio en los derechos civiles especiales y forales. Cataluña". A: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.) *Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pàg. 844.

⁴⁴ RUBIO GIMENO, G. Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers: comentari a la STSJC de 10.9.2010. *InDret* [en línia]. Gener 2011. <http://www.indret.com/pdf/797_cat.pdf>. [Consulta: 17/01/2014].

«[e]ls cònjuges poden acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar [...] a un d'ambdós».

La diferència és significativa: l'article 83.1 CF es pronunciava en termes molt amples i reconeixia un marge d'actuació també molt ampli al conveni; l'article 233-20.1 CCC, en canvi, és molt més precís i, tot i que parteix igualment del reconeixement de l'autonomia de la voluntat dels cònjuges, circumscriu l'exercici a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a la necessitat que es realitzi en benefici d'un d'ells: poden assignar-lo a qualsevol dels dos, a qui vulguin i tenint en compte els criteris que tinguin per convenients, fins i tot prescindint —sempre que no resulti lesiu per als interessos dels seus fills— dels criteris legals d'atribució, però cal que sigui només a favor d'un d'ells. El text de l'article 83.1 CF havia dut al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya a analitzar l'autonomia de la voluntat dels cònjuges en l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i a admetre la possibilitat de l'atribució conjunta d'aquest ús, en benefici d'ambdós cònjuges.

Com diu el fonament de dret 2.4 de la STSJ Catalunya 4/2010, de 18 de gener de 2010, «encara que sigui anòmal el pacte en el qual, després de la ruptura matrimonial, els ex-consorts acordin seguir vivint en el mateix habitatge, atès que el cessament convivencial sol ser consubstancial a les institucions jurídiques de la separació conjugal i del divorci, no és il·legal, tal com s'ha apuntat abans, perquè és perfectament viable i possible, sobre la base que els dos ex-esposos es trobin contestes en aquesta situació i no resulti perjudicial per als seus fills»⁴⁵.

Per altra banda, es preveu com a límit de l'atribució de l'ús de l'habitatge que els cònjuges —o els convivents en parella estable— també poden pactar, en previsió de ruptura matrimonial —o de la convivència en parella— sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge i sobre les modalitats d'aquest ús. En aquests casos, no són eficaços els pactes que perjudiquin l'interès dels fills, ni tampoc, si no s'han incorporat a un conveni regulador, els que comprometin les possibilitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge —o membre de l'extinta parella— beneficiari de l'ús (articles 233-21.3 i 234-8.4 CCC⁴⁶).

Amb la voluntat de protegir la part més feble, el legislador ha limitat l'autonomia de la voluntat deixant els pactes en previsió d'una ruptura regulats en l'article 231-20 CCC amb una transcendència mínima.

Els termes de l'article 233-21.3 CCC no inclouen la limitació de l'atribució conjunta pactada —que sembla que es desprèn de l'article 233-20.1 CCC—, la qual cosa suposa

⁴⁵ Enfront de les conclusions d'aquesta sentència es va posicionar ESPIAU en considerar que les manifestacions del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en aquest punt eren més que discutibles, atès que, a la seva empara, els cònjuges restaven legitimats per a vulnerar la configuració i la tipificació que de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar realitzava el legislador en el Codi de família i, més assenyaladament, en el Codi civil de Catalunya (ESPIAU ESPIAU, S. "L'atribució conjunta de l'ús de l'habitatge familiar en una situació de crisi matrimonial: comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 18 de gener de 2010". A: *Revista catalana de Dret privat* Vol. 11, 2010, pàg. 245-247).

⁴⁶ Article 233-21.3 CCC: «En previsió de ruptura matrimonial, hom pot pactar sobre l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge i sobre les modalitats d'aquest ús. No són eficaços els pactes que perjudiquin l'interès dels fills, ni tampoc, si no s'han incorporat a un conveni regulador, els que comprometin les possibilitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús».

Article 234-8.4 CCC: «S'aplica a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge el que estableixen l'article 233-20.6 i 7 i els articles 233-21 a 233-25».

un argument per entendre, com diu la STSJ 9/2013, de 28 de gener de 2013, que, en aquest àmbit, en existir un interès d'ordre públic a protegir, cal suavitzar qualsevol excessiu rigor formalista en l'aplicació del dret al cas en concret⁴⁷. L'esmentat precepte tampoc vincula el pacte amb la finalitat de satisfer aliments o prestacions i, per això, es consideren vàlids els pactes d'atribució de l'habitatge familiar al progenitor no custodi sempre que quedi garantit el dret d'habitació dels menors en un habitatge digne i adequat a les circumstàncies econòmiques de la família⁴⁸.

Finalment, a més d'aquests supòsits, l'acord de les parts sobre l'habitatge pot derivar de la conversió d'un procés judicial contenciós en un de consensual —perquè així resulti dels termes de la contestació o perquè hi hagi acord en la vista del judici⁴⁹—, i del resultat d'un procés de mediació familiar (article 233-6 CCC).

1.1.2 Per decisió judicial

L'autoritat judicial ha de decidir sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar quan les parts no han arribat a un acord que sigui susceptible de ser aprovat. En aquests casos, podrà atribuir-lo en funció de la guarda o de la major necessitat. Si bé és desitjable que existeixi acord entre les parts, no sempre és possible donades les especials circumstàncies que envolten aquestes controvèrsies.

Com diu la IJVD Girona 30/2013, de 24 d'abril de 2013, resten «obertes a les parts totes les accions judicials aplicables al cas, inclosa la petició de mesures si s'estimen oportunes, encara que com en tot cas resulta desitjable que les parts, com a adults que són, puguin resoldre les seves diferències sense la intermediació d'un tercer estrany com és aquest òrgan judicial».

1.1.2.1 En funció de la guarda

En defecte de pacte, o quan aquest no és aprovat judicialment, els articles 233-20.2 i 234-8.2.a CCC⁵⁰ diuen, respectivament, que l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de

⁴⁷ En aquest sentit es manifesta REBOLLEDO VARELA, Á.L. "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña". A: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.) *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008.

⁴⁸ Així s'ha considerat en la VIII Trobada de Jutges i Advocats especialitzats en Dret de Família, feta en Madrid els dies 25, 26 i 27 de setembre de 2013.

⁴⁹ Articles 770.5 i 774 de la Llei d'enjudiciament civil.

⁵⁰ Article 233-20.2 CCC: «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».

l'habitatge familiar, *preferentment*⁵¹, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns, i pot atribuir-lo al membre de la parella a qui correspongui la guarda dels fills comuns. Que s'atribueixi al guardador dels fills es pot entendre com una manifestació de la prevalença de l'interès superior del menor. Ara bé, quan els articles 233-20.2 i 234-8.2.a CCC parlen de fills no només cal incloure els menors no emancipats, sinó que cal fer-ho extensiu als incapacitats judicialment quan estiguin sota la guarda dels seus progenitors.

En aquest sentit s'ha pronunciat la STS 325/2012, de 30 de maig de 2012, que en el seu fonament de dret cinquè considera que «[e]ls fills incapacitats han de ser equiparats als menors en aquest aspecte, perquè el seu interès també resulta el més necessitat de protecció, per la qual cosa estan inclosos en l'article [...] que no distingeix entre menors i incapacitats. A favor d'aquesta interpretació es troba la necessitat d'interpretació acordada en la Convenció Internacional de Drets de les persones amb discapacitat, de 13 de desembre de 2006, ratificada per instrument de 23 de novembre de 2007, i en la Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció Internacional sobre els Drets de les persones amb discapacitat».

Cal considerar els fills comuns i no els d'un únic cònjuge que visqui en l'habitatge; en aquest cas es podran protegir els seus interessos dins del criteri del cònjuge més necessitat (article 233-20.3 CCC). Queden exclosos els fills majors d'edat, tot i que visquin amb algun dels seus pares i en siguin depenents econòmicament, perquè ja no estan sota la seva guarda, excepte si han estat incapacitats judicialment durant la seva minoria d'edat i consegüentment s'ha prorrogat la potestat parental, o s'ha rehabilitat si el fill major d'edat solter, que visqués en companyia dels seus pares o de qualsevol d'ells, ha estat incapacitat judicialment⁵².

Amb això es posa fi a un determinat criteri judicial que, a l'empara de l'article 259 CF, considerava que calia estendre —als fills majors d'edat depenents econòmicament— la protecció que l'article 83.2.a CF donava als menors d'edat.

La SAP Barcelona 363/2007, de 13 de juliol de 2007, estableix que, «encara que l'article 83.2.a) diu que si hi ha fills l'ús s'atribueix preferentment al cònjuge que tingui atribuïda la guarda mentre duri aquesta, això no pot ser interpretat literalment i de forma restrictiva en el sentit d'entendre que automàticament en aconseguir la majoria d'edat el fill s'extingiria el dret d'ús. Sobre aquest debat ja existeix abundant i pacífica jurisprudència que ja ha deixat clar que l'atribució es mantindrà en tant subsisteixi l'obligació del pare de continuar abonant aliments al fill, perquè no oblidem que l'"habitatge" és un dels components del deure d'aliments segons especifica l'article 259 CF, és a dir, mentre el fill s'estigui formant i no tingui ingressos propis que li permetin viure de forma independent i, en suma, mentre persisteixi la necessitat».

Article 234-8.2.a CCC: «Si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, en el cas que els convivents tinguin fills comuns, l'autoritat judicial pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar, tenint en compte les circumstàncies del cas i seguint les regles següents:

» a) *Preferentment, al membre de la parella a qui correspongui la guarda dels fills mentre duri aquesta*».

⁵¹ La utilització de l'adverbi “preferentment” indica que no és estrictament obligatori atribuir l'ús a qui ostenti la guarda del menor, sinó que es poden considerar d'altres circumstàncies.

⁵² La pròrroga i la rehabilitació de la potestat la trobem regulada en els articles 236-33 a 36 CCC.

Els termes de l'article 233-20.2 CCC són, en principi, imperatius («*ha d'atribuir l'ús*»), i ho són en interès dels fills —menors d'edat o incapacitats—, als quals la norma vol garantir una de les prestacions bàsiques del dret d'aliments, com és l'habitació, que no quedaria plenament assegurada d'una altra manera. Aquestes conclusions són també aplicables a l'atribució en els supòsits d'extinció de parella de fet, tot i que els termes de l'article 234-8.2.a CCC siguin, en principi, potestatus («*pot atribuir*»).

Així, la SAP Barcelona 424/2013, de 3 de juny de 2013, diu que «[l']atribució de l'ús del domicili familiar ha de concedir-se a la demandant per ostentar la guarda del fill menor del matrimoni, donada la falta d'acord entre les parts del procés, i sobre la base de la prescripció continguda en l'article 233-20.2 del Codi civil de Catalunya».

Pel que fa a l'extinció de les parelles de fet, la SAP Barcelona 505/2013, de 28 de juny de 2013, estableix que, «[a]cordada la guarda materna, l'atribució del dret d'ús de l'habitatge familiar correspon al progenitor guardador, preferentment, conforme a l'establert en l'article 234-8 Codi civil de Catalunya aplicable al supòsit objecte de debat».

Per tant, l'atribució d'ús prevista en els articles esmentats, com diu la SAP Barcelona 181/2013, de 14 de març de 2013, està funcionalitzada al servei de l'interès necessitat de tutela.

En aquest àmbit no hi ha novetat en relació a l'antecedent normatiu immediat (article 83.2.a CF) més enllà dels termes utilitzats (imperatius o potestatus ara —«*ha d'atribuir*» o «*pot atribuir*»—, objectivadors abans —«*s'atribueix*»—). Ara bé, tot i que el text dels articles 233-20.2 i 234-8.2.a CCC preveu l'atribució de l'ús en funció de la guarda de forma preferent, els criteris hermenèutics no s'esgoten amb la interpretació gramatical de les normes, sinó que cal tenir present, entre d'altres, el criteri sistemàtic que obliga a interrelacionar els diversos articles que regulen aquesta matèria. Així, els números 3 i 4 de l'article 233-20 CCC i 8.2.b de l'article 234 CCC estableixen supòsits que matisen o poden fer decaure la preferència de l'atribució de l'ús en funció de la guarda.

1.1.2.2 Al més necessitat

En els casos de crisi matrimonial, l'article 233-20.3 CCC⁵³ estableix tres supòsits on, imperativament, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar al

⁵³ Article 233-20.3 CCC: «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».

cònjuge més necessitat: guarda dels fills compartida o distribuïda entre els progenitors, absència de fills o si són majors d'edat, i quan, tot i que correspongui l'ús per raó de la guarda, sigui previsible que la necessitat del cònjuge es perllongui després d'arribar els fills a la majoria d'edat.

La redacció de l'article no és afortunada perquè comença dient «*[n]o obstant el que estableix l'apartat segon*». És a dir, la interpretació gramatical del precepte duu a considerar que allò que preveu cal aplicar-lo amb preferència al que estableix l'apartat segon (atribució per raó de la guarda dels fills comuns), però no és això el que pretén l'article 233-20.3 CCC en els seus dos primers supòsits. En efecte, aquest precepte preveu dos casos en els que no està atribuïda la guarda (per estar compartida o distribuïda entre els progenitors, o per no haver-hi fills o ser aquests majors d'edat) i un tercer supòsit on considera la situació del progenitor un cop el fill que té en la seva guarda sigui major d'edat. Per tant, el legislador no planteja cap conflicte entre el supòsit de l'apartat segon i els dos primers de l'apartat tercer de l'article 233-20 CCC que exigeixi tractar-los com a excepcions. Només el tercer supòsit de l'apartat tercer és tributari de l'excepció sobre l'apartat segon perquè, com diu el preàmbul del llibre segon, si malgrat correspondre a un cònjuge l'ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills és previsible que la necessitat d'aquest es perllongui després d'arribar els fills a la majoria d'edat, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar es pot fer inicialment per aquest concepte —al més necessitat—.

En relació amb els supòsits legals d'atribució de l'ús al més necessitat, ens podem trobar davant d'un conflicte no previst pel legislador en relacionar l'atribució preferent al progenitor per raó de la guarda (article 233-20.2 CCC) amb l'atribució al cònjuge més necessitat si els fills són majors d'edat (article 233-20.3.b CCC). En efecte, la tècnica legislativa utilitzada fa que el cas d'atribució al més necessitat es presenti com una excepció a la regla general —en funció de la guarda— i, per tant, d'aplicació preferent si es dona el supòsit de fet que la norma preveu. Com el supòsit de fet és l'existència de fills majors d'edat, en el cas en què estiguéssim davant de la potestat prorrogada o rehabilitada serien aplicables ambdós articles esmentats perquè, per una banda, hi ha guarda de fill (article 233-20.2 CCC) i, per l'altra, el fill és major d'edat (article 233-20.3.b CCC). Sembla lògic, i respectuós amb la normativa tuïtiva dels drets de les persones amb discapacitat, que, en aquest cas conflictiu, l'atribució de l'ús s'atorgui per raó de la guarda.

L'article 233-20.4 CCC⁵⁴ recull un supòsit —aquest, redactat pel legislador de forma potestativa— on la preferència en l'atribució per raó de la guarda pot decaure en favor del cònjuge no custodi sempre que sigui el més necessitat i el cònjuge guardador tingui mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills. Aquest

⁵⁴ Article 233-20.4 CCC: «*Excepcionalment, encara que hi hagi fills menors, l'autoritat judicial pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge que no en té la guarda si és el més necessitat i el cònjuge a qui correspon la guarda té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills*».

supòsit té caràcter excepcional i busca donar resposta a situacions d'injustícia material o d'abús de dret enfront al cònjuge que ha de sortir de l'habitatge i té una situació de major necessitat, i en les que el guardador té a la seva disposició béns amb els que atendre la seva necessitat d'habitatge i la dels fills en condicions equiparables a les que tenia durant el matrimoni.

Per als supòsits d'extinció de parella de fet, l'article 234-8.2.b CCC⁵⁵ només preveu l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar al progenitor més necessitat en el cas en què la guarda dels fills és compartida o distribuïda entre ambdós membres de la parella. Per tant, i en aplicació de l'article 234-8.4 CCC, a la parella de fet no li són aplicables la resta de supòsits previstos en l'article 233-20.3 i 4 CCC.

La SAP Barcelona 513/2013, de 23 de juliol de 2013, considera que «[e]l CCC exclou la mesura d'atribució de l'ús del domicili en les parelles estables quan no hi ha fills. L'article 234-8 regula l'atribució de l'ús quan la parella té fills. Hi ha una remissió a la normativa de l'ús del domicili en les ruptures matrimonials, però no és una remissió total, sinó als articles 233-20.6 i 7 i als articles 233-21 a 233-25, amb el que l'exclusió és clara perquè no està contemplat de forma expressa ni tampoc per remissió». Aquest mateix raonament es pot traslladar als altres supòsits.

Les novetats de la legislació vigent són significatives perquè el seu antecedent normatiu immediat només establia que, quan la guarda dels fills es distribuïa entre els cònjuges, resolvia l'autoritat judicial (article 83.2.a CF), i, només quan no hi havia fills, s'atribuïa l'ús al cònjuge que en tingués més necessitat (article 83.2.b CF).

En els supòsits previstos en els articles 233-20.3 i 4 i 234-8.2.b CCC, el cònjuge o progenitor que busqui veure's afavorit amb l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, haurà d'acreditar no només que concorre algun dels casos taxats, sinó també l'existència d'una situació de major necessitat. En altre cas, l'autoritat judicial haurà de desestimar la seva pretensió per falta de prova.

Com a exemple la SAP Barcelona 408/2013, de 30 de maig de 2013, quan diu que «[l]a raó per recórrer l'atribució del domicili familiar feta en la sentència apel·lada és essencialment que la mare i fill menor no viuen allí. Aquesta al·legació seria causa per no atribuir l'ús però mai per atribuir-ho a l'apel·lant, perquè no al·lega ni prova la seva major necessitat segons l'article 233-20.4 CCC».

La situació de necessitat haurà de ser valorada en cada cas concret, no sent bastant a tal fi que un dels cònjuges —o membres de la parella de fet— estigui en pitjor situació

⁵⁵ Article 234-8.2.b CCC: «Si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, en el cas que els convivents tinguin fills comuns, l'autoritat judicial pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar, tenint en compte les circumstàncies del cas i seguint les regles següents:

» b) Si la guarda dels fills és compartida o distribuïda entre ambdós membres de la parella, al que en tingui més necessitat».

econòmica, sinó que requereix que qui així ho pretengui no pugui, per les circumstàncies que siguin (malaltia, precarietat econòmica, situació professional), procurar-se un habitatge.

Així, la SAP Girona 95/2013, de 8 de març de 2013, diu que «tal necessitat no pot basar-se simplement en el fet que un cònjuge tingui menys recursos que l'altre, o tingui més despeses, sinó en una veritable necessitat».

Com a factors o criteris adequats per determinar el concepte d'interès més necessitat de protecció destaca el proporcionat pels recursos i ingressos amb que compta cadascun dels progenitors, això és, la seva capacitat econòmica, que indicarà quin d'ells posseeix disponibilitats líquides suficients per procurar-se un immoble, en propietat o en arrendament, que serveixi d'habitatge adequada per a ell mateix i, en el seu cas, per als menors en els períodes en què els tingui en la seva companyia. Entre les circumstàncies que cal tenir en consideració per a valorar la situació de necessitat hi trobem la convivència dels fills majors d'edat no independents econòmicament amb un dels progenitors. Aquest és un factor a valorar per a afirmar l'existència de necessitat del domicili per part del progenitor amb qui conviu els fills majors d'edat no independents econòmicament (SAP Barcelona 310/2013, de 14 de maig de 2013, que esmenta la STSJ Catalunya 13/2007, de 7 de maig de 2007).

Finalment, cal dir que l'atribució judicial de l'ús només pot fonamentar-se en la guarda o la major necessitat i no per altres finalitats no previstes per la llei.

La SAP Barcelona 818/2013, de 28 de novembre de 2013, estima el recurs d'apel·lació enfront d'una sentència d'instància que havia atorgat a l'esposa l'ús indefinit, sotmès a la condició resolutòria que s'efectués el complet pagament de la compensació econòmica a la demandada, en aquest cas aquesta deixaria l'habitatge a la disposició de l'actor. Així, l'Audiència Provincial recorda que, «entre els criteris per a l'atribució de l'ús que estableix l'article 233-20 CCC no es troba la constitució d'un dret real de garantia com el que implica l'atribució de la possessió de la finca al cònjuge creditor per assegurar el pagament de les quantitats que l'altre pogués deure-li».

En qualsevol dels supòsits estudiats en aquest capítol —atribució per pacte, guarda o més necessitat— el lliurament de la possessió de l'habitatge al cònjuge o convivent a qui s'ha atribuït l'ús no sempre és pacífic i immediat. Molt sovint cal acudir al procés d'execució per aconseguir el lliurament de la possessió⁵⁶.

Els tràmits seran presentar la demanda d'execució, que, en el seu cas, serà admesa per interlocutòria on s'acordarà despatxar execució, concretant les mesures executives per decret (requerir de llançament l'altra part). L'executat podrà oposar-se a l'execució i, en aquest cas, l'executant la podrà impugnar. Seguidament, o després d'una vista —si és necessària per resoldre—, es dictarà interlocutòria resolent l'oposició.

Cal entendre que l'executat no pot demanar —a l'empara de l'article 704 LEC— una ampliació del termini per abandonar l'habitatge, perquè aquesta possibilitat es preveu per als supòsits en els quals és el grup familiar qui ha d'abandonar en ple l'habitatge.

Com a causes d'oposició que podria al·legar l'executat trobem el compliment d'allò ordenat per la sentència, la caducitat de l'acció executiva, pactes o transaccions per a evitar l'execució, la falta de capacitat o representació i la nul·litat radical del despatx d'execució per no contenir el títol pronunciant de condemna. També podrà invocar l'existència d'abús de dret⁵⁷.

⁵⁶ Bé pels tràmits de l'execució provisional —si el pronunciant a executar no és ferm encara— (articles 524 i següents LEC), o bé pels de l'execució definitiva (articles 538 i següents LEC).

⁵⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Derecho de familia. Tomo III. La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*. Madrid: Lex Nova, 2012, pàg. 608-619.

1.2 Durada

Com diu la SAP Tarragona 380/2013, de 28 de setembre de 2013, ha estat voluntat del legislador català limitar temporalment l'assignació de l'ús del domicili familiar⁵⁸. Amb això es vol posar fre a una jurisprudència excessivament inclinada a dotar de caràcter indefinit l'atribució, en detriment dels interessos del cònjuge titular. La durada de l'atribució té uns límits diversos segons quin hagi estat el motiu per generar-lo (guarda o major necessitat). Es preveu la possibilitat de pròrroga temporal, valorant el cas concret, en els supòsits d'atribució per més necessitat. Finalment, es regula com pot afectar la decisió atributiva quan es posseeix l'habitatge sense ser propietari o per simple tolerància d'un tercer.

1.2.1 En funció de la durada de la guarda

En l'atribució de l'habitatge familiar, s'ha d'atendre, en primer lloc, a l'interès més necessitat de protecció, la qual cosa no implica que no es puguin imposar límits temporals a l'atribució del dret d'ús. Amb això es tracta de conjugar l'interès del menor amb la necessitat d'evitar una despatrimonialització familiar que es produiria si l'habitatge se subjectés a una atribució indefinida i sense límit temporal preestablert.

La limitació temporal ja es preveia en el CF⁵⁹ perquè resulta especialment oneros per al cònjuge —o membre de la parella de fet— exclòs de l'ús (interès menys protegible per al legislador, quan l'altre ostenta la guarda dels fills) la perpetuació en el temps de l'ús, suportant al mateix temps, en molts casos, el pagament de la meitat de la hipoteca i havent d'atendre les seves pròpies necessitats d'habitatge, atès que per a moltes famílies el principal actiu patrimonial, quan no l'únic, és l'habitatge familiar.

El límit temporal el preveuen els articles 233-20.2 i 234-8.2.a CCC que el fixen en la durada de la guarda⁶⁰. Aquest condicionant legal de la durada de la guarda⁶¹ fa

⁵⁸ Per a LETE DEL RÍO, op. cit., pàg. 743, el dret d'ús no pot ser en cap cas indefinit, en suposar sense més una privació del dret o expropiació judicial.

⁵⁹ Article 83.2.a CF: «Si hi ha fills, l'ús s'atribueix, preferentment, al cònjuge que en tingui atribuïda la guarda, mentre duri aquesta».

⁶⁰ Article 233-20.2 CCC: «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».

Article 234-8.2.a CCC: «Si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, en el cas que els convivents tinguin fills comuns, l'autoritat judicial pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar, tenint en compte les circumstàncies del cas i seguint les regles següents:

» a) Preferentment, al membre de la parella a qui correspongui la guarda dels fills mentre duri aquesta».

⁶¹ SSAP Barcelona 462/2013, de 19 de juny, 381/2013, d'11 de juny, i 29/2013, de 17 de gener.

innecessària qualsevol referència, en la resolució judicial, a la finalització de l'atribució d'aquest ús perquè ja té una previsió legal (mentre duri la guarda). Concretament, resulta improcedent prefixar com a límit la majoria d'edat dels fills que no sempre coincideix amb el cessament de la guarda i, en tot cas, quan acaba aquesta es poden aplicar altres factors determinants de l'ús de l'habitatge i altres criteris segons les circumstàncies que existeixin llavors i la regulació legal vigent en aquest moment.

La SAP Tarragona 153/2013, de 2 d'abril de 2013, va desestimar la pretensió de suprimir la menció de la temporalitat de l'atribució de l'ús que havia fet la sentència d'instància perquè aquesta no establia un límit diferent al prefixat per la llei, sinó que es limitava a reflectir el seu caràcter. Per això, va declarar que «no procedeix suprimir la referència temporal que conté la sentència perquè aquest dret [ús de l'habitatge] ve configurat amb aquest caràcter».

Com he apuntat, tot i que sigui habitual, no sempre coincideix la majoria d'edat del fill amb la durada de la seva guarda. En efecte, la guarda pot finalitzar abans de la majoria d'edat (canvi de guardador), després (rehabilitació o pròrroga de potestat parental, sempre que es declari judicialment que té capacitat suficient) o, fins i tot, no finalitzar per raó de l'edat del fill (si no arribés a assolir la capacitat suficient com per a obtenir l'extinció de la potestat parental prorrogada o rehabilitada).

El principi que apareix protegit en aquesta atribució és el de l'interès del fill sotmès a la guarda, que requereix aliments que han de prestar-se pel titular de la potestat parental, i entre els aliments es troba l'habitatge.

L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és una forma de protecció que s'aplica amb independència del règim de béns del matrimoni o de la forma de titularitat acordada entre els seus propietaris, per la qual cosa no pot limitar-se el dret d'ús al temps durant el qual els progenitors ostentin la titularitat sobre l'esmentat bé. Aquesta norma no permet establir cap limitació a l'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la guarda mentre els menors segueixin sent-ho, perquè l'interès que es protegeix en ella no és la propietat dels béns, sinó els drets que té el menor en una situació de crisi de la parella, excepte pacte dels progenitors, que deurà al seu torn ser controlat pel jutge (STS 622/2013, de 17 d'octubre de 2013).

1.2.2 Termini

Quan s'assigna a un dels cònjuges —o membres de la parella de fet— l'ús de l'habitatge per raó de la seva major necessitat, aquest ús no pot tenir una vigència indefinida, la qual cosa entraria en col·lisió amb els legítims drets que a l'altre poguessin correspondre-li sobre l'immoble, no tant quant al seu ús, com fonamentalment quant a la seva disposició. En aquest sentit, ha de ressenyar-se que la temporalitat de l'ús no està contemplada per la llei i per la doctrina jurisprudencial com una mera possibilitat; abans al contrari, la temporalitat és taxativa i inherent a la pròpia

naturalesa de l'ús, del que s'ha afirmat el seu caràcter provisional i condicionat a la subsistència de la situació de necessitat que ho justifica⁶².

L'article 233-20.5 CCC⁶³ limita l'atribució de l'ús al cònjuge més necessitat en establir que s'ha de fer amb caràcter temporal. No obstant això, el legislador, en traslladar la norma pels supòsits d'extinció de parella de fet, va oblidar fixar aquesta limitació temporal en l'article 234-8.2.b CCC⁶⁴.

Com diu la STSJ Catalunya 29/2013, de 15 d'abril de 2013, recordant les seves sentències 39/2008, de 24 de novembre de 2008, i 27/2009, de 6 de juliol de 2009, «quan no hi hagi fills menors d'edat al qual es poden equiparar els supòsits en què, fins i tot existint tals fills, aquell no tingui assignada la seva guarda per qualsevol motiu, la limitació temporal de l'ús és la regla general quan pugui preveure's, mitjançant una ponderació racional, la durada de la necessitat del cònjuge més necessitat de protecció i sens perjudici de la possibilitat que es reconeix a aquest d'instar la pròrroga de l'ús si arribat el moment subsistís aquesta necessitat».

La jurisprudència vincula el caràcter temporal de l'atribució amb la desaparició, o modificació substancial, de la major necessitat. Per això, bona part de les resolucions judicials acostumen a fixar aquest límit en la liquidació del patrimoni comú, en considerar que, en aquell moment, el cònjuge més necessitat tindrà recursos suficients com per a cobrir les seves necessitats d'habitatge⁶⁵.

L'esmentada STSJ Catalunya 29/2013, de 15 d'abril de 2013, considera que «la sentència recorreguda, revocària de la d'instància, fixa una limitació temporal per a l'atribució del que fos domicili conjugal en considerar que "[...] amb l'import que percebi la Sra. Filomena (de la venda de l'habitatge) i la pensió compensatòria que es manté, la demandada podrà subvenir la seva pròpia necessitat habitacional [...]».

» [...] Tingui's present que no es tracta que la recurrent pugui adquirir un altre habitatge sinó procurar els mitjans necessaris per subvenir a un habitatge tot i que sigui en lloguer».

⁶² *Conclusiones del Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con Jueces de lo Civil en General. Sesión Tercera: Cuestiones Sustantivas I. Madrid, del 21 al 23 de septiembre de 2009.* Madrid: CGPJ-CS, 2009/13.

⁶³ Article 233-20.5 CCC: «L'atribució de l'ús de l'habitatge a un dels cònjuges, en els casos dels apartats 3 i 4, s'ha de fer amb caràcter temporal i és susceptible de pròrroga, també temporal, si es mantenen les circumstàncies que la van motivar. La pròrroga s'ha de demanar, al més tard, sis mesos abans del venciment del termini fixat i s'ha de tramitar pel procediment establert per a la modificació de mesures definitives».

⁶⁴ Article 234-8.2.b CCC: «Si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, en el cas que els convivents tinguin fills comuns, l'autoritat judicial pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar, tenint en compte les circumstàncies del cas i seguint les regles següents:

» b) Si la guarda dels fills és compartida o distribuïda entre ambdós membres de la parella, al que en tingui més necessitat».

⁶⁵ La SAP Barcelona 449/2013, de 14 de juny de 2013, estableix que «ateses les circumstàncies expressades s'estima ajustada la temporalitat fixada en la sentència apel·lada per remissió al temps en què es procedeixi a l'efectiva divisió de l'habitatge familiar per estimar-se que en aquest moment cessarà la situació de major necessitat que ara concorre».

Per a la SAP Barcelona 398/2013, de 18 de juny de 2013, «pot acordar-se atribuir l'ús del domicili a la demandada fins que es procedeixi a la liquidació o realització efectiva d'aquest domicili, moment en el qual s'estima cessarà la necessitat, havent de dur-se a terme la liquidació sense la càrrega de l'ús».

Tot i que no falten sentències d'apel·lació que fixen un termini concret d'anys com a límit de l'atribució.

La SAP Barcelona 452/2013, de 18 de juny de 2013, diu que «atesa la titularitat conjunta de l'habitatge, l'estabilitat laboral del Sr. Anton, l'evolució a l'alça dels seus ingressos i la seva actual disponibilitat d'habitatge s'estima adequat fixar com a termini de l'atribució el de 6 anys des de la present resolució». La reproduïda és l'única fonamentació que dona l'Audiència per a establir la durada de l'atribució, raó per la qual no se sap perquè l'estableix en 6 anys i no en 5, o 7, o en una altra durada.

I d'altres sentències que, en tenir l'afavorit per l'atribució un altre habitatge llogat, la limiten al moment en què recuperi la possessió sobre aquest segon habitatge.

Així, la SAP Barcelona 310/2013, de 14 de maig de 2013, diu que «no justifica que es prolongui l'ús del domicili familiar a favor de la mare per un termini de quatre anys en un cas com el present en el qual la mare és propietària d'un altre domicili proper a la població on es troba el domicili familiar que pot tenir a la seva disposició quan acabi el termini del contracte de lloguer. Si pot tenir un altre domicili a la seva disposició, no està justificat el manteniment de la limitació que l'atribució de l'ús implica pels drets de l'altre propietari».

Finalment, com ja deia en les seves sentències 36/2006, de 4 d'octubre de 2006, i 18/2008, de 8 de maig de 2008, la STSJ Catalunya 29/2013, de 15 d'abril de 2013, preveu que, només excepcionalment, quan es prevegi que la situació de necessitat serà permanent i invariable i que es perllongarà indefinidament en el temps, o que és altament improbable la seva superació, estarà justificat no fixar per avançat un termini determinat en l'atribució de l'ús al més necessitat. Aquest criteri, acceptable per als supòsits regits pel CF, no es pot mantenir amb la redacció actual del llibre segon que exigeix —en els supòsits de crisi matrimonial— la limitació temporal.

Com diu el seu preàmbul «[e]n tot cas, l'atribució per raó de la necessitat és sempre temporal, sens perjudici que es puguin instar les pròrrogues que escaiguin. Es vol posar fre a una jurisprudència excessivament inclinada a dotar de caràcter indefinit l'atribució, en detriment dels interessos del cònjuge titular».

Per tant, fins i tot quan es prevegi que la situació de necessitat serà permanent i invariable i que es perllongarà indefinidament en el temps, no es pot fer una atribució vitalícia de l'ús de l'habitatge, sinó que cal limitar-lo per respectar els drets del no usuari.

En contra, la SAP Barcelona 418/2013, de 31 de maig de 2013, en declarar que «l'apel·lació ha de ser estimada parcialment a causa d'un aspecte semàntic que converteix la dicció de la sentència apel·lada en una atribució vitalícia, la qual cosa vulnera -en aquest aspecte sí- l'article 233-20.5 CCC, perquè deixa sense efecte les causes d'extinció sempre aplicables a l'atribució. Efectivament, en tant la necessitat d'habitatge existeix sempre, l'expressió "fins que desaparegui la seva necessitat d'habitatge" ha de substituir-se per "sense límit prefixat però amb subjecció a les causes legals d'extinció"». Aquest pronunciament el fonamenta la sentència esmentada en

l'aplicació analògica de l'article 233-17.4 CCC⁶⁶ a la limitació temporal que reclama l'article 233-20.5 CCC.

En els casos —no gens inhabituals— de titularitats conjunts, quan el domicili familiar és propietat d'ambdós cònjuges —o membres de la parella—, no pot sostenir-se la impossibilitat de preveure el cessament de la necessitat d'habitatge per part de l'usuari. Resulta, en aquests supòsits, injustificat imposar a l'altre una càrrega que limita o desmereix el dret de propietat que ostenta sobre el domicili familiar, si aquest habitatge pot ser alienat i amb el producte d'aquesta venda pot entendre's que la necessitat, que justifica l'atribució de l'ús —o la seva pròrroga—, cessa o disminueix fins al punt de justificar el seu cessament.

Si la temporalitat constitueix un requisit inherent a la concessió de l'ús de l'habitatge, i a més pot preveure's de forma raonable el cessament o disminució de la necessitat, referit al moment de la realització del bé comú, ha de limitar-se el dret de l'ús per un termini que es fixa en aquell moment.

Com diu la SAP Barcelona 181/2013, de 12 de març de 2013, «en el cas d'actuacions la sentència ha prorrogat el dret d'ús per un termini d'un any sense justificar la raó d'aquest termini, perquè no hi ha elements que permetin preveure que en un any la situació de la demandant pugui canviar, tret que es realitzi el bé. És per això que aquesta Sala considera més ajustat al text legal prorrogar el termini d'atribució fins que es procedeixi a la liquidació o realització efectiva d'aquest domicili, moment en el qual s'estima cessarà la necessitat havent de dur-se a terme la liquidació sense la càrrega de l'ús».

1.2.3 Règim de la pròrroga

El caràcter temporal de l'atribució de l'ús al cònjuge més necessitat és susceptible de pròrroga, també temporal, si es mantenen les circumstàncies que la van motivar (article 233-20.5 CCC⁶⁷). El mateix precepte estableix que la pròrroga s'ha de demanar, al més tard, sis mesos abans del venciment del termini fixat i s'ha de tramitar pel procediment establert per a la modificació de mesures definitives. Aquesta doble previsió —substantiva i processal— és contradictòria perquè per a obtenir la pròrroga, per una banda, demana que es mantinguin les circumstàncies que van motivar l'atribució (aspecte substantiu), i, per l'altra banda, reclama que es demani per un

⁶⁶ Article 233-17.4 CCC: «La prestació compensatòria en forma de pensió s'atorga per un període limitat, llevat que hi concorrin circumstàncies excepcionals que justifiquin de fixar-la amb caràcter indefinit».

⁶⁷ Article 233-20.5 CCC: «L'atribució de l'ús de l'habitatge a un dels cònjuges, en els casos dels apartats 3 i 4, s'ha de fer amb caràcter temporal i és susceptible de pròrroga, també temporal, si es mantenen les circumstàncies que la van motivar. La pròrroga s'ha de demanar, al més tard, sis mesos abans del venciment del termini fixat i s'ha de tramitar pel procediment establert per a la modificació de mesures definitives».

procediment que exigeix la modificació substancial de les circumstàncies perquè prosperi la pretensió (aspecte processal).

En efecte, el procediment previst en l'article 775 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (a partir d'ara LEC) està previst per a la modificació judicial de les mesures acordades amb anterioritat que només és possible —d'acord amb els articles 233-7.1 CCC⁶⁸ i 775.1 LEC⁶⁹— quan s'alterin substancialment les circumstàncies que en aquell moment s'haguessin tingut en compte per fixar-les articulant el sistema de relacions i d'assistència dels progenitors envers els fills; modificació que ha de comportar un canvi rellevant que justifiqui l'alteració o substitució d'aquestes mesures per unes altres.

Aquesta alteració implica que han de concórrer diversos pressupostos, com són que es donin fets nous no existents al moment de ser adoptades les mesures que es pretén modificar, que aquests fets tot i no ser extraordinaris han de revestir entitat suficient perquè d'ells derivi perjudici per a l'interessat o als fills, que aquestes circumstàncies no s'hagin considerat en el moment de fixar les mesures, i que no hi hagi ànim defraudatori o mala fe en la modificació pretesa.

La SAP Barcelona 375/2011, de 29 de juny de 2011, diu que «per a la prosperabilitat de la modificació de mesures d'una anterior sentència de separació, o divorci (com en aquest cas), mitjançant la qual va ser aprovat un conveni regulador, són requisits legals i jurisprudencials que s'hagin adoptat en ella mesures que regulin tals efectes, que hagin sorgit fets posteriors i no previstos per les parts o pel Jutge que impliquin una variació substancial en les circumstàncies que van servir de base a l'adopció de tals mesures -això és, que la modificació sigui veritablement transcendent i no d'escassa o relativa importància-, que tal situació sigui permanent o duradora i no conjuntural o transitòria, que no sigui imputable a la voluntat de qui insta la revisió ni preconstituïda amb finalitat de frau, així com que la modificació hagi estat sol·licitada en la forma establerta per la Llei».

Es tracta de la concreció en l'esfera dels efectes de les sentències matrimonials —o d'extinció de parella de fet— del principi jurídic *rebus sic stantibus*, pel que fa a les conseqüències que es deriven de l'acció principal sobre estat civil que, per la naturalesa essencialment evolutiva de les relacions de família, precisen d'una via d'actualització per adequar-les a les circumstàncies personals, socials o econòmiques que concorrin en cada moment concret en un nucli familiar determinat⁷⁰.

⁶⁸ Article 233-7.1 CCC: «Les mesures ordenades en un procés matrimonial es poden modificar, mitjançant una resolució judicial posterior, si varien substancialment les circumstàncies concurrents en el moment de dictar-les».

⁶⁹ Article 775.1 LEC: «El ministeri fiscal, si hi ha fills menors o incapacitats i, en tot cas, els cònjuges poden sol·licitar al tribunal que modifiqui les mesures acordades pels cònjuges o les adoptades si no hi ha hagut acord, sempre que hagin variat substancialment les circumstàncies tingudes en compte en aprovar-les o acordar-les».

⁷⁰ Extensament s'ocupa del tema PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Derecho de familia. Tomo IV. La modificación y extinción de las medidas: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Lex Nova, 2012, pàg. 527-643.

CORDÓN MORENO, F. et al (coords.). *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil. Volumen II. Cizur Menor* (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pàg. 908-911, considera que només pot prosperar la

Per contra, la pròrroga de l'atribució exigeix el manteniment de les circumstàncies que es van tenir en compte en el moment d'atorgar-la. Sembla que hagués estat més correcte, des d'un punt de vista processal, reconduir la pretensió de pròrroga de l'atribució de l'ús al procés d'execució de la resolució judicial —títol judicial—. Per a això, només caldria que la sentència que atribuís l'ús preveïés expressament la possibilitat de pròrroga, de mantenir-se les circumstàncies que van motivar l'atribució. La contradicció en la pròrroga de l'atribució de l'ús entre l'aspecte substantiu (manteniment de les circumstàncies) i processal (alteració substancial de les circumstàncies), pot dur a l'autoritat judicial a confondre quin és el requisit per atorgar-la.

Així, la SAP Barcelona 213/2013, de 20 de març de 2013, desestima el recurs d'apel·lació contra la denegació de pròrroga en considerar que «respecte al moment en què es va concedir la pròrroga de l'ús de l'habitatge familiar no hi ha hagut canvi de circumstàncies tal que justifiqui una nova pròrroga».

Precisament el manteniment de les circumstàncies és el requisit per prorrogar l'atribució, com diu la SAP Barcelona 181/2013, de 12 de març de 2013, en afirmar que «coincideix la Sala amb la valoració de la prova efectuada per la Jutge *a quo* quan entén que persisteix la situació de necessitat que va justificar en el seu moment l'atribució del dret d'ús. No exigeix la llei un canvi substancial de circumstàncies, sinó que es mantingui la situació que en el seu moment va determinar l'atribució».

Aquesta pròrroga no es pot establir per temps indefinit i la sentència estimatòria d'instància haurà de justificar, no només la pròrroga, sinó la durada concreta del nou termini.

En aquest sentit la SAP Barcelona 348/2012, de 17 de maig de 2012, diu que «[l]a pròrroga constituïda en la sentència, en entendre encara concurrent la major necessitat de la demandada, s'ha limitat fins al moment del pas a situació de jubilació, a l'octubre de 2012, quedant poc temps per al cessament de la utilització, sent de confirmar tal pronunciament, en considerar-ho conseqüent amb les circumstàncies concurrents, i amb declaració de la improcedència de nova pròrroga de l'ús de l'immoble, una vegada transcorregut el termini establert».

A l'empara de la jurisprudència anterior —que permetia atribucions d'ús indefinides, STSJ Catalunya 29/2013, de 15 d'abril de 2013—, es podia prorrogar la pròrroga prèviament concedida⁷¹. Amb el llibre segon, sembla que només sigui possible una única pròrroga perquè l'article 233-24 CCC preveu l'extinció del dret d'ús *«pel*

modificació de mesures si hi ha una alteració de notòria entitat, amb canvis imprevistos, una alteració amb estabilitat i permanència en el temps i no conjuntural, que tingui per finalitat aconseguir un major equilibri en les prestacions envers els fills, amb independència de si la situació anterior va ser fixada per conveni o per decisió judicial, que no hi hagi dol ni culpa per qui pretengui la modificació, que qualsevol mesura que afecti els fills s'inspiri en el principi *bonum filii*, sent matèria d'interpretació restrictiva i havent de provar complidament les alteracions.

⁷¹ I habitualment era això el que succeïa perquè, en la majoria dels supòsits, la situació de necessitat es manté després de la pròrroga.

venciment del termini pel qual es va establir o, si s'escau, de la seva pròrroga» —en singular—⁷².

Amb tot, cal recordar que el preàmbul del llibre segon diu que «[e]n tot cas, l'atribució per raó de la necessitat és sempre temporal, sens perjudici que es puguin instar les pròrroques que escaiguin» —en plural—.

Si considerem que només es pot prorrogar l'atribució una única vegada, caldrà ponderar acuradament els diferents interessos per fixar-ne el nou termini.

1.2.4 Règim específic de la possessió sense ser propietari i de les tolerades

És evident que la durada de l'atribució de l'ús es pot veure afectada quan es posseeix l'habitatge sense ser propietari o per simple tolerància d'un tercer. L'article 233-21.2 CCC⁷³ converteix en llei el criteri jurisprudencial segons el qual l'atribució de l'ús no pot generar un dret que abans no existia, ni modificar el títol pel qual es venia posseint l'habitatge. Per això, com a límit de l'atribució de l'ús de l'habitatge, s'estableix que si els cònjuges —o membres de la parella de fet⁷⁴— el posseeixen per un títol diferent del de propietat, serà aquest títol el que delimitarà els efectes de l'atribució⁷⁵. També, si el detenten per mera tolerància d'un tercer, els efectes finalitzaran quan aquest reclami la restitució.

L'ocupació més freqüent, basada en un títol diferent del de propietat, és la del contracte d'arrendament. Si l'atribució es fa a favor de qui no és arrendatari, l'article 15 de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans, permet que aquest passi a ser el nou titular del contracte si s'ha atribuït l'ús de l'habitatge arrendat de manera permanent o en un termini superior al termini que resti per complir del contracte d'arrendament. Aquesta previsió normativa posa fi a les discussions doctrinals i

⁷² CASO SEÑAL, M. “Sección 4ª. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”. A: ORTUÑO MUÑOZ, P. (coord.) *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Madrid: Editorial jurídica Sepín, 2011, pàg. 918.

⁷³ Article 233-21.2 CCC: «Si els cònjuges posseeixen l'habitatge en virtut d'un títol diferent del de propietat, els efectes de l'atribució judicial del seu ús queden limitats pel que disposi el títol, d'acord amb la llei. Si els cònjuges detenten l'habitatge familiar per tolerància d'un tercer, els efectes de l'atribució judicial del seu ús acaben quan aquest en reclama la restitució.

» Per a aquest cas, d'acord amb el que estableix l'article 233-7.2, la sentència pot ordenar l'adequació de les prestacions alimentàries o compensatòries pertinents».

⁷⁴ L'article 234-8.4 CCC declara aplicable l'article 233-21 als casos d'extinció de parella de fet.

⁷⁵ Es pot posseir l'habitatge per un contracte que suposi l'ús i gaudi de l'immoble —arrendament o comodat—, o per un títol pel qual es constitueixi drets reals posseïbles —usdefruit sobre l'habitatge, superfície, ús i habitació o anticresi—.

jurisprudencials sobre si el cònjuge, a qui s'havia atribuït l'ús, se subrogava en la posició contractual del cònjuge arrendatari però no usuari⁷⁶.

Si l'article 1.9 de la Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i foment del mercat del lloguer d'habitatges, no hagués donat nova redacció a l'article 15 LAU, caldria concloure que l'usuari no arrendatari no es podria subrogar en la posició de l'arrendatari no usuari perquè l'atribució no modifica el títol de possessió. Però ara cal modificar aquesta conclusió perquè així ho preveu l'article 15 LAU en els supòsits que esmenta.

L'article 15.2 LAU manté que la voluntat del cònjuge de continuar en l'ús de l'habitatge ha de ser comunicada a l'arrendador. No sembla que l'incompliment d'aquesta comunicació sigui causa suficient per a resoldre el contracte als efectes de l'article 27.1 LAU, llevat que expressament s'hagi establert aquesta obligació i conseqüència en el contracte.

En aquest sentit es pronuncia la SAP Barcelona 52/2007, d'1 de febrer de 2007, en considerar que «[l']incompliment de la notificació no és causa de resolució (no ho estableix el precepte, encara que existeixen opinions en contrari, amb fonament en l'art. 1124 CC en relació amb l'art. 27.1 LAU), encara que, fins que es produeixi, l'arrendador podrà desconèixer el beneficiat amb l'atribució de l'ús o de la utilització exclusiva de l'habitatge, fins llavors, familiar (és a dir, el titular de l'atribució de l'ús assumirà les conseqüències de la falta de notificació, i l'arrendador seguirà considerant a l'arrendatari original com a únic titular de la relació arrendatícia)».

Pel que fa al desnonament per falta de pagament, l'acció cal dirigir-la contra el titular del contracte i, si s'ha notificat la voluntat del cònjuge de continuar en l'ús de l'habitatge, també al beneficiari de l'ús —supòsits en què el termini de l'atribució no excedeix del termini que resti per complir del contracte d'arrendament—.

Fora d'aquests casos esmentats, un dels supòsits més habituals és el conflicte que es genera quan el propietari d'un immoble ha cedit el seu ús a un familiar —generalment un fill o filla—, perquè en ell es fixi el domicili familiar, posteriorment esdevé la ruptura matrimonial o de la convivència i una resolució judicial atribueix a un dels cònjuges o convivents l'ús de l'habitatge. Es tracta, així, de determinar quines facultats de recuperació de l'immoble li queden a aquest tercer, propietari de l'habitatge i afectat per una resolució judicial dictada en un procés de família. La STS 299/2011, de 30 d'abril de 2011, recorda que ja ha fixat doctrina respecte d'aquesta qüestió, i ha unificat la de les Audiències Provincials. Considera que s'ha d'examinar cada cas concret per definir si ha existit o no un contracte entre les parts, i particularment un contracte de comodat, caracteritzat per la cessió gratuïta de la cosa per un temps determinat o per a un ús concret. En tal cas, s'hauran d'aplicar les normes reguladores d'aquest negoci jurídic⁷⁷. Ara bé, en el cas que no resulti acreditada l'existència d'aquesta relació

⁷⁶ CARRERAS, op. cit., pàg. 91-100.

⁷⁷ El comodat és un contracte típic regulat en els articles 1741 i següents CC, que és definit com el lliurament d'una cosa moble o immoble no fungible a fi de servir-se d'ella per cert temps o per a un ús determinat, amb obligació de restitució i sent essencialment gratuït.

jurídica, s'ha de concloure que estem davant la figura del precari, la qual cosa comporta que el propietari de l'immoble podrà, en qualsevol moment, reclamar la seva possessió. En aquest últim cas, i enfront de la possible reclamació del seu propietari, no podrà oposar-se l'atribució de l'ús de l'habitatge que hagi estat establert en l'àmbit d'un procediment de família.

Com declara la STS 861/2009, de 18 de gener de 2010, «[q]uan es tracti de tercers propietaris que han cedit l'immoble per raó del matrimoni, tret que existeixi un contracte que legítimi l'ús de l'habitatge, la relació entre els cònjuges i el propietari és la d'un precari. Ha d'enfocar-se el tema des del punt de vista del dret de propietat i no del dret de família, perquè les conseqüències del divorci/separació no tenen a veure amb els tercers propietaris».

Per tant, l'existència de títol que legítimi l'ús de l'habitatge pel cònjuge o membre de la parella a qui se l'ha atribuït, s'haurà d'acreditar en l'eventual judici (article 217 LEC) si es pretén evitar que la simple reclamació de la restitució de l'habitatge pel seu propietari posi fi als efectes de l'atribució de l'ús per resolució judicial.

La SAP Tarragona 139/2012, de 17 d'abril de 2012, desestima el recurs d'apel·lació contra la sentència que acordava el desnonament per precari d'un habitatge, tot i que la recurrent tenia atribuït l'ús, «atès que no ha resultat acreditat l'existència d'una relació contractual que justifiqui la possessió de la demandada, sinó que l'actor ha tolerat l'ocupació, per la qual cosa la seva mera oposició ha de posar fi a la possessió de la demandada».

La STS 695/2011, de 10 d'octubre de 2011, recorda que l'atribució de l'habitatge en els supòsits de detentació per mera tolerància d'un tercer, corre el risc de resultar inútil, ja que els seus propietaris poden recuperar-lo mitjançant l'exercici de l'acció de desnonament per precari, a la qual estan legitimats per la inexistència de contracte amb l'ocupant del mateix.

Així, la STS 160/2013, de 14 de març de 2013, conclou que l'atribució de l'ús de l'habitatge per sentència dictada en l'àmbit d'un procediment de família no pot constituir un títol jurídic hàbil per justificar la possessió que resulti oposable a tercers aliens a les relacions sorgides pel matrimoni i pel procediment matrimonial, ni permet reconèixer al beneficiari una posició jurídica i una protecció possessòria de vigor jurídic superior al que la situació de precari proporciona a la família, perquè això comportaria subvenir necessitats familiars, per descomptat molt dignes de protecció, amb càrrec a estranys al vincle matrimonial i titulars d'un dret que possibilita la cessió de l'ús de l'habitatge.

Tampoc es podrà oposar a un usufructuari —titular del dret a posseir— l'atribució de l'ús de l'habitatge que hagi estat establerta en un procediment de família, si no

En conseqüència, el comodatari usa la finca sense pagar renda ni mercè. No obstant això, la seva ocupació no pot ser qualificada de precari sinó que es troba emparada per l'esmentat títol contractual.

Així, la figura del precari i la del comodat coincideixen en què es tracta d'una cessió d'ús gratuïta, radicant la diferència essencial en què en el comodat tal cessió s'efectua per a un ús determinat o un temps cert, configurant-se com un autèntic contracte, per la qual cosa únicament pot parlar-se de comodats quan existeixi una situació d'evident intenció (clara, manifesta i inequívoca) en la qual consti la destinació de la cessió originària del que es derivi una durada concreta, o s'expressi la durada de la cessió, havent de tenir-se en compte que en cas de dubte correspondrà la càrrega de la prova a qui al·legui l'existència d'un comodat.

existeix cap negoci que justifiqui l'ocupació (SAP Barcelona 696/2012, de 28 de desembre de 2012).

Aquesta mateixa sentència recorda que «[é]s doctrina jurisprudencial reiterada que en el supòsit en el qual els cònjuges ocupen en precari un habitatge, en virtut d'una possessió simplement tolerada per la condescendència del titular, malgrat l'adjudicació de l'ús a un d'ells [...] no es pot obtenir enfront d'un tercer una protecció possessòria de vigor jurídic superior al que el fet del precari proporcionava als cònjuges, de manera que la sentència de divorci que va atribuir l'ús de l'habitatge a la demandada no pot ser considerada un dret real oposable al legítim titular de l'immoble».

Donat que poden haver fills sota la guarda de l'ocupant que es veu desnonat, el mateix article 233-21.2 CCC fa ús de la previsió de l'article 233-7.2 CCC⁷⁸ perquè l'autoritat judicial pugui ordenar l'adequació de les prestacions alimentàries o compensatòries pertinents.

Aquesta previsió d'increment de les prestacions alimentàries o compensatòries per al supòsit en què el tercer propietari de l'habitatge familiar en reclama la restitució, es pot fer per l'autoritat judicial en el mateix procediment en què atribueix l'ús.

La seva finalitat és desincentivar múltiples reclamacions de propietaris que —al mateix temps— són parents del cònjuge obligat a sortir de l'habitatge familiar i que, ara, veuen que la reclamació de la restitució del seu habitatge no només perjudicarà l'altre cònjuge —o membre de la parella—, sinó també al seu familiar perquè s'incrementaran les prestacions alimentàries o compensatòries que hagi de satisfer.

1.3 Conseqüències a efectes de la fixació de les pensions

Novament, un criteri jurisprudencial és recollit pel legislador. Ara, l'article 233-20.7⁷⁹ CCC exigeix que l'atribució de l'ús es ponderi com a contribució en espècie per a la fixació dels aliments dels fills i de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge. En els casos d'extinció de parella de fet, l'article 234-8.3⁸⁰ CCC estén la previsió a la distribució de l'ús i determina que també sigui tinguda en compte per a la fixació dels aliments als fills i de la prestació alimentària de l'altre membre de la parella⁸¹. Els dos preceptes esmentats exigeixen, per a la seva virtualitat, que l'habitatge pertanyi en tot o en part al cònjuge o membre de la parella que no n'és beneficiari.

⁷⁸ Article 233-7.2 CCC: «El conveni regulador o la sentència poden preveure anticipadament les modificacions pertinents».

⁷⁹ Article 233-20.7 CCC: «L'atribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany en tot o en part al cònjuge que no n'és beneficiari, s'ha de ponderar com a contribució en espècie per a la fixació dels aliments dels fills i de la prestació compensatòria que eventualment meriti l'altre cònjuge».

⁸⁰ Article 234-8.3 CCC: «L'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany en tot o en part al membre de la parella que no n'és beneficiari, ha d'ésser tinguda en compte per a la fixació dels aliments als fills i la prestació alimentària que eventualment meriti l'altre membre de la parella».

⁸¹ En existir aquest precepte, resulta redundant que l'article 234-8.4 CCC declari aplicable, als supòsits d'extinció de parella de fet, l'article 233-20.7 CCC.

L'ús de l'habitatge té, evidentment, un valor que és susceptible d'una quantificació econòmica i ve a integrar —en certa manera i en supòsits en què pertany, en exclusivitat o en part, al cònjuge a qui no se l'atribuït l'ús— una prestació *in natura*, en espècie, la qual cosa demanda que tal atribució sigui tinguda en compte per calcular —i rebaixar si escau— l'import de les altres càrregues que s'hagin d'imposar⁸².

L'absència en el Codi de família de referència expressa a la necessitat de tenir en compte l'atribució de l'ús per a la fixació de pensions provocava resolucions, com la SAP Lleida 86/2004, de 23 de desembre de 2004, que, tot i reconèixer que l'atribució de l'ús era una forma de contribució del pare a les càrregues familiars en relació amb els fills, sent l'habitatge un dels conceptes que integren el dret d'aliments conforme a l'article 259 CF —vigent en aquell moment—, considerava que la seva atribució no havia d'implicar la reducció de la pensió d'aliments.

El dret d'ús concedit per resolució judicial en procediment de família, suposa que aquelles facultats que defineixen el dret de propietat (usar, gaudir i disposar), i de les quals feien ús els cònjuges o membres de la parella, ja no pertanyen íntegrament a un dels participants en la propietat, perquè no tindrà la facultat d'usar.

Aquest dret sobre de l'habitatge familiar té un valor econòmic en si mateix que, de no considerar-se per establir l'import de les altres càrregues que s'haguessin d'imposar, generaria situacions clarament injustes en implicar, per una banda i per al cònjuge o membre de la parella titular del dret, un estalvi substancial que suposa l'ús gratuït i exclusiu d'un immoble durant un determinat període sense pagar cap renda, i, correlativament per a l'altre cònjuge o membre de la parella —cotitular o titular exclusiu de l'immoble—, l'exclusió de l'ús judicialment imposada durant un termini determinat amb innegable perjudici econòmic. Aquesta lesió es concreta en la despesa que haurà de suportar per adquirir o llogar un altre pis que li serveixi d'habitació on poder allotjar-se.

El valor econòmic de l'ús es projecta en el moment de la constitució de l'esmentat dret i cal tenir-lo en compte de forma rellevant a l'hora de fixar les pensions d'aliments dels fills⁸³. No es pot oblidar que l'habitació és un dels conceptes que integren el contingut d'aliments d'origen familiar⁸⁴.

Així, la SAP Barcelona 505/2013, de 28 de juny de 2013, diu «[e]n aquest cas l'habitatge familiar és de titularitat conjunta el que determina que hagi de ser ponderada l'atribució al progenitor guardador, com així ha efectuat la sentència apel·lada, a l'efecte de la contribució paterna als aliments del fill comú de conformitat amb l'establert en l'article 233-20.7 CCC».

⁸² PEREDA GÁMEZ, F.J. *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2007, pàg.453-468, considera la cessió del valor de l'ús com part de la contribució a les càrregues familiars.

⁸³ Els articles 233-20.7 i 234-8.3 CCC utilitzen termes imperatius —«s'ha de ponderar» i «ha d'ésser tinguda en compte»— no potestatius.

⁸⁴ Article 237-1 CCC: «S'entén per aliments tot el que és indispensable per al 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».

Com raona la SAP Tarragona 380/2013, de 28 de setembre de 2013, «[r]especte de l'elevació de la prestació, es rebutja, atès que l'apel·lant no contempla que l'aportació del pare comprèn la ponderació de l'assignació de l'ús de l'habitatge familiar a la filla, la qual cosa condueix al fet que la prestació del pare en tal concepte superi l'elevació pretesa de 50 €».

I la SAP Tarragona 127/2013, de 18 de febrer de 2013, «[l]a pensió de la filla menor ve establerta en una quantia que és suficient per cobrir les seves despeses i proporcionar-li un nivell de vida adequat, tenint en compte que també hi ha una aportació en espècie mitjançant l'atribució de l'ús de l'habitatge, dada que s'ha de considerar en la ponderació de la quantia de la pensió d'aliments perquè suposa una contribució a aliments mitjançant l'aportació d'habitatge».

Si la resolució d'instància no ha considerat l'atribució de l'ús per a la fixació dels aliments dels fills, en apel·lació cal corregir-la.

Com a exemple, la SAP Lleida 225/2013, de 13 de juny de 2013: «No consta que la resolució apel·lada hagi tingut en compte l'article 233-20.7 [...], atès que l'ús de l'habitatge familiar ha estat atribuït a la Sra. Purificació i els dos fills dels litigants, tot i que el Sr. Augusto és copropietari d'una meitat indivisa, la qual, doncs, també ha de computar a efectes de la fixació de la pensió d'aliments».

I la SAP Barcelona 607/2013, de 30 de juliol de 2013, «[p]onderant també a aquests efectes el valor econòmic del dret d'ús de l'habitatge familiar atribuït a la mare per raó de la guarda aquest tribunal estima més aquilatada a la disponibilitat de l'obligat al pagament la quantia de 300 euros mensuals per a cadascun dels dos fills romanent invariable la forma de pagament i criteri d'actualització».

El principal problema sorgeix a l'hora de quantificar o valorar el dret d'ús atribuït als efectes de fixar els imports de pensions o prestacions a càrrec del no beneficiari de l'ús. En efecte, tot i que el legislador preveu la seva consideració, no aporta un criteri per a determinar aquest valor la qual cosa motiva una evident inseguretat jurídica.

Així, no falten pretensions davant els Jutjats o Tribunals on es demana que el valor d'ús s'equipari a l'import de la quota hipotecària (supòsit de titularitat exclusiva del no beneficiari de l'ús), o a la part que correspon satisfer al no beneficiari (supòsits de cotitularitats). En altres casos es vol quantificar el dret d'ús en l'import que obtindria el no beneficiari si llogués l'habitatge a un tercer. Un altre pas en la cerca d'un criteri objectiu el trobem en les pretensions que es fonamenten en la legislació fiscal. En concret, en l'article 10 del Reial decret legislatiu 1/1993, de 24 de setembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats, que preveu la deducció de càrregues sobre la base imposable del valor real del bé. Aquest precepte considera que el valor de l'usdefruit temporal es reputarà proporcional al valor total dels béns, en raó del 2 per 100 per cada període d'un any, sense excedir del 70 per 100, i el valor dels drets reals d'ús i habitació serà el que resulti d'aplicar al 75 per 100 del valor dels béns sobre els quals van ser imposats, les regles corresponents a la valoració dels usdefruits temporals. No obstant, com ja s'ha exposat més amunt, la naturalesa jurídica del dret d'ús no és la d'un usdefruit ni la d'un dret real d'ús i habitació.

En qualsevol cas, cal ponderar l'atribució de l'ús i, a aquests efectes, la ITSJ Catalunya 226/2013, de 14 de febrer de 2013, entén que cal resoldre prèviament quin pot ser el valor per al cònjuge beneficiari d'aquesta atribució quan hagi estat efectuada per raó de la guarda dels fills, descomptada, per tant i si escau, aquella part que hagi de computar com aportació d'aliments en benefici d'aquests i computat el valor que pugui atribuir-se a la pròpia aportació del cònjuge custodi pel que es refereix a cura dels fills comuns.

Aquesta interlocutòria dóna els elements necessaris per quantificar el valor d'ús però no aporta dades objectives per establir-lo (per exemple, percentatge sobre el valor cadastral de l'immoble, o sobre el valor de mercat, o sobre la situació econòmica de les parts). Tots aquests criteris serien defensables en seu judicial però caldria acreditar que, el criteri triat per al cas en concret, és el més adient i proporcionat.

El 12 de juliol de 2013 el Consell General del Poder Judicial va publicar la Memòria explicativa de les taules orientadores per a la determinació de les pensions d'aliments dels fills en processos de família⁸⁵. En aquestes Taules, després d'estimar el cost per fill —amb exclusió de les despeses d'habitatge i educació—, fa un repartiment d'aquest cost en proporció dels ingressos de cada progenitor i, per allò que aquí interessa, diu: «si el dret d'habitatge dels menors es cobreix amb l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar al progenitor custodi, aquesta pensió només hauria d'incrementar-se amb les despeses ordinàries d'educació».

L'existència de les Taules orientatives per a la fixació de les pensions d'aliments dels fills incrementa els nivells de previsibilitat de la resposta judicial, augmenta la seguretat jurídica i facilita acords i solucions d'auto-composició en aquest tipus de processos, evitant en bona mesura els costos socials dels processos contenciosos. Donat que les taules fixen els imports de les pensions amb exclusió de les despeses d'habitatge, en el supòsit d'atribució d'ús, permetran demostrar si s'ha ponderat o no.

De l'anàlisi conjunt de l'article 233-20.1 CCC —satisfer, *en la part que escaigui*, els aliments— amb l'article 237-10.1 CCC —l'obligació d'aliments *s'ha de complir en diners* i per mensualitats avançades— es deriva que no es pot pactar, ni acordar judicialment, que amb la cessió o l'atribució de l'ús de l'habitatge es satisfà l'obligació de prestar aliments. Així, a més, sempre caldrà fixar el pagament d'una quantitat de diners, llevat del cas en què ambdós progenitors convisquin per períodes equitatius amb els fills, perquè ja satisfaran els aliments aollint-los i mantenint-los a casa seva (article 237-10.2 CCC).

L'atribució de l'ús no només s'ha de tenir en compte per a la fixació dels aliments dels fills, sinó també de la prestació compensatòria que eventualment meriti l'altre cònjuge o de la prestació alimentària que eventualment meriti l'altre membre de la parella.

Així, la SAP Tarragona 380/2013, de 28 de setembre de 2013, diu que «atenent al seu patrimoni, a l'assignació d'ús de l'habitatge familiar, a la prestació per raó del treball reconeguda en aquesta apel·lació, a l'absència de càrregues familiars, a la seva edat de 50 anys, no s'estima procedent la modificació de la prestació compensatòria fixada en la sentència d'instància en la

⁸⁵ Consejo General del Poder Judicial [en línia]: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Tablas_orientadoras_para_determinar_las_pensiones_alimenticias_de_los_hijos_en_los_procesos_de_familia_elaboradas_por_el_CGPJ>. [Consulta: 17/01/2014].

seva quantia, si bé s'estima apropiat ampliar en un any la seva durada en atenció a la durada del matrimoni de 25 anys».

També la SAP Barcelona 83/2013, de 7 de febrer de 2013, diu que «el fet que la propietat de l'habitatge pertanyi en 2/3 parts a l'actor ha de ser valorat com a contribució en espècie als aliments dels fills, i com a compensació a la demandada».

La naturalesa d'aquestes dues prestacions és ben diversa perquè, mentre la prevista en cas d'extinció de parella de fet⁸⁶ té una finalitat clarament alimentària —«*si la necessita per a atendre adequadament la seva sustentació*»—, en el cas de crisi matrimonial⁸⁷ té una finalitat compensatòria —«*situació econòmica [...] resulti més perjudicada*»—. Aquesta diversitat de naturalesa és rellevant a l'hora de considerar si amb la cessió o atribució de l'ús n'hi ha prou, als efectes dels articles 233-14.1 i 234-10.1 CCC, o cal complementar-lo amb una prestació econòmica. En el cas de la prestació compensatòria, l'article 233-17 CCC permet que el seu pagament es faci en béns, i les seves causes d'extinció —article 233-19 CCC— són les mateixes que les de l'atribució de l'ús de l'habitatge —article 233-24 CCC—. Aquestes dues circumstàncies porten a concloure que pot haver-hi prou amb la cessió o atribució de l'ús per satisfer la prestació compensatòria.

La SAP Barcelona 540/2013, de 12 de setembre de 2013, «considera suficient el valor de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per a re-equilibrar el perjudici (article 233-20.7 CCC) perquè els ingressos de la mare i la seva situació econòmica no donen per més».

Pel que fa a la prestació alimentària, l'article 234-11 CCC només permet el seu pagament en forma de capital o de pensió. Ara bé, el mateix precepte estableix que, si no hi ha acord, l'autoritat judicial resol sobre la modalitat de pagament d'acord amb les regles de l'article 233-17, i també remet a les causes d'extinció de l'article 233-19 CCC. Aquesta dualitat de tractament jurídic pot portar a decisions discrepants sobre la suficiència de la cessió o atribució de l'ús per satisfer la prestació alimentària tot i que, als efectes que ara interessen, sembla més adient admetre l'esmentada suficiència.

⁸⁶ Article 234-10.1 CCC: «*Si la parella estable s'extingeix en vida dels convivents, qualsevol dels convivents pot reclamar a l'altre una prestació alimentària, si la necessita per a atendre adequadament la seva sustentació, en un dels casos següents:*

» a) *Si la convivència ha minvat la capacitat del sol·licitant d'obtenir ingressos.*

» b) *Si té la guarda de fills comuns, en circumstàncies en què la seva capacitat d'obtenir ingressos resti minvada».*

⁸⁷ Article 233-14.1 CCC: «*El cònjuge la situació econòmica del qual, com a conseqüència de la ruptura de la convivència, resulti més perjudicada té dret a sol·licitar en el primer procés matrimonial una prestació compensatòria que no excedeixi el nivell de vida de què gaudia durant el matrimoni ni el que pugui mantenir el cònjuge obligat al pagament, tenint en compte el dret d'aliments dels fills, que és prioritari. En cas de nul·litat del matrimoni, hi té dret el cònjuge de bona fe, en les mateixes circumstàncies».*

La SAP Barcelona 749/2013, de 4 de novembre de 2013, entén que la prestació de l'article 234-10.1 CCC recull els caràcters de la pensió d'aliments i de la compensatòria per la seva limitació temporal i la remissió a les seves causes d'extinció.

Finalment, en el supòsit de l'article 233-20.1 CCC caldrà tenir presents les repercussions fiscals perquè qui paga pensió d'aliments als fills no pot deduir-se aquesta quantitat de la seva base imposable —a diferència de la pensió compensatòria—, sinó que l'import de la pensió d'aliments tributa a un tipus inferior en la base liquidable general⁸⁸.

1.4 Règim jurídic de l'habitatge atribuït

El legislador manté la possibilitat d'inscriure en el Registre de la Propietat el dret d'ús, afegint l'anotació preventiva. Ha introduït una distribució de les obligacions i despeses relatives a l'habitatge que difereix, en part, dels pronunciaments jurisprudencials sorgits a l'empara de la normativa anterior. Per altra banda, el llibre segon converteix en llei el criteri jurisprudencial sobre el respecte del dret d'ús tot i la possibilitat de disposició i gravamen de l'habitatge.

1.4.1 Publicitat registral

Com he exposat en tractar sobre la naturalesa jurídica del dret d'ús atribuït, sigui quina sigui aquesta el dret és inscriptible en el Registre de la Propietat. Així ho preveia l'article 83.3 CF i ara, més específicament, l'article 233-22 CCC⁸⁹. L'accés al Registre de la Propietat garanteix la publicitat registral del dret d'ús i, amb això, la seva oposabilitat enfront de tercers (STSJ Catalunya 33/2003, de 22 de setembre de 2003).

Com diu la SAP Barcelona 445/2013, de 13 de juny de 2013, «s'ha de recordar que l'acció de divisió, possible malgrat l'atribució d'ús del domicili familiar, deixa indemne l'atribució i, si ha estat inscrita registralment, fins i tot enfront de tercers».

Per a la inscripció o anotació no es necessari instar una demanda d'execució, n'hi ha prou amb sol·licitar del jutjat un testimoni de la resolució judicial i, en el seu cas, del conveni regulador, i presentar-lo davant el Registre de la Propietat on consti inscrit

⁸⁸ VARONA ALABERN, J.E. (dir.) *La fiscalidad de la vivienda en España*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2012.

⁸⁹ Article 233-22 CCC: «El dret d'ús de l'habitatge familiar atribuït al cònjuge es pot inscriure o, si s'ha atribuït com a mesura provisional, anotar preventivament en el Registre de la Propietat».

l'habitatge⁹⁰. Si no es pogués inscriure —o anotar preventivament, si s'hagués atribuït com a mesura provisional—, una eventual manifestació falsa del propietari, en cas de disposició, podria provocar l'aparició d'un tercer protegit per l'article 34 LH⁹¹ que faria perdre l'ús al cònjuge a qui s'hagués atribuït (RDGRN de 10 d'octubre de 2008). El dret d'ús és oposable a tercers però no pot anar en frau o perjudici de creditors que ho eren abans que es constituís el dret d'ús (d'aquí la conveniència del seu accés al Registre), ni pot limitar els drets d'altres titulars que no són part en el procés matrimonial o d'extinció de parella de fet⁹².

L'ús atribuït sobre l'habitatge familiar, serà inscriptible sempre que ho permeti la titularitat inscrita de l'habitatge a la qual afecti. Per tant, no es pot inscriure si el bé està inscrit a favor d'un tercer que no intervé en el procediment, per falta de tracte, perquè, d'una altra manera, s'infringiria el principi constitucional de tutela jurisdiccional de drets i interessos legítims i proscripció de la indefensió (article 24 CE), així com els principis registrals de tutela judicial dels assentaments (articles 1 i 40 LH), de legitimació (article 38 LH), i tracte successiu (article 20 LH), els quals impedeixen inscriure un títol no atorgat pel titular registral o resultant en un procediment en el qual no ha estat part (RDGRN de 19 de setembre de 2007). En conseqüència, per més que el dret d'ús de l'habitatge familiar s'inscrigui o anoti al Registre de la Propietat, la publicitat inherent a la inscripció/anotació no canvia el contingut de la titularitat —real o personal— que justifica la possessió del pis (SAP Barcelona 24/2012, de 17 de gener de 2012, i SAP Girona 485/2012, de 14 de desembre de 2012).

Per a la protecció de la bona fe del tercer hipotecari, la falta d'accés al Registre pot fer inoposable el dret d'ús, com va ocórrer en el cas jutjat per la STS 310/2004, de 22 d'abril de 2004, per a la qual, el dret d'ús que sobre l'habitatge tenia l'esposa del deutor hipotecari atribuït en la sentència de separació, era inoposable enfront de l'adjudicatari d'un habitatge hipotecat que va actuar de bona fe. Dit d'una altra manera, si el dret d'ús no hagués tingut accés al Registre solament seria oposable al tercer quan aquest hagués conegut d'una altra forma l'existència de l'atribució de l'ús al no titular.

La rellevància dels efectes de la publicitat registral⁹³ han portat al dictat de resolucions en segona instància que, respectant l'article 755 LEC⁹⁴, recorden al beneficiari que el dret d'ús és inscriptible.

⁹⁰ PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Derecho de familia. Tomo III (...)*, op. cit., pàg. 604.

⁹¹ Article 34 LH: «El tercer que de bona fe adquireixi a títol onerós algun dret de persona que al Registre consti amb facultats per transmetre'l, ha de ser mantingut en la seva adquisició, una vegada hagi inscrit el seu dret, encara que després s'anul·li o es resolgui el de l'atorgant en virtut de causes que no constin al mateix Registre.

» La bona fe del tercer es presumeix sempre, mentre no es provi que coneixia la inexactitud del Registre.

» Els adquirents a títol gratuït no tenen altra protecció registral que la que tinguin el seu causant o transferent».

⁹² L'article 234-8.4 CCC determina que, en aquests supòsits, s'aplica a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge el que estableix l'article 233-22 CCC.

⁹³ Aprofundeix en la importància de la publicitat registral SERRANO DE NICOLÁS, op. cit., pàg. 515-523.

⁹⁴ En efecte, l'article 755 LEC només permet la comunicació d'ofici als registres civils de les sentències i altres resolucions dictades en els procediments sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors. La comunicació a qualsevol altre registre públic (en el present cas, el de la Propietat) només es pot fer a petició d'una de les parts.

En aquest sentit diu la SAP Barcelona 573/2011, de 26 d'octubre de 2011, que «[p]rocedeix no obstant això integrar la sentència dictada fent constar per a major seguretat de les parts i a fi d'evitar problemes en execució de la resolució d'aquesta manera dictada que el dret d'ús regulat en l'article 83 del Codi de Família de Catalunya és inscriptible en el Registre de la Propietat tal com l'expressat precepte disposa i que aquest subsistirà mentre durin les circumstàncies que han motivat la seva constitució encara quan s'hagi estimat l'acció de divisió de l'esmentat habitatge». També la SAP Barcelona 302/2011, de 26 de maig de 2011.

En els supòsits d'execució hipotecària sobre l'habitatge familiar, malgrat existir una resolució judicial atribuint-lo, no pot subsistir a l'execució hipotecària, tret que la resolució judicial sigui anterior a la hipoteca i consti inscrita amb anterioritat a la mateixa⁹⁵.

La protecció dels drets del cònjuge —o membre de la parella— que es veu privat del dret d'ús de l'habitatge familiar en un procediment d'execució hipotecària, no passa perquè hagi de mantenir-se costi el que costi en l'ús d'aquest habitatge en perjudici d'un tercer —estrany al matrimoni— que, legítima i regularment, l'ha adquirit en pública subhasta, sinó per instar, dins de l'àmbit del procediment matrimonial o d'extinció de parella de fet, una modificació de mesures en sol·licitud d'increment de les prestacions econòmiques a fi de ser compensat per la pèrdua d'aquest dret d'ús.

1.4.2 Obligacions i despeses

En l'article 83 CF no existia cap criteri de distribució de les càrregues de l'habitatge entre els cònjuges. A falta d'acord entre les parts interessades, s'ha de determinar, en els casos de ruptura, qui abona les despeses que l'ús comporta. La regla general venia sent que les despeses que es derivessin de l'ús, és a dir les despeses ordinàries (despeses de consum o de l'estricta ús), havia de pagar-los qui usava de l'habitatge, i les derivades de la propietat havia de suportar-los el propietari, havent d'estar, quant a les extraordinàries, a la naturalesa, entitat i prova de les mateixes. Amb tot, no existien criteris unànims i sí un excessiu casuïsmes tributari⁹⁶. Això va generar una abundant jurisprudència al respecte que ha estat substituïda pels criteris que el mateix legislador fixa en l'article 233-23.1 i 2 CCC⁹⁷, per als supòsits de separació, nul·litat i divorci, i que l'article 234-8.4 CCC declara aplicables als casos d'extinció de parella de fet.

⁹⁵ TAILLEFER DE HAYA, H. La atribución del uso de la vivienda familiar, ejecución hipotecaria, pronunciamientos judiciales al respecto. *Noticias jurídicas* [en línia]. Juliol 2013. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201307-atribucion_de_la_vivienda_familiar_y_ejecucion_hipotecaria.html>. [Consulta: 17/01/2014].

⁹⁶ SERRANO CASTRO, F.A. *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Madrid: El Derecho, 2010.

⁹⁷ Article 233-23.1 CCC: «En cas d'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge, les obligacions concretes per raó de la seva adquisició o millora, incloses les assegurances vinculades a aquesta finalitat, s'han de satisfer d'acord amb el que disposi el títol de constitució».

Article 233-23.2 CCC: «Les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació de l'habitatge, incloses les de comunitat i subministraments, i els tributs i les taxes de meritació anual són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús».

La SAP Barcelona 449/2013, de 14 de juny de 2013, declara que «com ha reiterat en nombroses resolucions, d'ociosa per conegudes i anteriors a l'entrada en vigor del llibre II CCC, les despeses de comunitat ordinàries (conservació, reparació ordinària) així com les derivades dels subministraments de l'habitatge han de ser assumides per l'usuari. Les despeses de comunitat extraordinàries hauran de ser abonades pels titulars de l'immoble així com totes aquelles que derivin de la titularitat de l'immoble. Les obligacions derivades de les assegurances concertades i préstecs vinculats a l'adquisició de l'habitatge seran satisfetes conforme al títol de constitució respectiu. No obstant això a partir de l'entrada en vigor del CCC i conforme al disposat en l'article 233-23 CCC els impostos de tributació anual sobre el domicili familiar (IBI) passen a ser de càrrec del cònjuge beneficiari de l'ús de l'habitatge».

Es manté que les obligacions concretes per raó de l'adquisició de l'habitatge es satisfacin d'acord amb el que disposi el títol de constitució.

La resposta judicial a les pretensions de modificar el repartiment de la quota hipotecària era i és que, en un procés de família, no es pot modificar allò que consta en el títol constitutiu. Així, la SJPI Reus 303/2013, de 13 de desembre de 2013, diu que «[p]el que fa a les càrregues i despeses ordinàries vinculades a l'habitatge que havia estat familiar, cal tenir present l'article 233-23 CCC que estableix que les obligacions concretes per raó de l'adquisició o millora de l'habitatge, incloses les assegurances vinculades a aquesta finalitat, hauran de satisfer-les ambdós progenitors en quant a propietaris i d'acord amb el títol de constitució. No és jurídicament possible, en aquesta seu, modificar el repartiment de despeses en tant en quant terceres persones, directament interessades en el compliment de les obligacions econòmiques derivades de la titularitat dels immobles, no són part en aquest procediment. En conclusió, no procedeix establir cap repartiment de les càrregues relacionades amb l'habitatge, que havia estat familiar, diferent a aquell que derivi de la titularitat de l'immoble i del règim de responsabilitat previst en les execucions hipotecàries».

Un dels canvis més significatius en el criteri jurisprudencial es refereix a la imputació del pagament de l'IBI —impost sobre béns immobles—. En ser un impost vinculat a la propietat (article 61.1.d del Reial Decret Legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals), les decisions judicials determinaven que fos el propietari qui es fes càrrec. Aquesta vinculació és el règim de les meritacions anteriors a l'entrada en vigor del llibre segon —l'1 de gener de 2011—, però no pas de les posteriors, perquè l'article 233-23.2 CCC diu que «els tributs i les taxes de meritació anual són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús» (SAP Barcelona 420/2013, de 3 de juny de 2013).

Aquest canvi provoca decisions com la de la SAP Barcelona 723/2013, de 23 d'octubre de 2013: «El principi de congruència impedeix a aquest tribunal aplicar completament l'article 233-23 CCC i imputar a la beneficiària de l'ús el pagament de l'IBI, de meritació anual, perquè l'impugnant només demana que pagui la meitat (com abans del CCC)».

En el mateix sentit per la SAP Barcelona 678/2013, d'1 d'octubre de 2013, «els tributs i taxes de meritació anual són a càrrec del cònjuge beneficiat pel dret d'ús. No obstant això el Sr. Luis Pedro no ha recorregut el pronunciament contingut en la sentència i referit a l'IBI el pagament del qual s'ha establert per meitat el que veda a aquest tribunal l'examen de l'esmentat pronunciament per aplicació dels principis rectoris de l'apel·lació: *Tantum appellatum, quantum devolutum*».

Ara bé, la SAP Barcelona 630/2013, de 21 d'octubre de 2013, considera que «les obligacions concretes per raó d'adquisició d'habitatge, incloses les assegurances, deuen satisfer-se conforme al títol de constitució, encara que els tributs (l'IBI inclòs) sí són a càrrec de la usuària (però això no requereix pronunciament exprés en sentència)».

Pel que fa a les despeses extraordinàries de conservació, manteniment i reparació de l'habitatge familiar, derrames extraordinàries de la comunitat de propietaris i de subministraments, atès que l'article 233-23.2 CCC només obliga al cònjuge que té atribuït l'ús de l'habitatge familiar a fer-se càrrec d'aquestes despeses si són «ordinàries», això suposa —*a contrario sensu*— que les despeses extraordinàries per tots aquests conceptes no són a càrrec del cònjuge usuari sinó que ho són del propietari, o de tots dos en parts iguals quan es tracta de situacions de *pro indiviso* (SAP Lleida 225/2013, de 13 de juny de 2013).

Respecte a l'assegurança de l'habitatge, aquesta darrera sentència diu que l'article 233-23.1 CCC «contempla el supòsit de les assegurances de l'habitatge familiar que s'hagin constituït amb motiu de la seva adquisició, generalment amb un préstec amb garantia hipotecària atorgat per una entitat financera, la qual, a vegades, exigeix la constitució d'una assegurança sobre la llar amb cobertura del continent i/o del contingut. En aquests casos, s'ha d'estar al títol de constitució, atès el mandat d'aquest precepte».

Fins i tot quan no s'acrediti que el títol de constitució de l'assegurança sigui el contracte de préstec amb garantia hipotecària, sinó que ho és la pròpia pòlissa d'assegurances, en tant que és el vincle contractual que dóna vida a la relació asseguradora, ha de ser el prenedor qui pagui la prima, atès l'article 233-23.1 CCC.

Per contra, la SAP Barcelona 184/2013, de 15 de març de 2013, considera que les assegurances de l'habitatge són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús en aplicació de l'article 233-23.2 CCC.

Finalment cal destacar que l'establiment d'un nou criteri en el repartiment de les despeses de l'habitatge no és suficient als efectes d'interessar una modificació de la decisió judicial dictada a l'empara del criteri jurisprudencial anterior (SAP Barcelona 90/2013, de 6 de febrer de 2013), i que es podrà reclamar el pagament de càrregues, impostos i despeses de l'habitatge en procés d'execució, només si aquest pronunciament consta expressament en el títol judicial⁹⁸.

Per això, és convenient que les sentències d'instància reflecteixin el repartiment d'obligacions i despeses segons l'article 233-23 CCC per permetre l'eventual execució posterior. Si s'omet aquest pronunciament, caldria que en apel·lació s'integrés com ja es fa per d'altres pronunciaments. Així, la SAP Barcelona 422/2013, de 3 de juny de 2013, diu que «[u]na última precisió s'imposa, sobre l'atribució de l'ús del domicili familiar. Ha d'esmenar-se l'omissió de la sentència apel·lada en no dir que l'atribució de l'ús és immune a l'eventual acció de divisió de la copropietat, segons l'article 233-25 CCC, i que subsistirà mentre duri la custòdia materna, segons l'article 233-24.1 CCC».

⁹⁸ PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Derecho de familia. Tomo III (...)*, op. cit., pàg. 630-633.

1.4.3 Disposició i gravamen

L'article 233-25 CCC⁹⁹ recull la facultat de disposició sobre l'habitatge sens perjudici del dret d'ús, com ja ho feia l'article 9.4 CF¹⁰⁰. El cònjuge —o membre de la parella de fet¹⁰¹— titular del dret de propietat o de drets reals i privat del seu ús en pot disposar i transmetre'ls tant per actes *inter vivos* com *mortis causa*. Ara bé, l'adquirent haurà de respectar el dret d'ús constituït sobre l'habitatge d'acord amb la seva durada. En els supòsits —ben habituals— de cotitularitats, la SAP Barcelona 465/2011, de 4 d'octubre de 2011, diu que és doctrina comunament admesa (SSTS 1131/1999, de 27 de desembre de 1999, i 455/2006, de 8 de maig de 2006) la que sosté la possibilitat d'exercici de l'acció de divisió de la cosa comuna pels copropietaris de l'habitatge conjugal, si bé garantint la continuïtat del dret d'ús que pogués correspondre en exclusiva a un dels partícips.

L'acció de divisió de la comunitat representa un dret indiscutible i incondicional per a qualsevol copropietari, de tal naturalesa que el seu exercici no està sotmès a cap circumstància obstativa —excepte el pacte de conservar la cosa indivisa per temps no superior a deu anys—, per la qual cosa els altres comuners no poden impedir el dret a separar-se que correspon a qualsevol d'ells, ni l'exercici de l'acció processal sobre aquest tema (article 552-10 CCC), si bé la cessació de la comunitat no pot afectar a la subsistència del dret d'ús (qualsevol que sigui la seva naturalesa), que correspondria a l'altre cotitular ex-cònjuge en virtut de la sentència de separació o divorci. Per tant el dret d'ús es mantindria indemne, i una eventual venda de l'habitatge hauria de garantir la subsistència d'aquella mesura, que només pot ser modificada per la voluntat dels interessats, o per decisió judicial adoptada per l'òrgan jurisdiccional competent en relació amb el procés matrimonial en què es va acordar.

En el mateix sentit, la SAP Barcelona 212/2013, de 17 d'abril de 2013, diu que «qualsevol dels titulars de l'habitatge familiar pot instar la divisió de la cosa comuna dins del procés matrimonial sense perjudici que, es respecti el dret d'ús, encara que aquest en cap cas impedeix la divisió».

En conclusió, com estableix la SAP Barcelona 462/2013, de 19 de juny de 2013, «[é]s compatible l'atribució de l'ús en el procés de família amb l'acció de divisió del bé comú, però respectant-se en l'acció divisòria la concessió de l'ús del procés matrimonial o de família, sota pena de privar d'imperativitat allò decidit judicialment». Aquest respecte al dret d'ús constituït sobre l'habitatge s'estén als actes dispositius que, com propietari o titular de drets reals sobre l'habitatge familiar, pugui fer el no beneficiari i,

⁹⁹ Article 233-25 CCC: «El propietari o titular de drets reals sobre l'habitatge familiar en pot disposar sense el consentiment del cònjuge que en tingui l'ús i sense autorització judicial, sens perjudici del dret d'ús».

¹⁰⁰ Article 9.4 CF: «En els casos de separació judicial, de nul·litat o de divorci, no cal el consentiment de l'altre cònjuge ni l'autorització judicial per a disposar lliurement del que havia estat habitatge familiar, tret del cas en què el cònjuge no titular o els fills tinguin dret a l'ús de l'esmentat habitatge, llevat que la disposició es faci respectant aquest dret».

¹⁰¹ L'article 234-8.4 CCC estableix que, en els supòsits d'extinció de parella de fet, s'aplica a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge el que estableix l'article 233-25 CCC.

per això, per fer-los no necessita el consentiment del cònjuge que en tingui l'ús ni l'autorització judicial. Ara bé, com l'atribució de l'ús no impedeix la divisió o la disposició però tal càrrega és oposable a qui adquireixi la propietat o el dret real sobre l'immoble, això pot tenir incidència en el seu valor (STSJ Catalunya 50/2012, de 30 de juliol de 2012).

La SAP Lleida 452/2012, de 4 de desembre de 2012, declara que «[s]ens dubte en els últims temps el Tribunal Suprem manté una doctrina constant en relació al manteniment del dret d'ús de l'habitatge familiar en els casos de divisió de la cosa comuna [...] que en res difereix de la regulació del dret civil català (article 233-25 CCC)».

Així ho ha reiterat en la STS 1/2013, de 22 de gener de 2013 («pel que fa a l'ús, en cap cas s'ha qüestionat que s'ha de respectar»), la STS 78/2012, de 27 de febrer de 2012 («l'acció de divisió del pis mantindrà el dret de l'ex marit, titular del seu ús, perquè no han desaparegut les raons que van motivar la seva atribució en la sentència de divorci i el seu dret és oposable a tercers») o la STS 723/2007, de 27 de juny de 2007 («el dret d'ús de l'habitatge conjugal no impedeix la partició sobre un bé respecte del que s'adjudica a cada cònjuge una participació indivisa de cinquanta per cent»).

2) Alternatives a l'atribució de l'ús de l'ús de l'habitatge familiar

Dels articles del llibre segon sobre aquesta matèria es desprèn que existeixen alternatives a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, com són la distribució, la no atribució i l'atribució de l'ús d'altres residències.

2.1 Distribució

Una de les principals novetats del llibre segon és l'establiment de la guarda compartida perquè la ruptura entre els progenitors no alteri les seves responsabilitats envers els fills (articles 233-8 i 233-10 CCC¹⁰²). Amb això s'abandona el principi general segons el qual el trencament de la convivència entre els progenitors significava automàticament que els fills s'havien d'apartar d'un per a encomanar-los individualment a l'altre. Segons diu el seu preàmbul, el missatge del llibre segon és el d'afavorir les fórmules de coparentalitat com a eina per a garantir l'estabilitat de les relacions posteriors a la ruptura entre els progenitors i l'adaptació natural de les regles als canvis de circumstàncies.

S'estima que, en general, la coparentalitat i el manteniment de les responsabilitats parentals compartides reflecteixen materialment l'interès del fill a continuar mantenint una relació estable amb tots dos progenitors. La igualtat de drets i deures entre els progenitors elimina les dinàmiques de guanyadors i perdedors, i afavoreix la col·laboració en els aspectes afectius, educatius i econòmics.

¹⁰² Previsions aplicables també als supòsits d'extinció de parella de fet (article 234-7 CCC).

Per tant, si cal primar la guarda compartida —per damunt de l'atribució a un únic progenitor—, és evident que l'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la guarda (articles 233-20.2 i 234-8.2.a CCC) no procediria en aquests casos. Caldria acudir als altres criteris d'atribució: el pacte aprovat judicialment —preferent— i la major necessitat. Amb tot, l'atribució de l'ús no sempre protegeix l'interès del menor amb suficiència i, de la mateixa forma que la guarda es comparteix, també es pot distribuir l'ús de l'habitatge amb la mateixa finalitat que inspira el legislador. Per això els articles 233-20 i 234-8 CCC porten com a títol «*Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar*».

Per primera vegada es recull en una llei la possibilitat de pactar la distribució de l'habitatge per períodes determinats. L'article 233-20.1 CCC només preveu la distribució de l'ús de l'habitatge familiar per períodes determinats si ho acorden els cònjuges¹⁰³ perquè, si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar (article 233-20.2 CCC). De la interpretació gramatical d'ambdós preceptes es desprèn que l'autoritat judicial mai no podria acordar la distribució de l'ús si no l'acordessin, prèviament, els progenitors. No obstant, cal recordar que la STSJ Catalunya 9/2013, de 28 de gener de 2013, diu que quan l'atribució de l'ús pugui afectar a fills menors d'edat, existeix un interès d'ordre públic a protegir i que suposa que cal suavitzar qualsevol excessiu rigor formalista en l'aplicació del dret al cas en concret.

Sembla clar que no es poden dictar normes per a cada potencial supòsit de fet, ni configurar una situació de fet inamovible, sinó orientadores d'un criteri que ha de presidir la decisió negocial dels cònjuges —o membres de la parella de fet— o, de no ser possible, per l'arbitri del jutge.

Les posicions doctrinals al respecte són diverses en entendre que el legislador —*mens legislatoris*— exclou implícitament la distribució temporal acordada judicialment¹⁰⁴, o que la llei —*mens legis*— es refereix a l'atribució i distribució com dos solucions alternatives que es poden establir de forma pactada o de forma judicial¹⁰⁵. El criteri objectiu —*legis*— és preferible al subjectiu —*legislatoris*—, quan d'interpretar es tracta. D'altra forma és difícilment explicable que l'article 234-8 CCC

¹⁰³ Article 233-20.1 CCC: «*Els cònjuges [...] poden acordar la distribució de l'ús de l'habitatge per períodes determinats*».

¹⁰⁴ PALLEROLS VIDAL, R. “La atribución del uso del domicilio familiar”. A: PÉREZ DAUDÍ, V. (coord.) *El proceso de familia en el Código civil de Catalunya*. Barcelona: Atelier, 2011, pàg. 77.

¹⁰⁵ MOLL DE ALBA, op. cit., pàg. 92.

no limiti la distribució al pacte entre els membres de la parella de fet, ni directament —els seus tres primers paràgrafs—, ni per la remissió a les normes aplicables en els supòsits de nul·litat, separació o divorci —el seu quart i darrer paràgraf no declara aplicable l'article 233-20.1 CCC als supòsits d'extinció de parella de fet—. Per altra banda, cal considerar la resta de criteris hermenèutics, i particularment el sistemàtic. Així, l'article 233-1.1.f CCC preveu que l'autoritat judicial adopti *«mesures [provisionals] que garanteixin les necessitats d'habitatge dels cònjuges i dels fills»*, i l'article 233-4.2 CCC estableix que, *«si algun dels cònjuges ho sol·licita, l'autoritat judicial ha d'adoptar les mesures [definitives] pertinents respecte a l'ús de l'habitatge familiar i el seu parament»*. En cap dels dos casos el legislador circumscriu la decisió de l'autoritat judicial a l'atribució de l'ús —amb exclusió de la distribució—. Al contrari, la distribució de l'ús de l'habitatge és, sense cap dubte, una mesura que garanteix les necessitats d'habitatge dels cònjuges i dels fills (article 233-1.1.f CCC), i pot ser una mesura pertinent (article 233-4.2 CCC)¹⁰⁶. De l'anàlisi conjunt d'aquests preceptes amb l'article 233-20 CCC es pot desprendre que la possibilitat d'acordar judicialment la distribució de l'ús es reserva per als casos en què no hi ha fills menors d'edat o no s'atribueix la guarda a cap dels cònjuges i, a més, cap d'ells té més necessitat. Així, la SAP Girona 161/2013, de 22 d'abril de 2013, considera adequada la distribució temporal de l'ús, alternativament i cada tres anys entre els cònjuges, perquè cap d'ells té més necessitat que l'altre i no han demanat la venda de l'habitatge.

En concret, la sentència esmentada diu que *«[s]embla que el legislador obliga sempre a atribuir l'ús del domicili conjugal a un dels cònjuges, decantant-se per qui tingui més necessitat, no obstant això, malgrat la dicció literal, és obvi que si ambdós cònjuges són titulars del domicili conjugal, ambdós han de tenir dret a gaudir del mateix. Ara bé, atès que en la pràctica això resulta impossible, perquè la convivència conjugal s'ha trencat, el criteri que hauria de regir al moment de decidir sobre el seu ús és que ambdós puguin gaudir-ho i la solució passa per la divisió de la comunitat, tret que pactin una altra cosa, per exemple, el pagament d'una renda per part del que usa el domicili enfront del que no ho usa. Solament, quan un dels cònjuges necessiti realment l'ús del domicili, bé per la seva precarietat econòmica, bé per raons de malaltia, etc. podrà acordar-se que l'ús del domicili sigui al seu favor [...]. Però tal necessitat no pot basar-se simplement en el fet que un cònjuge tingui menys recursos que l'altre, o tingui més despeses, sinó en una veritable necessitat del seu ús»*.

La SJVD El Vendrell 76/2012, de 23 de juliol de 2012, també es basa en l'absència de més necessitat i atribueix l'ús de l'habitatge i el seu parament per períodes successius de dos anys a cada una de les parts.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ-GIL, op. cit., pàg. 1413, diu que la pràctica demostra que l'adjudicació de l'ús rotatiu de l'habitatge facilita i provoca que els cònjuges, o membres de la parella de fet, facin la liquidació del patrimoni comú i, en el seu cas, la venda o adjudicació previ pagament del tant per cent que correspongui a un d'ells.

Fonamenta la seva decisió en què, en els supòsits en què «cap dels cònjuges es troba en situació de més necessitat que l'altre, la jurisprudència menor opta per una atribució alternativa de l'ús a ambdues parts». Seguidament fa una relació de cinc sentències de les Audiències Provincials de Madrid, Sevilla, Alacant i Màlaga. És evident que les sentències d'aquesta "jurisprudència menor" que invoca el JVD no serien aplicables en Catalunya si es limitessin a aplicar el Codi civil estatal, però no l'apliquen —perquè no té previsió expressa a l'efecte— sinó que, valorant les circumstàncies, adopten la decisió més equitativa.

La SJPII Gavà 9/2013, de 31 de gener de 2013, després de fixar un règim de guarda compartida de les filles menors d'edat comunes, distribueix l'ús de l'habitatge entre ambdós progenitors i durant els períodes de temps en què assumeixin la guarda de les seves filles, perquè cap dels dos progenitors té més necessitat que l'altre.

Diu «[e]n el present cas, l'ús de l'habitatge s'havia atribuït provisionalment, per la interlocutòria de 28 de novembre de 2011, a la demandada perquè era el progenitor a qui corresponia, provisionalment, la guarda de les filles comunes. Ara, no obstant, en fixar-se un règim de custòdia compartida, no es pot mantenir aquesta atribució en els mateixos termes (fins que les menors d'edat continuïn sent-ho, article 233-24.1 CCC). Per altra banda, no s'ha acreditat que cap dels dos progenitors estigui més necessitat d'un habitatge que l'altre i, per tant i per aquest motiu, tampoc es pot atorgar l'ús de l'habitatge de forma definitiva a qui el té de forma provisional, tot i no fer efectiu ús del seu dret. Per tot això es considera que procedeix distribuir l'ús de l'esmentat domicili entre ambdós progenitors i durant els períodes de temps en què assumeixin, per aquesta sentència, la guarda de les seves filles».

En contra de la distribució es pronuncia la SAP Barcelona 567/2013, de 18 de juliol de 2013, per considerar-la *in genere* una font segura de conflictes.

Declara que «[e]l sistema de repartiment o distribució de l'habitatge familiar, en aquest cas de titularitat conjunta, entre ambdós progenitors per procurar el desenvolupament de la guarda compartida és una modalitat, d'origen anglosaxó també coneguda com a "custòdia de niu d'ocell" (o *birds nest custody*). La jurisprudència del TSJC en sentència de data 5 de setembre de 2008 l'ha rebutjat per ser una incomoditat per a tots, amén d'una font segura de conflictes que casa malament amb la institució de la guarda i custòdia compartida».

Tampoc l'accepta la SAP Barcelona 698/2012, de 24 d'octubre de 2012, que afegeix el motiu econòmic per a rebutjar la distribució¹⁰⁷.

«No pot acollir-se la proposta de distribució temporal de l'ús de l'habitatge familiar, propietat de la demandada [...], que implica l'atribució de l'ús als nens i l'alternança de les mares [extinció de parella del mateix sexe] segons la custòdia. No solament genera la necessitat de disposar de tres habitatges, sinó que no afegeix estabilitat referencial als nens, perquè l'important són les persones i el secundari els espais. Generaria, a més, una infinitat d'ocasions per al conflicte entre les mares (organització de l'alimentació, intimitat personal, etc.)».

Les sentències esmentades es refereixen a la distribució temporal de l'ús —l'únic tipus de distribució que permet acordar als cònjuges l'article 233-20.1 CCC—. El llibre segon guarda silenci a l'hora de limitar la distribució acordada judicialment i, per tant,

¹⁰⁷ Com diu MONTERO AROCA, op. cit., pàg. 2097, la denegació de l'atribució alternativa i successiva no s'acostuma a fer amb arguments jurídics, sinó al·ludint a problemes pràctics.

caldrà valorar la possibilitat de distribuir espacialment l'ús de l'habitatge. De manera excepcional l'accepta la SAP Barcelona 842/2012, de 18 de desembre de 2012.

«El repartiment o divisió física de l'habitatge familiar és alguna cosa excepcional i només pot acordar-se si efectivament pot garantir-se de forma suficient, d'una part el dret d'habitació dels fills comuns [...] i d'una altra la necessària separació d'espais».

La STS 262/2012, de 30 d'abril de 2012, formula doctrina jurisprudencial en declarar que hi cap la divisió material d'un immoble en el procediment matrimonial, quan això sigui el més adequat per a la protecció de l'interès del menor i sempre que la divisió sigui possible i útil per reunir els habitatges resultants les condicions d'habitabilitat

«[E]ls requisits que s'han d'acreditar [per admetre la divisió material i adjudicació de l'habitatge familiar] són tres: que sigui possible la divisió des del punt de vista material, que les unitats resultants tinguin condicions d'habitabilitat i que no existeixi conflictivitat entre els cònjuges».

Així, a més de la impossibilitat material de la divisió espacial de l'habitatge, la protecció de l'interès del menor impedirà que s'acordi aquest tipus de distribució si la relació entre els seus progenitors està tan deteriorada que, tot i la separació d'espais, la convivència en el mateix edifici garanteix els conflictes entre ells.

La SAP Barcelona 352/2012, de 24 de maig de 2012, desestima la pretensió de dividir l'edifici compost per dues plantes, no només per dificultats tècniques, sinó perquè, «en la mesura en què provocaria una convivència no desitjada, podria esdevenir una font permanent de conflicte».

2.2 No atribució

El llibre segon parla d'atribució o distribució de l'habitatge familiar per donar títol a la regulació sobre aquesta matèria tant en els supòsits de nul·litat, separació o divorci, com en els d'extinció de parella de fet. Però, juntament amb l'atribució i la distribució, existeix una tercera alternativa: no atribuir ni distribuir. Aquest és un supòsit diferent al de l'exclusió de l'atribució —que exigeix que una part la demani—. La no atribució sorgeix com alternativa en els supòsits de titularitat conjunta de l'immoble, quan cap dels cònjuges o membres de la parella de fet resulta tenir més necessitat que l'altre.

Al respecte és explícita la SAP Girona 95/2013, de 8 de març de 2013, «quan el domicili és de titularitat conjunta, el jutge no necessàriament ha d'atribuir l'ús a un o a l'altre dels litigants. Per contra, la regla general hauria de ser la no atribució de l'ús a cap dels dos, de manera que ambdós poguessin gaudir del bé de la seva propietat, sigui per la venda del mateix, el lloguer a un tercer o l'ús temporal a favor d'un d'ells que vindria obligat a satisfer a l'altre la quantitat que ambdós estipulessin en concepte de lloguer de la part de l'immoble que no és de la seva propietat».

Sent la regla general, en absència de fills, que cap dels cònjuges o membres de la parella de fet té dret a ocupar l'habitatge amb preferència a l'altre, només s'atorgarà el

dret d'ocupació si es demostra que té un interès major de protecció. En cas d'absoluta igualtat, precisament per no quedar acreditat quin és el més necessitat, és lògic que no s'atorgui a cap dels dos, i es procedeix a liquidar el bé¹⁰⁸.

També seria procedent no atribuir en els casos en els quals, tot i haver-hi diferències econòmiques entre les parts, aquestes no són suficientment rellevants com per a treure-li l'ús de l'habitatge a un per donar-lo a l'altre.

La SAP Barcelona 213/2013, de 20 de març de 2013, declara que «tot i reconeixent [en el cas en concret] situacions patrimonials diferents, no existeix un flagrant desequilibri suficientment important com per arribar a resultats que de fet priven a un propietari dels seus drets dominicals.

» Cal insistir-hi: La solució es construeix sobre l'especial necessitat d'una part, no sobre el desequilibri patrimonial, i per corregir aquest -si pertoqués- existeixen altres instituts específics».

L'absència de major necessitat i d'atribució de guarda justifica la no atribució de l'ús de l'habitatge, amb més motiu, en els supòsits de titularitat exclusiva de l'immoble.

Com diu la SAP Barcelona 495/2013, de 27 de juny de 2013, «l'article 233-20.3 CCC manté que l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge més necessitat en el cas que els cònjuges no tinguin fills -apartat b-. No obstant això, l'esmentat precepte substantiu no impedeix que davant el supòsit que cap dels cònjuges ostenti interès més necessitat de protecció, pugui no efectuar-se especial concessió de l'ús de la llar familiar, quedant expedits els drets derivats de la propietat de la mateixa, bé sigui de titularitat exclusiva o compartida dels cònjuges».

Quan es fixa un règim de guarda compartida i tampoc es pot determinar quina de les dues parts té una major necessitat —en els termes ja exposats—, no és d'aplicació l'article 233-20.3.a CCC sinó que estariem davant un altre supòsit de no atribució de l'habitatge.

La SAP Barcelona 481/2013, de 26 de juny de 2013, després de considerar que les raons que dóna la sentència apel·lada per denegar la guarda compartida són poc convincts i que contradiuen tant la recent jurisprudència com el criteri de preferència legal, fixa el règim de guarda compartida i per això diu que «no és procedent fer cap atribució del que ha estat domicili familiar». En la seva decisió també valora que «[l]a mare, en lloc d'executar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar que té fins ara, ha optat per llogar un pis. El pare no té més necessitat que ella, perquè disposa d'un altre pis propi».

Finalment, com recorda la SAP Barcelona 438/2013, de 12 de juny de 2013, no procedeix atribuir l'ús de l'habitatge en els supòsits d'extinció de parella de fet sense fills i en el procés especial a l'efecte (article 770.6 LEC), per falta de previsió legal.

«En aquest precepte [article 234-8 CCC] s'admet que ambdós convivents poden pactar l'ús que donen a l'habitatge familiar. Però, quan no existeix pacte, només regula els efectes relatius als supòsits en què existeixin fills menors d'edat, a exclusió del cas dels fills majors d'edat o que no existeixin fills menors, segons es desprèn dels números 2 i 3 de l'article 234-8 CCC. [...]

En el cas jutjat ha de partir-se d'un fet clar, que la unió de parella no va tenir fills, per la qual cosa és inaplicable l'article 234-8 CCC [per atribuir l'ús], que no preveu el supòsit sol·licitat per la part apel·lant». En idèntic sentit la SAP Barcelona 823/2013, de 28 de novembre de 2013, que remet les parts al procés declaratiu pertinent.

¹⁰⁸ *Conclusiones del Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con Jueces de lo Civil en General. Sesión Tercera: Cuestiones Sustantivas I. Madrid, del 21 al 23 de septiembre de 2009.* Madrid: CGPJ-CS, 2009/13.

2.3 Atribució de l'ús d'altres residències

Juntament amb la distribució i la no atribució, l'altra alternativa a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és l'atribució de l'ús d'altres residències. Si entenem habitatge familiar com l'immoble que el grup familiar en el seu conjunt destina preferentment —tant pel que fa al temps com a la seva voluntat de permanència— a la finalitat d'allotjament, cal excloure d'aquesta noció les anomenades “segones residències”, això és, les que només ocasionalment serveixen a la finalitat d'allotjament de la família, bé perquè es tracta d'habitatges de temporada, bé perquè són ocupades exclusivament per un o varis dels seus membres¹⁰⁹.

En el primer cas, és la falta d'habitualitat en l'ús el que permet l'exclusió; en el segon, per contra, és la circumstància que el gaudi no sigui conjunt —encara que la permanència pugui ser de fet molt perllongada—, unida a l'absència d'un ànim que aquest habitatge constitueixi la residència habitual (i no un mer allotjament durant el temps en què s'exerceixin els estudis o la professió).

En aquest àmbit també s'ha produït un canvi legislatiu en relació a l'anterior normativa, que permetia l'atribució —a més de l'habitatge familiar— d'altres residències amb l'única restricció de «*si és el cas*»¹¹⁰. Els tribunals entenien que aquesta restricció es respectava si concorria alguna circumstància que justificava l'atribució de l'altra residència. Calia analitzar el cas concret per determinar la necessitat d'un pronunciament judicial¹¹¹.

La STSJ Catalunya 15/2005, de 3 de març de 2005, va interpretar l'abast de l'article 76.3.a CF, i la STSJ Catalunya 50/2012, de 30 de juliol de 2012, incideix en declarar que aquesta norma «ha de ser interpretada en el sentit que pot concedir-se l'ús d'un habitatge diferent al familiar en el curs del procediment matrimonial si les circumstàncies del cas ho exigeixen per donar-se major satisfacció, amb tal atribució, a interessos superiors necessitats de protecció».

Així, la STSJ Catalunya 9/2013, de 28 de gener de 2013, aplicant l'article 76.3.a CF conclou que, una vegada atribuït l'habitatge familiar a la mare, «en el cas jutjat existeixen motius per atorgar l'ús de la segona residència de la Pineda de Salou al pare perquè pugui dur a terme el règim de visites i comunicació amb els seus fills en un lloc adient».

Ara, l'article 233-20.6 CCC només permet a l'autoritat judicial substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències —en certes condicions—, però

¹⁰⁹ Per exemple, en el cas que un dels cònjuges hagi de desplaçar-se a una altra ciutat per motius professionals o que els fills realitzin els seus estudis fora del seu lloc d'origen.

¹¹⁰ Aquest canvi normatiu també és aplicable —d'acord amb l'article 234-8.4 CCC— als supòsits d'extinció de parella de fet.

¹¹¹ Article 76.3.a CF: «*Els altres aspectes que s'han de regular, d'acord amb les circumstàncies de cada cas, són els següents:*

» a) *L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, amb el parament corresponent, i, si és el cas, de les altres residències*».

no permet atribuir altres residències una vegada ja s'ha decidit sobre l'atribució de l'habitatge familiar¹¹².

Com declara la SAP Tarragona 380/2013, de 28 de setembre de 2013, «[p]el que es refereix a l'atribució de l'ús de l'apartament copropietat dels dos litigants situat a Deltebre a l'apel·lat per dos anys, procedeix assenyalar que a diferència del que ocorria a l'empara del CF, que el seu art. 76.3 permetia l'atribució d'altres residències, el vigent art. 233-20 únicament permet la substitució judicial de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per altres residències si resulten idònies per satisfer la necessitat del cònjuge i fills, per la qual cosa, excepte pacte dels ex cònjuges, no hi cap l'atribució de l'ús d'altres residències»¹¹³.

La STS 284/2012, de 9 de maig de 2012, a l'efecte d'unificar la doctrina de les Audiències Provincials en aquesta matèria, ha formulat la següent doctrina: «en els procediments matrimonials seguits sense consens dels cònjuges, no poden atribuir-se habitatges o locals diferents d'aquell que constitueixi l'habitatge familiar».

A l'empara de la nostra normativa, res impedeix que les parts pactin l'ús d'altres residències, però la seva concreció judicial en procés contenciós s'ha restringit si ja s'ha atribuït l'habitatge familiar. Només cabria atribuir l'ús de segones residències d'acord amb l'article 233-1.g CCC¹¹⁴, com a mesura provisional fins a l'efectiva divisió del bé o liquidació del règim. Per tant, només podran atribuir-se d'altres habitatges —en procés contenciós— si es fa en substitució de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar. Ara bé, perquè l'autoritat judicial pugui acordar-ho, la residència que no és l'habitatge familiar ha de ser idònia per a satisfer la necessitat d'habitatge del cònjuge i els fills.

Com a criteri orientador, cal recordar que l'article 3 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, considera que habitatge és tota edificació fixa destinada a residir-hi persones físiques o emprada amb aquest fi, inclosos els espais i els serveis comuns de l'immoble en què està situat i els annexos que hi són vinculats, si té acreditat el compliment de les condicions d'habitabilitat que fixa aquesta llei i la normativa que la desplegui i compleix la funció social d'aportar a les persones que hi resideixen l'espai, les instal·lacions i els mitjans materials necessaris per a satisfer llurs necessitats personals ordinàries d'habitació.

Aquest article cal completar-lo amb el Decret 141/2012, de 30 d'octubre, pel qual es regulen les condicions mínimes d'habitabilitat dels habitatges i la cèdula d'habitabilitat.

¹¹² Article 233-20.6 CCC: «L'autoritat judicial pot substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències si són idònies per a satisfer la necessitat d'habitatge del cònjuge i els fills».

¹¹³ MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 2005, 2a edició, pàg. 245-246, entenia que l'atribució de l'ús d'altres residències desborda la filosofia natural de protecció a la família que conté el precepte.

¹¹⁴ Article 233-1.g CCC: «El cònjuge que pretengui demandar o demandi la separació, el divorci o la nul·litat del matrimoni i el cònjuge demandat, en contestar la demanda, poden sol·licitar a l'autoritat judicial que adopti, d'acord amb els procediments que estableix la legislació processal, les mesures provisionals següents:

» g) El règim de tinença i administració dels béns en comunitat ordinària indivisa i dels que, per capítols matrimonials o escriptura pública, estiguin especialment afectes a les despeses familiars i, si el règim és de comunitat, dels béns comuns».

3) Exclusió de l'atribució de l'ús i extinció del dret d'ús

El llibre segon regula en articles diferents l'exclusió de l'atribució de l'ús i l'extinció del dret d'ús; no obstant, les seves causes i conseqüències aconsellen la seva exposició en un mateix capítol.

3.1 Exclusió de l'atribució de l'ús

A diferència d'allò que succeeix en els supòsits de no atribució —als que he fet referència en l'epígraf 2.2 del capítol 2 d'aquest treball—, l'exclusió de l'atribució només es refereix a supòsits en els quals procediria per raó de la guarda dels fills, i sempre té el caràcter de justícia rogada perquè no es pot acordar d'ofici sinó que exigeix una pretensió de part de caràcter negatiu o excoent.

3.1.1 Causes

L'article 233-21.1 CCC¹¹⁵ —aplicable, d'acord amb l'article 234-8.4 CCC, als supòsits d'extinció de parella de fet— preveu dos casos en els quals es pot excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a qui li correspondria per raó de la guarda. En el primer estem davant d'un progenitor guardador i que, per tant, li correspondria preferentment l'atribució de l'ús (articles 233-20.2 i 234-8.2.a CCC), però té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills. És un cas coincident amb el previst en l'article 233-20.4 CCC però, a diferència d'aquest, l'atribució no es fa en favor del progenitor no guardador, sinó que no es realitza, com a mitjà per alliberar la propietat. El segon supòsit és el del progenitor que hauria de cedir l'ús a l'altre però que pot assumir i garantir suficientment el pagament de les pensions d'aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi a bastament les necessitats d'habitatge d'aquests. Aquesta causa d'exclusió implica una substitució de l'atribució per una prestació dinerària.

¹¹⁵ Article 233-21.1 CCC: «L'autoritat judicial, a instància d'un dels cònjuges, pot excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en qualsevol dels casos següents:

» a) Si el cònjuge que seria beneficiari de l'ús per raó de la guarda dels fills té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills.

» b) Si el cònjuge que hauria de cedir l'ús pot assumir i garantir suficientment el pagament de les pensions d'aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi a bastament les necessitats d'habitatge d'aquests».

Tot i que el primer cas només exigeix —per a l'exclusió— que el progenitor guardador tingui mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills, i que el segon supòsit reclama que l'altre progenitor pagui una quantitat que cobreixi a bastament les necessitats d'habitatge d'aquests, cal entendre que en ambdós casos és exigible que les necessitats d'habitatge estiguin suficientment garantides perquè no es pot oblidar que el principal interès que es desitja protegir és l'interès dels fills menors i la seva necessitat d'estabilitat física en els moments en els quals el seu entorn familiar canvia de forma substancial¹¹⁶.

L'exclusió no sempre es demana —ni s'aconsegueix— en el procés de ruptura matrimonial o d'extinció de parella fet. Així, quan s'atribueix l'ús per raó de la guarda però després resulta que no es resideix efectivament en l'habitatge familiar, es produeix una desafecció que incideix en el dret d'ús atribuït i —per eliminar aquesta càrrega— serà necessari instar judicialment la seva exclusió mitjançant el pertinent procés de modificació de mesures. La desafecció pot ser sobrevinguda —inicialment es residia en l'habitatge familiar però, després, el progenitor guardador se'n va amb els fills a un altre habitatge—.

Aquest supòsit el contempla la SAP Barcelona 476/2013, de 25 de juny de 2013: «La mare viu amb una nova parella, amb qui ha tingut un nou fill. Això significa, com al·lega l'apel·lant, que la seva capacitat per procurar-se un habitatge ha augmentat, doncs el nou company té l'obligació de contribuir a satisfer la necessitat d'habitatge familiar, segons l'article 231-6 CCC.

» De les dades assenyalades es desprèn que la mare, a curt termini, continua sent la més necessitada, però no tant com per atribuir-li l'ús fins al cessament de la guarda del nen. Procedeix la limitació a dos anys, per poder acomodar-se, ja sigui cessant en la divisió ja sigui venent l'habitatge i procurar-se un domicili amb l'obtingut, excloent en aquest moment l'atribució (article 233-21.1.a CCC)».

També la SAP Barcelona 377/2013, de 17 de maig de 2013: «En el cas jutjat, la mare realment ha perdut el seu dret a què se li mantingui en l'ús del domicili familiar perquè, en desplaçar-se a Lleida per raó de treball, ha constituït la llar familiar en un altre habitatge. No obstant això, el pare no ha demostrat que tingui una major necessitat per ocupar l'habitatge familiar, per la qual cosa el procedent és declarar la desafecció de l'ús del domicili familiar, sense perjudici que les parts puguin pactar el que estimin convenient quant al mateix».

Però la desafecció també pot ser inicial —des del trencament de la relació, el progenitor guardador amb els fills mai no han residit en l'habitatge familiar—.

Com diu la SAP Barcelona 610/2013, de 30 de juliol de 2013, com la mare i la filla no han residit mai en l'habitatge familiar atribuït, «no s'està en cap dels casos previstos en l'article 234-8 CCC que justificaria la limitació del dret de propietat que el demandat i recurrent ostenta sobre l'habitatge. Per tal raó aquest motiu del recurs ha de ser acollit, revocat en aquest extrem la sentència de primera instància i declarant que l'habitatge [que havia estat familiar] queda desafectat pel dret d'ús familiar, per la qual cosa queden els cotitulars del mateix lliures per a la liquidació del condomini sobre la finca en qualsevol de les formes establertes en la llei»¹¹⁷.

Aquests supòsits de desafecció troben cobertura normativa en l'article 233-21.1.a CCC, per aconseguir l'exclusió de l'atribució. En altre cas, l'atribució automàtica de l'ús al progenitor guardador podria provocar situacions d'autèntic abús de dret.

¹¹⁶ CASO SEÑAL, op. cit., pàg. 909-934.

¹¹⁷ En idèntic sentit es pronuncia la SAP Barcelona 823/2013, de 28 de novembre de 2013.

La STS 191/2011, de 29 de març de 2011 diu que «quan el fill no precisa de l'habitatge familiar, per trobar-se satisfetes les seves necessitats d'habitatge a través d'altres mitjans, com ocorre en el cas present, en què la mare ha adquirit un nou habitatge que ostenta en copropietat amb la nova parella amb qui conviu, no pot pretendre's una espècie de reserva del que va ser habitatge familiar durant el matrimoni per poder usar-lo en l'hipotètic cas en què no fos possible l'ús de l'habitatge en la qual ara el fill conviu amb la titular de la seva guarda i custòdia. Com s'ha dit abans, l'atribució de l'ús del que va ser fins al moment de la separació el domicili familiar constitueix una forma de contribuir al deure d'aliments dels fills, aspecte que en el present cas, es troba perfectament cobert per l'aportació de la mare que no ha d'oblidar-se, té també el deure de prestar-los al seu fill menor. L'atribució de l'ús al menor i al progenitor es produeix per salvaguardar els drets d'aquest, però no és una expropiació del propietari i decidir en el sentit proposat per la recurrent seria tant com consagrar un autèntic abús del dret, que no queda emparat ni en l'art. 96, ni en l'art. 7 Cc».

Per altra banda, si una de les parts interessa l'exclusió de l'atribució a canvi d'una prestació dinerària, aquesta ha de cobrir a bastament les necessitats d'habitatge dels fills i de l'altre progenitor. Si la prestació és insuficient —en consideració a les circumstàncies del cas en concret— l'autoritat judicial ha d'incrementar-la per poder acordar l'exclusió.

Així, la SAP Barcelona 108/2013, de 25 de febrer de 2013, entén que és aplicable l'article 223-21.1.b CCC que permet no atribuir l'ús de l'habitatge, tot i haver-hi un cònjuge més necessitat, si l'altre pot assumir i garantir suficientment les necessitats d'habitatge del primer. Per garantir-les, la sentència d'apel·lació augmenta l'aportació de l'apel·lat: «Atès les despeses del menor que integren la quantia de la pensió d'aliments, 250 euros mensuals i que han de ser afrontats a través del compte comú, concretats en les despeses escolars, de les quals han de quedar excloses les activitats extraescolars que es realitzin en el futur sobre les quals haurà d'existir acord quant a la seva realització i la forma de pagament, considerat també i en concret el cost del lloguer d'un habitatge a la zona i de similars característiques de l'habitatge familiar que ha de ser cobert pel Sr. Segundo en quantia que cobreixi suficientment la necessitat d'habitatge procedeix incrementar l'aportació del Sr. Segundo corresponent al lloguer de l'habitatge de 650 euros a 850 euros mensuals».

Cal destacar que la regulació de l'exclusió de l'atribució de l'habitatge perquè el progenitor guardador tingui mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills, no és suficient —per ella sola— als efectes d'interessar una modificació de la decisió judicial dictada a l'empara de la normativa anterior. Per contra, sí que és suficient el pagament de les pensions d'aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi a bastament les necessitats d'habitatge d'aquests, per a interessar l'exclusió i, amb això, la modificació de la decisió judicial dictada a l'empara de la normativa anterior.

La SAP Barcelona 696/2012, de 21 de novembre de 2012, recorda que la disposició transitòria 3 apartat tercer del llibre segon suposa «que la revisió o modificació de la mesura relativa a l'ús del domicili, sense canvi de circumstàncies, per raó exclusiva de l'aplicació de la nova normativa, solament està autoritzada en el cas que se sol·liciti i es consideri procedent la substitució de l'atribució judicial de l'ús pel pagament d'una prestació dinerària en els termes que es recullen en l'article 233-21.1 b). La causa d'exclusió al·legada en la demanda i reiterada en el recurs és la contemplada en l'article 233-21.1 a) del CCC que no resulta aplicable tret que s'hagi produït una modificació de circumstàncies, per la qual cosa ha de desestimar-se la demanda de modificació i confirmar-se en conseqüència la sentència».

En qualsevol cas, la part que interessi la declaració judicial d'exclusió de l'atribució de l'ús haurà d'acreditar —article 217 LEC— que concorren els pressupòsits exigits per l'article 233-21.1 CCC.

Per la SAP Barcelona 287/2013, de 30 d'abril de 2013, «[n]o ens trobem davant el supòsit de l'apartat 4t del mateix precepte [article 233-20 CCC] o apartat 1 a) de l'article 233-21 per acordar l'atribució de l'ús del domicili a l'apel·lant perquè no s'ha acreditat que la mare tingui mitjans suficients per cobrir la necessitat d'habitatge seu i dels seus fills. S'ha provat que durant 2010 va llogar un apartament a Castelldefels per 570 euros al mes coincidint amb la crisi matrimonial però no que pugui proporcionar als fills un domicili en el mateix entorn i en condicions similars. Tampoc ens trobem davant el supòsit d'exclusió de l'article 233-21.1 b) del CCC perquè l'oferiment de pagament de la meitat d'un lloguer amb un màxim de 400 euros al mes per dos anys no cobreix suficientment la necessitat de l'habitatge dels dos fills menors».

3.1.2 Conseqüències

Les conseqüències de l'exclusió de l'atribució poden ser dues. En el cas de l'article 233-21.1.a CCC (mitjans suficients del guardador) és l'alliberament de la propietat i, amb això, l'eliminació de la càrrega que suposaria l'ús atribuït. En el cas de l'article 233-21.1.b CCC (cobertura de les necessitats pel no guardador) la conseqüència immediata és coincident amb la del supòsit anterior —l'alliberament de la propietat—, però també pot facilitar l'atribució a l'altre progenitor com a conseqüència mediata. En efecte, si el progenitor a qui no s'atribuirà la guarda dels fills vol aconseguir l'atribució de l'ús de l'habitatge, haurà d'emparar-se en l'article 233-20.4 CCC. Per obtenir-lo haurà d'acreditar dues circumstàncies: que el progenitor guardador té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills, i la seva major necessitat¹¹⁸.

Si pot provar la suficiència econòmica del guardador però no la seva major necessitat, només podrà instar l'exclusió de l'atribució perquè el precepte que la regula —article 233-21.1.a CCC— no preveu l'atribució a l'altre, conseqüent a l'exclusió.

Així es desprèn de la SAP Barcelona 377/2013, de 17 de maig de 2013: «En el cas jutjat, la mare realment ha perdut el seu dret a què se li mantingui en l'ús del domicili familiar perquè, en desplaçar-se a Lleida per raó de treball, ha constituït la llar familiar en un altre habitatge. No obstant això, el pare no ha demostrat que tingui una major necessitat per ocupar l'habitatge familiar, per la qual cosa el procedent és declarar la desafecció de l'ús del domicili familiar, sense perjudici que les parts puguin pactar el que estimin convenient quant al mateix». La SAP Lleida 413/2012, de 16 de novembre de 2012, exclou l'atribució per tenir mitjans suficients la beneficiària i retorna l'habitatge al seu propietari únic.

Pel que fa al supòsit previst en l'article 233-21.1.b CCC —substitució de l'atribució per una prestació dinerària— la conseqüència directa també serà l'alliberament de la propietat. Com ja he raonat, l'article 233-21.1 CCC no preveu l'atribució a l'altre, conseqüent a l'exclusió, però si el progenitor no guardador assumeix i garanteix

¹¹⁸ Causada o afavorida per cobrir a bastament les necessitats d'habitatge del guardador i dels fills (article 233-21.1.b CCC).

suficientment el pagament de les pensions d'aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi a bastament les necessitats d'habitatge d'aquests, el compliment dels requisits de l'esmentat article per part del progenitor no guardador pot facilitar-li l'atribució de l'ús a l'empara de l'article 233-20.4 CCC. Això serà així sempre que pugui acreditar que la seva situació —després de proporcionar al progenitor guardador mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills— ha esdevingut de major necessitat i, en conseqüència i excepcionalment, es pot atribuir l'ús de l'habitatge a qui no té la guarda dels fills.

Com diu la SAP Barcelona 663/2013, de 19 de setembre de 2013, «[e]n el present cas és evident que la mare té menys ingressos que el pare, si bé aquest fa front a totes les despeses contretes per la família i les derivades de l'habitatge familiar. No obstant això, les necessitats d'habitatge de la mare, que viu amb les seves filles Brigida i Rocío, estan cobertes ja que actualment viu al domicili de la seva mare, qui en morir ho va deixar en herència als seus fills, però els germans de l'actora li permeten viure en aquest domicili. D'aquesta situació es desprèn que l'actora actualment té coberta la seva necessitat d'habitatge, per la qual cosa no correspon atribuir-li l'ús del mateix, encara que ostenti la guarda i custòdia de la filla Brigida. D'altra banda, l'actor viu actualment al domicili familiar amb la seva mare, si bé la situació dels ascendents a l'efecte dels articles 233-20 i següents del Codi civil de Catalunya no han de valorar-se. D'altra banda, l'habitatge, els desitjos de venda del qual es van posar en relleu en l'acte del judici, és de copropietat dels dos litigants. Tenint en compte aquestes circumstàncies es considera que tampoc concorren els pressupòsits de l'article 233-20 del Codi civil de Catalunya per concedir l'ús de l'habitatge al marit, raó per la qual procedeix decretar la desafecció de l'ús d'aquest habitatge i deixar sense efecte la seva atribució al demandat, sense perjudici dels drets dominicals d'ambdós litigants».

Lògicament, les parts poden acordar que, en el cas que concorri qualsevol dels supòsits de l'article 233-21.1 CCC, el progenitor no guardador es quedi amb l'ús de l'habitatge. En aquests casos, l'atribució subsegüent a l'exclusió no derivarà de l'article esmentat, sinó de l'acord de les parts. Fora del pacte, la conseqüència immediata serà l'exclusió de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, que farà que «quedin els cotitulars del mateix lliures per a la liquidació del condomini sobre la finca en qualsevol de les formes establertes en la llei» (SAP Barcelona 610/2013, de 30 de juliol de 2013).

Com ja he exposat, l'exclusió no sempre es demana —ni s'aconsegueix— en el procés de ruptura matrimonial o d'extinció de parella fet. Si en aquest procés previ s'ha atribuït l'ús i, amb posterioritat, concorren els pressupòsits exigits en l'article 233-21.1 CCC, per eliminar aquesta càrrega serà necessari instar judicialment la seva exclusió mitjançant el pertinent procés de modificació de mesures. Les conseqüències d'acordar l'exclusió *ab initio* —sense haver atribuït l'ús prèviament—, o com a modificació d'una resolució judicial que l'atribuïa, són diverses. Si no s'havia acordat l'atribució de l'ús amb anterioritat, la declaració judicial per la qual s'exclou l'atribució provoca les

conseqüències ja esmentades —no imposar cap càrrega al dret de propietat o, en el seu cas, facilitar l'atribució a l'altre *ex* article 233-20.4 CCC—. Si s'havia acordat l'atribució de l'ús amb anterioritat, l'exclusió suposa l'eliminació d'aquella càrrega i, en el seu cas, facilitar l'atribució a l'altre *ex* article 233-20.4 CCC.

Als supòsits en els quals l'exclusió impliqui l'eliminació de la càrrega que suposa un dret d'ús prèviament atribuït, no hi ha cap obstacle per entendre que els hi és aplicable allò que l'article 233-24.3 CCC preveu per als casos d'extinció de l'ús. Per tant, una vegada exclosa l'atribució —prèviament concedida—, el cònjuge o membre de la parella que fos titular de l'habitatge podrà recuperar la possessió, si cal en execució de la sentència que hagi acordat l'exclusió, i podrà sol·licitar, si escau, la cancel·lació registral del dret d'ús.

Aquesta possibilitat d'excloure l'atribució després d'haver estat atorgada, fa que les seves conseqüències s'equiparin amb l'extinció del dret d'ús, com fa la SAP Barcelona 406/2013, de 18 de juny de 2013, en declarar que es podrà acordar l'extinció del dret d'ús si concorre «alguna de les causes d'exclusió contemplades en el propi CCC en l'article 233-21».

3.2 Extinció del dret d'ús

Constitueix una altra de les novetats que incorpora el llibre segon en regular aquesta matèria. Ara es preveuen expressament una sèrie de causes d'extinció del dret d'ús i algunes de les seves conseqüències. Donat que el dret d'ús de l'habitatge es caracteritza per ser essencialment temporal (article 233-20 CCC), haurà de terminar en el moment que s'hagi fixat a l'efecte.

3.2.1 Causes

Les causes d'extinció les preveu l'article 233-24.1 i 2 CCC¹¹⁹, i cal relacionar-les amb el fonament pel qual es va atribuir el dret d'ús. Per això, es poden distingir els següents supòsits:

1. Pacte

Si el dret d'ús es va atribuir per *pacte*, caldrà estar a les causes pactades entre els cònjuges —o membres de la parella de fet¹²⁰—. També s'extingeix el dret d'ús per les causes pactades tot i que l'atribució no s'hagués acordat prèviament.

¹¹⁹ Article 233-24.1 CCC: «El dret d'ús s'extingeix per les causes pactades entre els cònjuges i, si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament de la guarda».

Article 233-24.2 CCC: «El dret d'ús, si es va atribuir amb caràcter temporal per raó de la necessitat del cònjuge, s'extingeix per les causes següents:

» a) Per millora de la situació econòmica del cònjuge beneficiari de l'ús o per empitjorament de la situació econòmica de l'altre cònjuge, si això ho justifica.

» b) Per matrimoni o per convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona.

» c) Per la mort del cònjuge beneficiari de l'ús.

» d) Pel venciment del termini pel qual es va establir o, si s'escau, de la seva pròrroga».

Sobre la disponibilitat de l'ús, com diu O'CALLAGHAN¹²¹, es tracta d'un dret de constitució judicial i *intuitu personæ*. No és alienable ni transmissible. Per tant, el cònjuge —o membre de la parella— usuari no podrà cedir aquest dret ni onerosa ni gratuïtament. Ni tan sols transmetre-ho als seus hereus, ja que per la seva naturalesa personalíssima s'extingirà amb la mort del titular. Quant a la renúncia realitzada per part del titular de l'ús no ha d'haver-hi cap obstacle a admetre-la, no deixa de ser un acte de disposició però estarà realitzat pel titular de l'ús i a més hem de tenir present que ningú pot adquirir drets contra la seva voluntat. En qualsevol d'aquests supòsits caldrà considerar que no són eficaços els pactes que perjudiquin l'interès dels fills. Tot allò que afecta als menors d'edat o als incapacitats és qüestió d'ordre públic i no de dret dispositiu. En aquest sentit, la STS 257/2012, de 26 d'abril de 2012, estableix que «[a] falta d'acord, l'ús de l'habitatge familiar correspon als fills i al cònjuge en la companyia del qual quedin. Aquesta és una regla taxativa, que no permet interpretacions temporals limitadores. Fins i tot el pacte dels progenitors haurà de ser examinat pel jutge per evitar que es pugui produir aquest perjudici».

Per acord de les parts —amb aprovació judicial—, les mesures adoptades en relació a l'habitatge familiar podran modificar-se, no sent indispensable una variació substancial de les circumstàncies que en el seu moment van originar l'atribució. Estaríem davant una alteració convencional.

Com diu la SAP Barcelona 548/2013, de 17 de setembre de 2013, «l'exigència de concurrència d'una alteració substancial de les circumstàncies perquè prosperi la petició de modificació de sentència, és predicable respecte als procediments contenciosos però no respecte dels procediments consensuats. Així es desprèn clarament del tenor literal dels arts. 777 i 775 LEC. El primer d'ells es refereix a la modificació del conveni regulador o de les mesures acordades pel tribunal sense exigir que es constati o acrediti un canvi substancial de circumstàncies a les quals sí es refereix l'art. 775 previst per als procediments contenciosos».

Per contra, el jutge no podria actuar d'ofici per alterar o posar fi a l'ús que ell mateix o els propis cònjuges —o membres de la parella— van acordar a favor d'un, tampoc podria decidir la modificació o extinció de la mesura quan, havent-ho sol·licitat només una de les parts, no hi hagués una alteració substancial de les circumstàncies que la van motivar (article 233-7 CCC).

La SAP Barcelona 733/2013, de 24 d'octubre de 2013, en considerar acreditat que «el fill comú disposa d'independència econòmica i possibilitat de residir fora de l'habitatge familiar», declara l'extinció de l'ús perquè les parts havien pactat que l'atribució seguiria vigent fins que el fill dels litigants disposés d'independència econòmica i pogués residir fora de l'habitatge familiar, moment en el qual l'atribució del dret d'ús de l'habitatge quedaria sense efecte, procedint-se a la venda del mateix.

2. *Guarda*

Quan el dret d'ús s'ha atribuït per raó de la *guarda*, el seu acabament extingirà el dret d'ús. Com diu la STS 257/2012, de 26 d'abril de 2012, aquesta és una regla taxativa, que no permet interpretacions temporals limitadores. Queden exclosos els fills

¹²⁰ L'article 233-24 CCC també és aplicable —d'acord amb l'article 234-8.4 CCC— als supòsits d'extinció de parella de fet.

¹²¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de familia*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 8a edició, 2012, pàg. 93 i 94.

majors d'edat, tot i que visquin amb algun dels seus pares i en siguin depenents econòmicament, perquè ja no estan sota la seva guarda¹²².

Així, la SAP Barcelona 379/2013, de 21 de maig de 2013, diu que «[t]ant amb el CF com amb el CCC l'atribució d'ús per raó de la custòdia ha de fer-se mentre duri aquesta [...]. No pot interpretar-se, com vol la impugnant, que "guarda" inclou la dependència econòmica dels fills majors d'edat, perquè aquests són irrelevants a l'efecte d'atribució de l'ús del domicili, com es desprèn de l'article 233-20.3.b) CCC».

Amb això es posa fi a un determinat criteri judicial que, a l'empara de l'article 259 CF, considerava que calia estendre —als fills majors d'edat depenents econòmicament— la protecció que l'article 83.2.a CF donava als menors d'edat.

La SAP Barcelona 363/2007, 13 de juliol de 2007, estableix que, «encara que l'article 83.2.a) diu que si hi ha fills l'ús s'atribueix preferentment al cònjuge que tingui atribuïda la guarda mentre duri aquesta, això no pot ser interpretat literalment i de forma restrictiva en el sentit d'entendre que automàticament en aconseguir la majoria d'edat el fill s'extingiria el dret d'ús. Sobre aquest debat ja existeix abundant i pacífica jurisprudència que ja ha deixat clar que l'atribució es mantindrà en tant subsisteixi l'obligació del pare de continuar abonant aliments al fill, perquè no oblidem que l'"habitatge" és un dels components del deure d'aliments segons especifica l'article 259 CF, és a dir, mentre el fill s'estigui formant i no tingui ingressos propis que li permetin viure de forma independent i, en suma, mentre persisteixi la necessitat».

L'única causa d'extinció de l'ús, en els supòsits en els quals s'hagi atribuït per raó de la guarda, és l'acabament d'aquesta. Per tant, no es pot demanar l'extinció de l'ús amb fonament en una possible desafecció de l'habitatge pel seu abandonament. En aquests casos caldria sol·licitar l'exclusió de l'atribució perquè la part beneficiada acredita, amb l'abandonament, que té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills (article 233-21.1.a CCC). Aquesta dualitat de règims —exclusió i extinció— per aconseguir bàsicament el mateix (l'alliberament del bé), pot generar confusions en els operadors jurídics que s'evitarien *de lege ferenda* en unificar i simplificar el règim.

Ara bé, no pot ser causa de desestimació de la demanda el fet que la part actora demani l'exclusió de l'atribució, sent procedent només l'extinció, o l'extinció de l'ús, quan sigui procedent només l'exclusió, perquè el Jutgador pot, en atenció al principi *iura novit curia*, en relació amb el de *da mihi factum, dabo tibi ius*, aplicar normes distintes, i, fins i tot, no invocades pels litigants, als fets pels mateixos establerts (STS 721/2012, de 4 de desembre de 2012).

Per altra banda, tot i que el dret d'ús —atribuït per raó de la guarda— s'extingeix per l'acabament de la guarda, aquesta no acaba sempre amb la majoria d'edat del fill. En efecte, la guarda pot finalitzar abans de la majoria d'edat (canvi de guardador), després (rehabilitació o pròrroga de potestat parental, sempre que es declari judicialment que té capacitat suficient) o, fins i tot, no finalitzar per raó de l'edat del fill (si no arribés

¹²² SAP Barcelona 577/2013, de 23 de juliol de 2013, que declara l'extinció de l'ús en haver acabat la guarda.

a assolir la capacitat suficient com per a obtenir l'extinció de la potestat parental prorrogada o rehabilitada)¹²³. Un altre supòsit que implica l'acabament de la guarda exclusiva és la fixació d'un règim de guarda compartida.

Fins i tot, la SAP Barcelona 677/2013, d'1 d'octubre de 2013, considera que no hi ha atribució efectiva de la guarda a una de les parts, perquè «el règim de visites i estades del fill amb el pare és tan ampli, que és equivalent a la modalitat de custòdia conjunta, per la qual cosa l'atribució a la mare és merament nominal, la qual cosa exclou l'aplicació de l'article 233-20.2 que estableix l'assignació de l'ús al detentador de la custòdia amb un caràcter preferent que en el cas d'actuacions, a la vista de les circumstàncies que concorren, manca de justificació i constituïria un clar abús de dret».

Finalment, una vegada extingit el dret d'ús atorgat per raó de la guarda, no sembla que es pugui tornar a demanar pel mateix beneficiari però, ara, per major necessitat. En efecte, l'article 233-20.3.c CCC ja permet atribuir l'ús per raó de la major necessitat en el procés inicial 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. Tot i que, després, apareguessin noves circumstàncies que perjudiquessin la situació del beneficiari, la seva empara excedeix del principi de solidaritat familiar i no poden augmentar les càrregues del no beneficiari, de la mateixa forma que el legislador no permet l'augment de la prestació compensatòria.

En contra, la SAP Barcelona 163/2013, de 7 de març de 2013, diu que, tot i que «el vigent Codi civil de Catalunya de forma expressa diu que es podrà atribuir l'ús mentre duri la guarda (art. 233-20.2) i que precisament s'extingeix aquest dret d'ús quan s'extingeix la situació de guarda (art. 233-24.1), això no exclou que de concórrer una situació de major necessitat d'un dels cònjuges en relació a l'altre es pugui mantenir l'ús a favor del més necessitat».

3. Major necessitat

Si el motiu de l'atribució del dret d'ús ha estat la *major necessitat* d'un cònjuge o membre de la parella, l'article 233.24.2 CCC estableix quatre causes d'extinció:

a) Situació econòmica

Quan el dret d'ús s'atribuït per la major necessitat d'una de les parts, si s'acredita que la seva situació econòmica ha millorat o ha empitjorat la de l'altre, el criteri d'atribució pot decaure i, per tant, ser procedent l'extinció del dret. En els supòsits d'atribució de l'ús per major necessitat, la causa habitual d'extinció serà el venciment del termini pel qual es va establir o, si s'escau, de la seva pròrroga. Per tant —si es pretén avançar l'extinció— la millora o empitjorament de la situació econòmica ha de ser suficientment rellevant, en consideració al cas en concret, com per tenir per acreditat

¹²³ La pròrroga i la rehabilitació de la potestat la trobem regulada en els articles 236-33 a 36 CCC.

que el pressupòsit que va donar origen a l'assignació de l'ús ha desaparegut. Poden donar-se tres supòsits: que millori la situació econòmica del beneficiari, que empitjori la de l'altre, o que concorrin les dues causes.

La situació econòmica del beneficiari de l'ús pot millorar perquè deixi d'assumir càrregues u obligacions, perquè obtingui nous ingressos o béns, o perquè els que ja tenia no van ser considerats en el moment d'atribuir-li l'ús.

Així, la SAP Barcelona 306/2012, de 8 de maig de 2012, considera que «ha quedat provat que l'esposa, a qui s'ha atribuït el dret d'ús sobre l'habitatge familiar, és titular exclusiva d'altres habitatges en la mateixa població. En l'escrit d'oposició al recurs al·lega que els habitatges estan llogats i que en conseqüència no pot disposar d'ells, però ha d'entendre's que pot recuperar la disponibilitat d'algun d'ells en cas de necessitat».

Per la seva banda, la SAP Barcelona 571/2011, de 26 d'octubre de 2011, declara l'extinció del dret d'ús perquè la raó que va motivar la seva atribució (convivència amb un fill major d'edat sense ingressos propis) ha desaparegut en haver-se independitzat el fill.

Un indicatiu clar de la millora en la situació econòmica del beneficiari és l'abandonament de l'ús de l'habitatge. Si el beneficiari resideix en un altre habitatge, demostra que no té necessitat i, amb això, genera una desafecció que provoca l'extinció del dret d'ús. Ara bé, el no ús ha d'estar acreditat degudament, i ha de ser per un temps suficientment llarg que demostrï la falta de voluntat d'ús per part del seu beneficiari. Per tant, no ha d'oïr a motius ocasionals i contingents, ni s'ha de deure a circumstàncies excepcionals i/o justificades.

L'empitjorament de la situació econòmica del no usuari pot implicar que aquesta s'iguali a la del beneficiari de l'ús, o que en sigui pitjor. En ambdós casos desapareixeria la major necessitat del beneficiari.

La SAP Barcelona 707/2012, de 29 d'octubre de 2012, declara l'extinció del dret d'ús perquè «queda justificat l'empitjorament de la situació econòmica de l'altre cònjuge, que percebia uns ingressos per transportista autònom d'uns 4.000 euros mensuals bruts (segons es dedueix de l'acreditat en l'última sentència en 2008), i ara amb la pensió de jubilació passa a percebre 739,08 euros mensuals.

» En definitiva, es tracta de no desvirtuar el dret de propietat, i, en aquest sentit, devem partir que el matrimoni va durar 28 anys i, després del cessament de convivència, s'ha beneficiat l'apel·lada de l'ús del mateix durant 20 anys; amb la qual cosa, de mantenir aquesta situació de forma indefinida, portaria a una expropiació *de facto* de la propietat a favor de la mateixa per raó d'un dissolt vincle, quan els ingressos d'ambdós són similars, en les seves respectives pensions; tenint dret el copropietari recurrent a poder gaudir de la seva copropietat, després de 20 anys d'ús només de la contrapart, i sense haver-hi fills menors d'edat».

La SAP Barcelona 693/2010, de 14 de desembre de 2010, en base a principis aplicables al CCC conclou que la beneficiària «ja no és la part més necessitada de l'habitatge, a tenor de les importants càrregues que pesen sobre l'actor, és evident que s'ha constatat una alteració substancial de les circumstàncies sobre les quals es va sustentar l'anterior conveni aprovat per sentència de divorci, per la qual cosa procedeix l'extinció de l'atribució de l'ús de l'habitatge».

Si la situació econòmica del no beneficiari empitjora tant que el fa tenir major necessitat que l'altre, entenc que no seria d'aplicació l'article 233-20.3 CCC. L'article 233-24.2.a CCC només preveu l'extinció del dret d'ús i no un canvi en l'atribució que, a més, donaria una empara que excedeix del principi de solidaritat familiar.

Finalment, l'extinció del dret d'ús es pot fonamentar en la concurrència d'una millora econòmica del beneficiari i un empitjorament de l'altre. En relacionar aquestes dues dades, resulta la procedència d'extingir el dret d'ús.

La SAP Barcelona 674/2013, d'1 d'octubre de 2013, després de recordar que es va atribuir l'ús a l'esposa perquè no tenia cap ingrés econòmic mentre que el marit percebia una pensió de jubilació de 632,28 euros mensuals, diu que «[e]n l'actualitat, i després de més de 14 anys d'ús de l'habitatge familiar, per part de l'esposa, s'ha produït una circumstància sobrevinguda, que té indubtable incidència sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge, anteriorment conjugal.

» En el moment actual el demandant ha vist reduïda la seva pensió de jubilació, cobrant 587,80 euros mensuals, mentre que la demandada ja ha accedit a una pensió de jubilació de 601,40 euros mensuals, és a dir una mica superior a la de la contrapart.

» Tal circumstància determina que ja no sigui la demandada qui ostenti un interès més necessitat de protecció, en trobar-se ambdues parts en similar situació econòmica, i disposar en propietat compartida d'un local, plaça d'aparcament i habitatge anteriorment conjugal, béns susceptibles de liquidació, amb l'obtenció del seu producte econòmic en fase d'execució de sentència».

En qualsevol d'aquests casos, qui demani l'extinció haurà de justificar el fonament de la seva pretensió —millora i/o empitjorament econòmic— per obtenir un pronunciament judicial favorable (article 217 LEC).

b) Nova parella del beneficiari

De les quatre causes d'extinció del dret d'ús que estableix el legislador per als casos de major necessitat, aquesta és la més polèmica. Si l'atribució de l'ús s'ha fet per la major necessitat d'una de les parts, és perfectament entendible que el dret d'ús s'extingeixi perquè la situació econòmica ha variat suficientment (article 233-24.2.a CCC), o perquè ha mort el beneficiari (article 233-24.2.c CCC), o perquè el termini que es va fixar ha vençut (article 233-24.2.d CCC). Però no és clar quin és el motiu pel qual el dret d'ús s'ha d'extingir en cas de matrimoni o de convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona (article 233-24.2.c CCC). En efecte, si la justificació d'aquesta causa és una millora de la situació econòmica del beneficiari —en generar la convivència amb una altra persona unes economies d'escala¹²⁴—, no calia establir una causa d'extinció específica. N'hi havia prou amb considerar-la inclosa en l'article 233-24.2.a CCC (variació en la situació econòmica).

¹²⁴ PUIG BLANES, op. cit., pàg. 414.

Per altra banda, la convivència amb una altra persona pot generar noves obligacions econòmiques per al beneficiari de l'ús —per exemple, perquè la nova parella no tingui ingressos ni patrimoni i l'hagi de mantenir—.

Però el legislador, tot i que pugui subsistir el motiu pel qual va atribuir el dret d'ús —la major necessitat—, fixa un criteri objectiu d'extinció que prescindeix de considerar la necessitat del beneficiari. Així, tot i que el preàmbul del llibre segon digui que es posa èmfasi en què cal valorar les circumstàncies del cas concret per protegir al cònjuge amb major necessitat, en aquest cas només es considera la major necessitat per excloure l'atribució.

La SAP Tarragona 279/2013, de 26 de juliol de 2013, tot i acceptar la major necessitat de la beneficiària, ho considera només als efectes d'entrar «en joc l'art. 233-24 i la possibilitat d'extingir el dret d'ús de l'habitatge, donada la convivència de l'apel·lant amb un tercer».

Circumstància que no es pren en consideració si s'ha atribuït el dret d'ús per raó de la guarda.

Com diu la SAP Barcelona 656/2013, de 4 de novembre de 2013, «pel que fa a la desafecció de l'habitatge l'apel·lant fonamenta la seva petició en què en el mateix, de titularitat comuna, també està convivint la parella de la demandada, però la veritat és que ja ho feia des de molt abans de la demanda, per la qual cosa la sentència recorreguda, en atorgar-se l'ús per raó de la guarda i custòdia, ho manté per a la mare de conformitat amb el disposat en l'art. 233-24 CCC, la qual cosa no podem sinó confirmar».

Per la SAP Barcelona 370/2013, de 4 de juny de 2013, «la pretensió d'extinció de l'ús de l'habitatge es basa [...] en considerar que ha quedat desafectat el caràcter familiar de l'habitatge habitual en residir amb una nova parella i el fill hagut d'ambdós [...]. Partint de les pròpies afirmacions de la part recurrent els dos fills menors conviuen al domicili familiar amb la mare pel que no han canviat les circumstàncies per les quals es va atorgar l'ús de l'habitatge a la mateixa».

I la SAP Barcelona 379/2013, de 21 de maig de 2013, que desestima la pretensió d'extinció del dret d'ús per convivència d'un tercer al domicili en l'habitatge familiar perquè no té cap base legal que la sustenti quan l'atribució s'ha fet per raó de la guarda.

No és causa d'extinció del dret d'ús si s'ha atribuït per raó de la guarda, tot i que la nova parella pot restringir el benefici que per al menor suposa l'atribució de l'ús de l'habitatge al seu progenitor guardador. En efecte, la introducció d'una nova persona en l'habitatge implica —objectivament— que el menor tindrà menys espai per a ell, i pot suposar —subjectivament— un lògic desequilibri emocional¹²⁵.

La SAP Barcelona 406/2013, de 18 de juny de 2013, diu que «aquesta Sala i amb anterioritat a l'entrada en vigor del CCC havia acordat l'extinció del dret d'ús havent-hi fills menors si s'acreditada la constitució d'una nova unitat familiar per part del progenitor usuari de l'habitatge amb el qual també conviuen els fills, però la nova redacció del precepte impedeix acordar l'extinció del dret d'ús atribuït per raó de la guarda per la sola circumstància de la convivència

¹²⁵ Amb tot, no falten autors que consideren que el *favor filii* no resulta afectat pel simple fet de la convivència d'una altra persona en el domicili familiar (LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”. A: Asociación Española de Abogados de Familia. *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*. Madrid: Dykinson, 2010, pàg. 281, i CARRERAS, op. cit., pàg. 113).

marital, tret que aquesta convivència comporti la concurrència d'alguna de les causes d'exclusió contemplades en el propi CCC en l'article 233-21».

L'article 233-24.2.c CCC equipara el matrimoni amb la convivència marital —*more uxorio*—.

Per la STS 179/2012, de 28 de març de 2012, «[u]tilitzant el segon cànon interpretatiu, és a dir, el relatiu a la realitat social del temps en què la norma ha d'aplicar-se, ha d'assenyalar-se així mateix que la qualificació de l'expressió "vida marital amb una altra persona" pot fer-se des de dos punts de vista diferents: un, des del subjectiu, que es materialitza en el fet que els membres de la nova parella assumeixen un compromís seriós i durador, basat en la fidelitat, amb absència de forma; un altre, l'element objectiu, basat en la convivència estable. En general, se sosté que es produeix aquesta convivència quan els subjectes viuen com a cònjuges, és a dir, *more uxorio*, i això produeix una creença generalitzada sobre el caràcter de les seves relacions».

A aquests efectes, la SAP Girona 104/2013, de 13 de març de 2013, declara que no és decisiva la convivència permanent i continuada sota el mateix sostre, sinó que el rellevant és que existeixi una comunitat d'afecte, suport i auxili mutu. En aquest cas, concorre el supòsit de fet de l'article esmentat i el dret d'ús s'extingeix.

Aquesta sentència diu «a propòsit de la convivència *more uxorio* el Tribunal Suprem ha reconegut la seva existència com una realitat social de la qual es deriven efectes jurídics quan es donen determinats requisits: la seva constitució voluntària, l'estabilitat o permanència en el temps i l'aparença pública de comunitat de vida similar a la matrimonial (STS de 12 de desembre de 2005). En el mateix sentit s'ha pronunciat el TSJC en sentència de data 26 de novembre de 2009. En aquest supòsit no estem davant una simple relació d'amistat o mera relació amorosa sinó que, com la pròpia demandant ha reconegut, es tracta d'una convivència en l'habitatge de manera esporàdica. En qualsevol cas tampoc és decisiva la convivència permanent i continuada sota el mateix sostre com assenyala la sentència del TSJC de 26 de novembre de 2009 destacant aquesta resolució que el rellevant és que existeixi una "comunitat d'afecte, suport i auxili mutu". En conseqüència afirmada l'existència d'aquest vincle o relació sentimental mantinguda en el temps i d'una convivència més o menys estable, s'ha produït el fet que constitueix causa d'extinció de l'atribució del dret d'ús de l'habitatge familiar previst en l'article 233-24 CCC».

És evident que el matrimoni o convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona suposa una modificació en les circumstàncies que es van considerar en atribuir el dret d'ús, però —prescindint de valoracions subjectives de la part no usuària— no hauria de ser *per se* causa d'extinció del dret atribuït. Mitjançant el procediment previst en l'article 775 LEC —per remissió de l'article 233-7 CCC—, es poden modificar les mesures ordenades en un procés previ. No només l'atribució de l'ús, sinó decisions sobre la mateixa guarda i les pensions que s'haguessin fixat. Per aquesta via es pot acreditar (article 217 LEC) que el matrimoni o convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona suposa, veritablement, una modificació substancial en les circumstàncies concurrents en el moment d'establir les mesures que es pretenen modificar.

Així es valora en la SAP Barcelona 357/2013, de 13 de maig de 2013, que desestima el recurs d'apel·lació en considerar que el fet que la mare fes «desistiment del seu dret [d'ús] en abandonar el domicili familiar i anar-se a viure amb un altre senyor a un altre domicili», i que el fill menor —tot i tenir la guarda atribuïda la mare— decidís anar-se'n a viure amb el pare, justificava el canvi de guarda i l'atribució de l'ús de l'habitatge al pare per raó de la guarda

Sembla injusta l'extinció automàtica del dret d'ús per matrimoni o convivència marital del cònjuge beneficiari amb una altra persona, sense valorar la incidència que això pot tenir en la seva major necessitat que —en definitiva— justifica l'atribució. Les conseqüències haurien de ser unes altres, en cas que el nou ocupant suposés una millora econòmica en els recursos del progenitor adjudicatari de l'ús —però insuficient per fer desaparèixer la major necessitat—, seria una circumstància a tenir en compte per a una possible modificació del seu dret a pensió compensatòria —si és que existeix—, però mai per sustentar l'extinció del dret d'ús. La solució a aquest problema ha de buscar-se mitjançant l'exercici de les accions que neixen del domini i acudint a la figura de l'enriquiment injust o a l'abús del dret, tant enfront del tercer usuari com enfront del cònjuge —o membre de la parella de fet— titular del dret d'ús que tolera l'ús pel tercer sense cap contraprestació.

c) Mort del beneficiari

Donat que el dret d'ús és *intuitu personae*, la seva naturalesa personalíssima fa que el dret s'extingeixi amb la mort del cònjuge —o membre de la parella de fet— beneficiari de l'ús.

D'acord amb l'article 81 de la Llei de 8 de juny de 1957, sobre el Registre Civil, la inscripció fa fe de la mort d'una persona i de la data, l'hora i el lloc en què s'esdevé. Serà el certificat de defunció el document oficial que acrediti la mort de la persona (article 28 del Decret de 14 de novembre de 1958 pel qual s'aprova el Reglament del Registre Civil).

Amb la mort desapareix el substrat de subjectivitat en consideració a la qual es va estructurar.

d) Venciment del termini

En els supòsits d'atribució de l'ús per major necessitat, la causa habitual d'extinció serà el venciment del termini pel qual es va establir o, si s'escau, de la seva pròrroga. Aquest termini es pot fer coincidir amb una data en concret, com quan la sentència diu que durarà l'atribució tres anys —*dies certus an et quando*—, o amb un esdeveniment que es deixi sense datar, com quan la sentència diu que l'atribució durarà fins a la liquidació del patrimoni comú —*dies certus an incertus quando*—. Per raons de

seguretat jurídica, no falten resolucions que fixen una data en concret per saber quan es produeix el venciment del termini i, amb això, l'extinció del dret d'ús.

Per a la SAP Barcelona 452/2013, de 18 de juny de 2013, acceptada la major necessitat de la Sra. Justa, «atesa la titularitat conjunta de l'habitatge, l'estabilitat laboral del Sr. Anton, l'evolució a l'alça dels seus ingressos i la seva actual disponibilitat d'habitatge s'estima adequat fixar com a termini de l'atribució el de 6 anys des de la present resolució. Aquesta atribució temporal del dret d'ús de l'habitatge familiar es susceptible de pròrroga, si es mantenen les circumstàncies que la van motivar».

La SAP Barcelona 787/2012, de 20 de desembre de 2012, «considera que cal mantenir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a favor del Sr. Saturnino, com ho ha acordat la jutjadora *a quo* però fixant el límit temporal de cinc anys, perquè no hi ha una gran diferència entre els ingressos de les parts, sent l'estat de salut del demandat el que marca la diferència entre les situacions de les parts i el temps fixat és suficient perquè el Sr. Saturnino pugui buscar un habitatge sense major gravamen del patrimoni exclusiu de l'actora».

La jurisprudència vincula el caràcter temporal de l'atribució amb la desaparició, o modificació substancial, de la major necessitat. Per això, bona part de les resolucions judicials acostumen a fixar aquest límit en la liquidació del patrimoni comú, en considerar que, en aquell moment, el cònjuge més necessitat tindrà recursos suficients com per a cobrir les seves necessitats d'habitatge.

La STSJ Catalunya 29/2013, de 15 d'abril de 2013, diu que «la sentència recorreguda, revocària de la d'instància, fixa una limitació temporal per a l'atribució del que fos domicili conjugal en considerar que "[...] amb l'import que percebi la Sra. Filomena (de la venda de l'habitatge) i la pensió compensatòria que es manté, la demandada podrà subvenir la seva pròpia necessitat habitacional [...]».

» [...] Tingui's present que no es tracta que la recurrent pugui adquirir un altre habitatge sinó procurar els mitjans necessaris per subvenir a un habitatge tot i que sigui en lloguer».

Com la liquidació del patrimoni comú acostuma a implicar la venda de l'habitatge a un tercer, no falten conductes obstruccionistes del beneficiari de l'ús que —per les motivacions que siguin— la dificulten o la impedeixen, en no permetre l'accés dels potencials compradors o generar impressions errònies sobre l'habitatge. Aquestes conductes es podrien evitar si en la sentència que atribuís l'ús es fixés l'obligació del beneficiari de contribuir a la venda de l'habitatge, però no imposant-li un termini per això.

Així, la SAP Barcelona 349/2013, de 28 de maig de 2013, estableix que «[s]'ha de revocar en canvi la limitació màxima establerta de 5 anys perquè si no s'hagués venut la casa en aquest termini no hi ha dades objectives per afirmar que en un termini de cinc anys sense venda o adjudicació la Sra. Trinidad estigui en disposició d'accedir a un habitatge, donat que els seus ingressos són insuficients i tampoc manté els estalvis».

Tampoc procedeix limitar la venda a un tercer, sinó que també caldria admetre l'adjudicació a qualsevol de les parts.

La SAP Barcelona 677/2013, d'1 d'octubre de 2013, davant d'una petició de manteniment de la mesura relativa a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a favor de l'esposa subjecta al termini extintiu condicional que s'ha establert en la sentència que es refereix, concretament, al moment

en el qual es procedeixi a la seva alienació a un tercer, determina «definitivament l'extinció de tal dret en el moment en el qual es liquidi la comunitat en *pro indiviso* de la finca per qualsevol de les formes establertes en la llei, amb el dret preferent de la demandada a la seva adjudicació, previ acord que, en benefici del fill menor, els litigants puguin, si escau, aconseguir, mantenint a l'esposa en l'ús de la mateixa fins que la liquidació s'hagi practicat efectivament».

Per altra banda, el termini es pot fer coincidir amb un esdeveniment per a la realització del qual es dona un termini en concret. Això succeirà quan l'esdeveniment depengui exclusivament de la voluntat del beneficiari, com quan, en tenir l'afavorit per l'atribució un altre habitatge llogat, s'estableix el termini per a l'extinció del dret d'ús en el moment en què recuperi la possessió sobre aquest segon habitatge.

Així, la SAP Barcelona 310/2013, de 14 de maig de 2013, diu que «no justifica que es prolongui l'ús del domicili familiar a favor de la mare per un termini de quatre anys en un cas com el present en el qual la mare és propietària d'un altra domicili proper a la població on es troba el domicili familiar que pot tenir a la seva disposició quan acabi el termini del contracte de lloguer. Si pot tenir un altre domicili a la seva disposició, no està justificat el manteniment de la limitació que l'atribució de l'ús implica pels drets de l'altre propietari. És per això que tot i mantenint la mesura d'atribució de l'ús del domicili familiar a la Sra. Filomena, per considerar que té més necessitat, es fixa com a límit d'aquest ús el 31-1-2014, data en la qual es considera que disposarà en condicions del pis de la seva propietat a la població d'Avià».

Finalment, quan es posseeix l'habitatge sense ser propietari o per simple tolerància d'un tercer, l'extinció està vinculada a la durada de l'eventual contracte que legítimi la possessió —en el primer cas— o a la voluntat del tercer de recuperar la possessió —en el segon cas—.

La sensació d'espasa de Dàmocles en els posseïdors en precari és inevitable.

4. D'altres causes

Si bé PUIG¹²⁶ diu que fora dels supòsits esmentats en l'article 233-24 CCC no cap acceptar situació d'extinció del dret d'ús, també es poden considerar causes d'extinció del dret d'ús la desaparició de l'objecte (destrucció física o pèrdua jurídica), el no ús o un de diferent d'aquell que va determinar l'atribució, la confusió de drets per adjudicar la titularitat del dret d'ocupació a l'usuari, i la renúncia¹²⁷. Per la seva banda, ELORRIAGA¹²⁸ entén com causes directes de l'extinció el compliment de l'event previst en la resolució, la privació de la guarda, la vida independent dels fills, l'ús indegut i el no ús de l'habitatge i el nou matrimoni del beneficiari; i com causes indirectes l'extinció de l'objecte, l'extinció de la titularitat i la mort del beneficiari.

¹²⁶ PUIG BLANES, op. cit., pàg. 414.

¹²⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, op. cit., pàg. 438-448. També PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Derecho de familia. Tomo IV (...)*, op. cit., pàg. 553-556.

¹²⁸ ELORRIAGA DE BONIS, op. cit., pàg. 558-568.

3.2.2 Conseqüències

A diferència de l'exclusió de l'atribució —que només es pot acordar a instància de part—, l'extinció opera automàticament. El termes utilitzats pel legislador són concloents: «s'extingeix». Per tant, l'extinció es produeix no només *ex lege*, sinó també *ipso iure*.

Així és innecessari el pronunciament de la SAP Barcelona 420/2013, de 3 de juny de 2013, quan diu, «[e]n primer lloc, cal integrar la sentència apel·lada en el sentit que l'atribució de l'ús és immune a l'eventual divisió de la copropietat segons l'article 233-25 CCC, i que subsistirà mentre duri la custòdia materna, segons l'article 233-24.1 CCC».

Com en l'exclusió, la conseqüència directa de l'extinció del dret d'ús és l'alliberament de la propietat. Per això, en els supòsits en què ja s'hagués atribuït judicialment el dret d'ús de l'habitatge familiar, seria convenient *de lege ferenda* evitar aquesta dualitat de règims —exclusió i extinció— unificant-lo, en allò clarament coincident, i simplificant-lo.

En efecte, si ja ha hagut una atribució prèvia, no hauria de parlar-se d'exclusió sinó d'extinció. Així, la SAP Barcelona 406/2013, de 18 de juny de 2013, diu que considera que es pot acordar l'extinció del dret d'ús atribuït per raó de la guarda per la sola circumstància de la convivència marital, si aquesta convivència «comporta la concurrència d'alguna de les causes d'exclusió contemplades en el propi CCC en l'article 233-21». És a dir, no li pot dir extinció sinó exclusió, però les conseqüències són les mateixes.

Com a conseqüència immediata de l'extinció, l'article 233-24.3 CCC¹²⁹ diu que el cònjuge —o membre de la parella de fet¹³⁰— que és titular de l'habitatge en pot recuperar la possessió. Amb això desapareix la càrrega —es pot sol·licitar, si escau, la cancel·lació registral del dret d'ús— i es consolida el dret de propietat. Però, abans, cal acreditar que el dret d'ús s'ha extingit i —tot i que l'extinció es produeix no només *ex lege*, sinó també *ipso iure*— no sempre es podrà evitar un pronunciament judicial sobre això.

En efecte, hi ha causes d'extinció fàcilment acreditables: la majoria d'edat del fill quan s'ha atribuït l'ús per raó de la guarda, i la mort o el nou matrimoni del beneficiari o el venciment del termini pel qual es va establir o, si s'escau, de la seva pròrroga quan s'ha atribuït l'ús per raó de la major necessitat. En aquests casos, davant de qualsevol impediment, el cònjuge que és titular de l'habitatge en pot recuperar la possessió en execució de la sentència que hagi acordat el dret d'ús o de la resolució ferma sobre la durada o l'extinció d'aquest dret. Això és així perquè la

¹²⁹ Article 233-24.3 CCC: «Una vegada extingit el dret d'ús, el cònjuge que és titular de l'habitatge en pot recuperar la possessió en execució de la sentència que hagi acordat el dret d'ús o de la resolució ferma sobre la durada o l'extinció d'aquest dret, i pot sol·licitar, si escau, la cancel·lació registral del dret d'ús».

¹³⁰ L'article 233-24 CCC també és aplicable —d'acord amb l'article 234-8.4 CCC— als supòsits d'extinció de parella de fet.

causa d'extinció del dret d'ús depèn d'un fet objectiu no susceptible de valoració. Ara bé, quan la causa d'extinció del dret d'ús exigeixi la valoració de circumstàncies subjectes a contradicció i prova (millora o empitjorament de la situació econòmica i convivència marital amb una altra persona), no sembla que el tràmit d'execució de títol judicial sigui el més adient per resoldre aquests supòsits, donada l'exigència de prova complexa. En aquests casos, el procés de modificació de mesures —regulat en l'article 775 LEC— garanteix millor la tutela judicial efectiva d'ambdues parts.

És evident que l'efecte immediat previst en l'article 233-24.3 CCC per als casos d'extinció del dret d'ús —recuperar la possessió—, només procedirà quan el cònjuge o membre de la parella sigui el propietari exclusiu de l'habitatge. Si el règim és el de copropietat, tots dos tindran el mateix dret a posseir sense que es pugui acceptar una nova convivència no desitjada.

Com diu la IAP Barcelona 46/2012, de 5 de març de 2012, «[l]a mesura judicial d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a un dels cònjuges a exclusió de l'altre, no altera, ni modifica, ni transforma el títol en virtut del qual es venia usant del mateix, romanent inalterable la relació jurídica prèvia, de propietat, usdefruit, arrendament, o precari, en la qual no s'atorguen al cònjuge a qui s'atribueix l'ús més drets dels quals ja tenia abans, però tampoc menys.

» D'aquesta manera, mentre no es modifiqui aquesta titularitat a través de l'oportuna acció, qualsevol dels seus copropietaris té dret a continuar en l'ús del bé el que suposa que una vegada s'hagi extingit el termini pel qual se li va atribuir aquest ús, continua ostentant el dret en la seva qualitat de copropietària de la finca».

En el cas de cotitularitat —molt habitual en el nostre entorn— no quedaria cap obstacle per a la divisió de la cosa comuna perquè l'immoble ha perdut el seu caràcter d'habitatge familiar i es pot vendre lliure de càrregues.

Així, la SAP Barcelona 487/2012, d'11 de juliol de 2012, declara que, un cop extingit el dret d'ús, «[e]ls titulars del domini de l'habitatge familiar, és a dir les parts del present procés, podran deduir en plet a part, l'acció de divisió del bé comú, a falta del procedir a la seva liquidació fora del procés judicial, i per la via de l'article 552-11 del Codi civil de Catalunya».

V. CONCLUSIONS

PRIMERA. La regulació actual, pel que fa a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, permet eliminar dinàmiques de guanyadors i perdedors o, en el seu cas, equilibrar una mica més les posicions jurídiques del beneficiari i del no beneficiari, a l'hora d'establir-ne mesures provisionals o definitives.

SEGONA. Els jutges i tribunals estan obligats a aplicar el dret vigent per a respectar el dret a la tutela judicial efectiva. Per tant, no poden aplicar cumulativament normes del Codi civil amb les veritablement aplicables, o normativa catalana derogada, o normativa no vigent en el moment de presentar la demanda. La segona instància i, en el seu cas, el TSJ han d'esmenar aquestes incorreccions.

TERCERA. Els jutges i tribunals, en cas d'atribució de l'ús de l'habitatge, l'han de fer al cònjuge o membre de la parella —i no als fills— i només poden atribuir l'ús —i no el gaudi—, perquè aquests pronunciaments són aliens al dret català vigent aplicable. La segona instància i, en el seu cas, el TSJ han d'esmenar aquestes incorreccions.

QUARTA. Cal considerar les circumstàncies del cas en concret per decidir quina és la millor solució —acceptant la no atribució com alternativa— i, en el cas d'atribució, limitar-la en el temps i considerar el seu valor econòmic en la fixació de la resta de prestacions econòmiques que corresponguin al cedent de l'ús per raó de la ruptura de la parella.

CINQUENA. És imprescindible que les parts acreditin les seves pretensions i els jutges i tribunals fonamentin i motivin les seves decisions. Només així s'evitaran resolucions estereotipades que —improcedentment— s'allunyen de la valoració de les circumstàncies concurrents en el cas en concret.

SISENA. Cal considerar la distribució de l'ús com una alternativa a l'atribució, que pot ser acordada judicialment tot i que no sigui acordada per les parts, perquè la voluntat del llibre segon de prioritzar i afavorir les fórmules de coparentalitat exigeixen que la distribució de l'ús no sigui una opció residual i rebutjada *per se* i *in genere*.

SETENA. Cal donar unes solucions processals millors per demanar la pròrroga de l'atribució o la possessió de l'habitatge després de l'extinció del dret d'ús. Amb això evitariem la resposta contradictòria entre les vessants substantiva i processal —en el primer cas—, i la insuficiència del tràmit procedimental triat per resoldre supòsits que són tributaris de prova complexa —en el segon cas—.

VUITENA. És necessari justificar acuradament els tractaments diferenciats per a evitar solucions injustes. Així, les diferències en la regulació en els casos de ruptura matrimonial vs. extinció de parella de fet, o l'extinció del dret d'ús per matrimoni o convivència marital del beneficiari amb una altra persona només en els casos de major necessitat.

NOVENA. Les diverses causes i conseqüències de l'exclusió de l'atribució i de l'extinció del dret d'ús, fan convenient *de lege ferenda* un tractament simplificat i —en allò clarament coincident— unitari d'ambdues figures.

VI. ÍNDEX SISTEMÀTIC DE JURISPRUDÈNCIA ESMENTADA

CONCEPTES PREVIS

1) Habitatge familiar

- Sentència del Tribunal Suprem 340/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 31 de maig de 2012 (recurs 1057/2011).
- Sentència del Tribunal Suprem 212/1998 (Sala Civil, secció 1a), de 10 de març de 1998 (recurs 133/1994).
- Sentència del Tribunal Suprem 1085/1996 (Sala Civil, secció 1a), de 16 de desembre de 1996 (recurs 2016/1993).
- Sentència del Tribunal Suprem 1191/1994 (Sala Civil, secció 1a), de 31 de desembre de 1994.
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 50/2012 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 30 de juliol de 2012 (recurs 227/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 315/2012 (Sala Civil, secció 4a), de 7 de juny de 2012 (recurs: 726/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 296/2011 (Sala Civil, secció 1a), de 30 de juny de 2011 (recurs: 271/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 135/2011 (Sala Civil, secció 12a), de 16 de març de 2011 (recurs: 375/2010).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 806/2009 (Sala Civil, secció 12a), de 23 de novembre de 2009 (recurs: 470/2009).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 504/2009 (Sala Civil, secció 4a), de 30 de setembre de 2009 (recurs: 630/2008).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 64/2009 (Sala Civil, secció 2a), de 23 de febrer de 2009 (recurs: 523/2008).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 51/2009 (Sala Civil, secció 2a), de 12 de febrer de 2009 (recurs: 379/2008).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 402/2006 (Sala Civil, secció 1a), de 5 d'octubre de 2006 (recurs: 349/2006).

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 325/1999 (Sala Civil, secció 12a), de 18 de maig de 1999 (recurs: 220/1998).

2) Naturalesa jurídica del dret d'ús

- Sentència del Tribunal Suprem 772/2010 (Sala Civil, secció 1a), de 22 de novembre de 2010 (recurs 39/2007).
- Sentència del Tribunal Suprem 861/2009 (Sala Civil, secció 1a), de 18 de gener de 2010 (recurs 1994/2005).
- Sentència del Tribunal Suprem 859/2009 (Sala Civil, secció 1a), de 14 de gener de 2010 (recurs 5806/2000).
- Sentència del Tribunal Suprem 278/1997 (Sala Civil, secció 1a), de 4 d'abril de 1997 (recurs 1396/1993).
- Sentència del Tribunal Suprem 1191/1994 (Sala Civil, secció 1a), de 31 de desembre de 1994.
- Sentència del Tribunal Suprem 905/1994 (Sala Civil, secció 1a), de 18 d'octubre de 1994 (recurs 2817/1991).
- Sentència del Tribunal Suprem 381/1994 (Sala Civil, secció 1a), de 29 d'abril de 1994.
- Sentència del Tribunal Suprem 485/1993 (Sala Civil, secció 1a), de 20 de maig de 1993.
- Sentència del Tribunal Suprem 1148/1992 (Sala Civil, secció 1a), d'11 de desembre de 1992.
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 9/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 28 de gener de 2013 (recurs 148/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 121/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 28 de febrer de 2013 (recurs: 292/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 190/2011 (Sala Civil, secció 12a), de 6 d'abril de 2011 (recurs: 894/2010).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 90/2006 (Sala Civil, secció 16a), de 27 de febrer de 2006 (recurs: 669/2005).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 286/2004 (Sala Civil, secció 1a), de 4 de maig de 2004 (recurs: 557/2003).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 441/2001 (Sala Civil, secció 1a), de 28 de setembre de 2001 (recurs: 302/2001).
- Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona 310/1998 (Sala Civil, secció 12a), de 23 d'abril de 1998 (recurs: 1063/1997).

ANTECEDENT IMMEDIAT I RÈGIM JURÍDIC VIGENT

- Sentència del Tribunal Suprem 721/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 4 de desembre de 2012 (recurs 1139/2010).
- Sentència del Tribunal Suprem 424/1999 (Sala Civil, secció 1a), de 19 de maig de 1999 (recurs 3157/1994).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 379/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 21 de maig de 2013 (recurs: 917/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 110/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 26 de febrer de 2013 (recurs: 383/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 45/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 23 de gener de 2013 (recurs: 262/2012).

APLICACIÓ PELS TRIBUNALS DEL DRET VIGENT

1) Atribució de l'ús de l'habitatge familiar

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 142/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 7 de març de 2013 (recurs: 556/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 1/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 9 de gener de 2013 (recurs: 62/2012).

1.1 Criteris de l'atribució

1.1.1 Per pacte

- Sentència del Tribunal Suprem 325/1997 (Sala Civil, secció 1a), de 22 d'abril de 1997 (recurs 1822/1993).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 9/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 28 de gener de 2013 (recurs 148/2011).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 34/2010 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 10 de setembre de 2010 (recurs 95/2009).

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 4/2010 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 18 de gener de 2010 (recurs 43/2009).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 414/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 31 de maig de 2013 (recurs: 530/2012).

1.1.2 Per decisió judicial

- Interlocutòria del Jutjat de Violència sobre la Dona de Girona 30/2013 (Secció 1a), de 24 d'abril de 2013.

1.1.2.1 En funció de la guarda

- Sentència del Tribunal Suprem 325/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 30 de maig de 2012 (recurs 1132/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 505/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 28 de juny de 2013 (recurs: 93/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 424/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 3 de juny de 2013 (recurs: 807/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 181/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 14 de març de 2013 (recurs: 413/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 363/2007 (Sala Civil, secció 18a), de 13 de juliol de 2007 (recurs: 753/2006).

1.1.2.2 Al més necessitat

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 13/2007 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 7 de maig de 2007 (recurs 127/2006).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 818/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 28 de novembre de 2013 (recurs: 1305/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 513/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 23 de juliol de 2013 (recurs: 602/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 408/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 30 de maig de 2013 (recurs: 1049/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 310/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 14 de maig de 2013 (recurs: 324/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 95/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 8 de març de 2013 (recurs: 9/2013).

1.2 Durada

- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 380/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 28 de setembre de 2013 (recurs: 741/2012).

1.2.1 En funció de la durada de la guarda

- Sentència del Tribunal Suprem 622/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 17 d'octubre de 2013 (recurs 3144/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 462/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 19 de juny de 2013 (recurs: 1160/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 381/2013 (Sala Civil, secció 18a), d'11 de juny de 2013 (recurs: 484/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 153/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 2 d'abril de 2013 (recurs: 475/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 29/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 17 de gener de 2013 (recurs: 1138/2011).

1.2.2 Termini

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 29/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 15 d'abril de 2013 (recurs 164/2012).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 27/2009 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 6 de juliol de 2009 (recurs 154/2008).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 39/2008 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 24 de novembre de 2008 (recurs 139/2007).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 18/2008 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 8 de maig de 2008 (recurs 77/2007).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 36/2006 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 4 d'octubre de 2006 (recurs 20/2006).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 452/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 18 de juny de 2013 (recurs: 729/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 398/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 18 de juny de 2013 (recurs: 501/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 449/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 14 de juny de 2013 (recurs: 821/2012).

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 418/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 31 de maig de 2013 (recurs: 841/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 310/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 14 de maig de 2013 (recurs: 324/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 181/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 12 de març de 2013 (recurs: 181/2012).

1.2.3 Règim de la pròrroga

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 29/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 15 d'abril de 2013 (recurs 164/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 213/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 20 de març de 2013 (recurs: 452/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 181/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 12 de març de 2013 (recurs: 181/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 348/2012 (Sala Civil, secció 12a), de 17 de maig de 2012 (recurs: 718/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 375/2011 (Sala Civil, secció 12a), de 29 de juny de 2011 (recurs: 501/2010).

1.2.4 Règim específic de la possessió sense ser propietari i de les tolerades

- Sentència del Tribunal Suprem 160/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 14 de març de 2013 (recurs 1959/2010).
- Sentència del Tribunal Suprem 695/2011 (Sala Civil, secció 1a), de 10 d'octubre de 2011 (recurs 1069/2009).
- Sentència del Tribunal Suprem 299/2011 (Sala Civil, secció 1a), de 30 d'abril de 2011 (recurs 1236/2008).
- Sentència del Tribunal Suprem 861/2009 (Sala Civil, secció 1a), de 18 de gener de 2010 (recurs 1994/2005).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 696/2012 (Sala Civil, secció 18a), de 28 de desembre de 2012 (recurs: 1043/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 139/2012 (Sala Civil, secció 3a), de 17 d'abril de 2012 (recurs: 417/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 52/2007 (Sala Civil, secció 13a), d'1 de febrer de 2007 (recurs: 159/2006).

1.3 Conseqüències a efectes de la fixació de les pensions

- Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 226/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 14 de febrer de 2013 (recurs 120/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 749/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 4 de novembre de 2013 (recurs: 1167/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 380/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 28 de setembre de 2013 (recurs: 741/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 540/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 12 de setembre de 2013 (recurs: 661/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 505/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 28 de juny de 2013 (recurs: 93/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 607/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 30 de juliol de 2013 (recurs: 865/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 225/2013 (Sala Civil, secció 2a), de 13 de juny de 2013 (recurs: 58/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 127/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 18 de febrer de 2013 (recurs: 399/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 83/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 7 de febrer de 2013 (recurs: 299/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 86/2004 (Sala Civil, secció 1a), de 23 de desembre de 2004 (recurs: 85/2004).

1.4 Règim jurídic de l'habitatge atribuït

1.4.1 Publicitat registral

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 33/2003 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 22 de setembre de 2003 (recurs 66/2003).
- Sentència del Tribunal Suprem 310/2004 (Sala Civil, secció 1a), de 22 d'abril de 2004 (recurs 1738/1998).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 445/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 13 de juny de 2013 (recurs: 1168/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 485/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 14 de desembre de 2012 (recurs: 624/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 24/2012 (Sala Civil, secció 16a), de 17 de gener de 2012 (recurs: 822/2010).

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 573/2011 (Sala Civil, secció 12a), de 26 d'octubre de 2011 (recurs: 1186/2010).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 302/2011 (Sala Civil, secció 12a), de 26 de maig de 2011 (recurs: 929/2010).

1.4.2 Obligacions i despeses

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 723/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 23 d'octubre de 2013 (recurs: 1113/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 630/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 21 d'octubre de 2013 (recurs: 774/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 678/2013 (Sala Civil, secció 12a), d'1 d'octubre de 2013 (recurs: 975/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 449/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 14 de juny de 2013 (recurs: 821/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 225/2013 (Sala Civil, secció 2a), de 13 de juny de 2013 (recurs: 58/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 422/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 3 de juny de 2013 (recurs: 853/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 420/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 3 de juny de 2013 (recurs: 737/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 184/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 15 de març de 2013 (recurs: 161/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 90/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 6 de febrer de 2013 (recurs: 929/2012).
- Sentència del Jutjat de Primera Instància de Reus 303/2013 (Secció 2a), de 13 de desembre de 2013.

1.4.3 Disposició i gravamen

- Sentència del Tribunal Suprem 1/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 22 de gener de 2013 (recurs 1371/2010).
- Sentència del Tribunal Suprem 78/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 27 de febrer de 2012 (recurs 2258/2008).
- Sentència del Tribunal Suprem 723/2007 (Sala Civil, secció 1a), de 27 de juny de 2007 (recurs 3124/2000).

- Sentència del Tribunal Suprem 455/2006 (Sala Civil, secció 1a), de 8 de maig de 2006 (recurs 2878/1999).
- Sentència del Tribunal Suprem 1131/1999 (Sala Civil, secció 1a), de 27 de desembre de 1999 (recurs 1643/1995).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 50/2012 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 30 de juliol de 2012 (recurs 227/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 462/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 19 de juny de 2013 (recurs: 1160/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 212/2013 (Sala Civil, secció 13a), de 17 d'abril de 2013 (recurs: 332/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 452/2012 (Sala Civil, secció 2a), de 4 de desembre de 2012 (recurs: 103/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 465/2011 (Sala Civil, secció 13a), de 4 d'octubre de 2011 (recurs: 858/2010).

2) Alternatives a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar

2.1 Distribució

- Sentència del Tribunal Suprem 262/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 30 d'abril de 2012 (recurs 84/2011).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 9/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 28 de gener de 2013 (recurs 148/2011).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 31/2008 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 5 de setembre de 2008 (recurs 134/2007).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 567/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 18 de juliol de 2013 (recurs: 851/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 161/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 22 d'abril de 2013 (recurs: 126/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 842/2012 (Sala Civil, secció 12a), de 18 de desembre de 2012 (recurs: 1188/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 698/2012 (Sala Civil, secció 12a), de 20 d'octubre de 2012 (recurs: 1216/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 352/2012 (Sala Civil, secció 18a), de 24 de maig de 2012 (recurs: 287/2011).

- Sentència del Jutjat de Primera Instància i Instrucció de Gavà 9/2013 (Secció 4a), de 31 de gener de 2013.
- Sentència del Jutjat de Violència sobre la Dona d'El Vendrell 76/2012 (Secció 1a), de 23 de juliol de 2012.

2.2 No atribució

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 823/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 28 de novembre de 2013 (recurs: 912/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 495/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 27 de juny de 2013 (recurs: 1536/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 481/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 26 de juny de 2013 (recurs: 862/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 438/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 12 de juny de 2013 (recurs: 1011/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 213/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 20 de març de 2013 (recurs: 452/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 95/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 8 de març de 2013 (recurs: 9/2013).

2.3 Atribució de l'ús d'altres residències

- Sentència del Tribunal Suprem 284/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 9 de maig de 2012 (recurs 1781/2010).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 9/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 28 de gener de 2013 (recurs 148/2011).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 50/2012 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 30 de juliol de 2012 (recurs 227/2011).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 15/2005 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 3 de març de 2005.
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 380/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 28 de setembre de 2013 (recurs: 741/2012).

3) Exclusió de l'atribució de l'ús i extinció del dret d'ús

3.1 Exclusió de l'atribució de l'ús

3.1.1 Causes

- Sentència del Tribunal Suprem 191/2011 (Sala Civil, secció 1a), de 29 de març de 2011 (recurs 141/2008).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 823/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 28 de novembre de 2013 (recurs: 912/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 610/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 30 de juliol de 2013 (recurs: 603/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 476/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 25 de juny de 2013 (recurs: 877/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 377/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 17 de maig de 2013 (recurs: 488/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 287/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 30 d'abril de 2013 (recurs: 319/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 108/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 25 de febrer de 2013 (recurs: 367/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 696/2012 (Sala Civil, secció 13a), de 21 de novembre de 2012 (recurs: 751/2011).

3.1.2 Conseqüències

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 663/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 19 de setembre de 2013 (recurs: 1083/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 610/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 30 de juliol de 2013 (recurs: 603/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 406/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 18 de juny de 2013 (recurs: 499/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 377/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 17 de maig de 2013 (recurs: 488/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 413/2012 (Sala Civil, secció 2a), de 16 de novembre de 2012 (recurs: 573/2012).

3.2 Extinció del dret d'ús

3.2.1 Causes

1. Pacte

- Sentència del Tribunal Suprem 257/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 26 d'abril de 2012 (recurs 2033/2010).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 733/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 24 d'octubre de 2013 (recurs: 1047/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 548/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 17 de setembre de 2013 (recurs: 762/2012).

2. Guarda

- Sentència del Tribunal Suprem 721/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 4 de desembre de 2012 (recurs 1139/2010).
- Sentència del Tribunal Suprem 257/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 26 d'abril de 2012 (recurs 2033/2010).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 677/2013 (Sala Civil, secció 12a), d'1 d'octubre de 2013 (recurs: 1205/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 577/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 23 de juliol de 2013 (recurs: 974/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 379/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 21 de maig de 2013 (recurs: 917/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 163/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 7 de març de 2013 (recurs: 137/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 363/2007 (Sala Civil, secció 18a), de 13 de juliol de 2007 (recurs: 753/2006).

3. Major necessitat

a) Situació econòmica

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 674/2013 (Sala Civil, secció 12a), d'1 d'octubre de 2013 (recurs: 1206/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 707/2012 (Sala Civil, secció 12a), de 29 d'octubre de 2012 (recurs: 1191/2011).

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 306/2012 (Sala Civil, secció 18a), de 8 de maig de 2012 (recurs: 422/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 571/2011 (Sala Civil, secció 12a), de 26 d'octubre de 2011 (recurs: 1154/2010).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 693/2010 (Sala Civil, secció 18a), de 14 de desembre de 2010 (recurs: 125/2010).

b) Nova parella del beneficiari

- Sentència del Tribunal Suprem 179/2012 (Sala Civil, secció 1a), de 28 de març de 2012 (recurs 1002/2010).
- Sentència del Tribunal Suprem 611/2005 (Sala Civil, secció 1a), de 12 de desembre de 2005 (recurs 980/2002).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 47/2009 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 26 de novembre de 2009 (recurs 10/2009).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 656/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 4 de novembre de 2013 (recurs: 579/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 279/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 26 de juliol de 2013 (recurs: 65/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 406/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 18 de juny de 2013 (recurs: 499/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 370/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 4 de juny de 2013 (recurs: 298/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 379/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 21 de maig de 2013 (recurs: 917/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 357/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 13 de maig de 2013 (recurs: 268/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 104/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 13 de març de 2013 (recurs: 735/2012).

c) Mort del beneficiari

d) Venciment del termini

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 29/2013 (Sala Civil i Penal, secció 1a), de 15 d'abril de 2013 (recurs 164/2012).

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 677/2013 (Sala Civil, secció 12a), d'1 d'octubre de 2013 (recurs: 1205/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 452/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 18 de juny de 2013 (recurs: 729/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 398/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 18 de juny de 2013 (recurs: 501/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 449/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 14 de juny de 2013 (recurs: 821/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 349/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 28 de maig de 2013 (recurs: 454/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 310/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 14 de maig de 2013 (recurs: 324/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 95/2013 (Sala Civil, secció 1a), de 8 de març de 2013 (recurs: 9/2013).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 787/2012 (Sala Civil, secció 18a), de 20 de desembre de 2012 (recurs: 9/2012).

3.2.2 Conseqüències

- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 487/2012 (Sala Civil, secció 12a), d'11 de juliol de 2012 (recurs: 828/2011).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 406/2013 (Sala Civil, secció 18a), de 18 de juny de 2013 (recurs: 499/2012).
- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 420/2013 (Sala Civil, secció 12a), de 3 de juny de 2013 (recurs: 737/2012).
- Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona 46/2012 (Sala Civil, secció 18a), de 5 de març de 2012 (recurs: 302/2011).

VII. BIBLIOGRAFIA

CARRERAS MARAÑA, J.M. *Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda*. Madrid: CGPJ-MFC, 2009/50.

CASO SEÑAL, M. “Sección 4ª. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”. A: ORTUÑO MUÑOZ, P. (coord.) *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Madrid: Editorial jurídica Sepín, 2011, pàg. 909-934.

CLEMENTE MEORO, M. “El régimen económico matrimonial”. A: DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.) *Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pàg. 539-588.

Conclusiones del Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con Jueces de lo Civil en General. Sesión Tercera: Cuestiones Sustantivas I. Madrid, del 21 al 23 de septiembre de 2009. Madrid: CGPJ-CS, 2009/13.

CORDÓN MORENO, F. *et al* (coords.). *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil. Volumen II*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. “Los regímenes patrimoniales del matrimonio en los derechos civiles especiales y forales. Cataluña”. A: DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.) *Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2012.

ELORRIAGA DE BONIS, F. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

ESPIAU ESPIAU, S. “L'atribució conjunta de l'ús de l'habitatge familiar en una situació de crisi matrimonial: comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 18 de gener de 2010”. A: *Revista catalana de Dret privat* Vol. 11, 2010, pàg. 245-257.

- FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I. “Efectos comunes a los procesos de separación, división y nulidad”. A: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.) *Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pàg. 1343-1442.
- GIL MIQUEO, J. “El convenio regulador”. A: VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.) *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*. Barcelona: Bosch, 2011, pàg. 333-367.
- LETE DEL RÍO, J.M. “Comentarios al artículo 96 del Código civil”. A: LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.) *Comentarios al nuevo Título IV del Código civil*. Madrid: Civitas, 1982.
- LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”. A: Asociación Española de Abogados de Familia. *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*. Madrid: Dykinson, 2010, pàg. 257-304.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch, 2a edició, 2005.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. “Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial”. *International Journal of Land Law & Agricultural Science. LandAS*, 5, 2011, pàg. 13-25.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisi matrimoniales (art. 96, p.1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005.
- MOLL DE ALBA LACUVE, C. “La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar”. A: PÉREZ DAUDÍ, V. (coord.) *El proceso de familia en el Código civil de Catalunya*. Barcelona: Atelier, 2011, pàg. 85-97.
- MONTERO AROCA, J. “Efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio”. A: MONTERO AROCA, J. et al. *Separación, divorcio y nulidad matrimonial. La*

aplicación práctica de los artículos 73 a 107 del Código civil y de los artículos 769 a 778 de la Ley de enjuiciamiento civil. Tomo III. Artículos 96 a 107 CC. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MORALEJO IMBERNÓN, N. “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”. *Revista xurídica galega*, 33, 2001, pàg. 91-119.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de familia.* Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 8a edició, 2012.

PALLEROLS VIDAL, R. “La atribución del uso del domicilio familiar”. A: PÉREZ DAUDÍ, V. (coord.) *El proceso de familia en el Código civil de Catalunya.* Barcelona: Atelier, 2011, pàg. 71-84.

PEREDA GÁMEZ, F.J. *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis.* Las Rozas (Madrid): La Ley, 2007.

PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Derecho de familia. Tomo III. La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia.* Madrid: Lex Nova, 2012.

PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Derecho de familia. Tomo IV. La modificación y extinción de las medidas: aspectos sustantivos y procesales.* Madrid: Lex Nova, 2012.

PUIG BLANES, F.P. “Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial”. A: PUIG BLANES, F.P. i SOSPEDRA NAVAS, F.J. (coords.) *Comentarios al Código Civil de Cataluña.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pàg. 365-415.

RAMS ALBESA, J. *Uso, habitación y vivienda familiar.* Madrid: Tecnos, 1987.

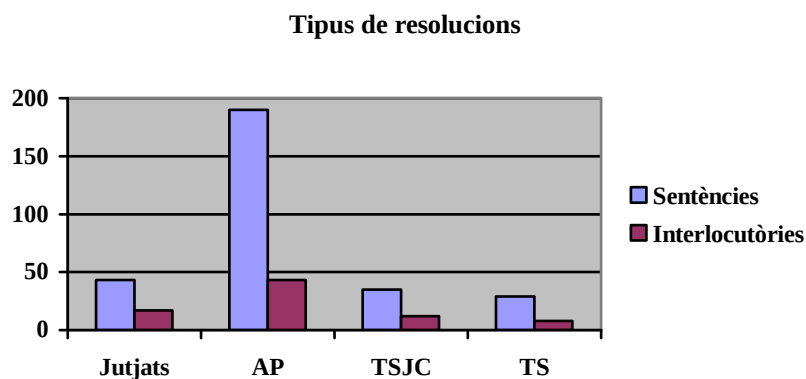
REBOLLEDO VARELA, Á.L. “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña”. A: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.) *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias.* Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008, pàg. 735-755.

- RUBIO GIMENO, G. Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers: comentari a la STSJC de 10.9.2010. *InDret* [en línia]. Gener 2011. <http://www.indret.com/pdf/797_cat.pdf>. [Consulta: 17/01/2014]
- SERRANO CASTRO, F.A. *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Madrid: El Derecho, 2010.
- SERRANO GÓMEZ, E. *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Madrid: Tecnos, 1999.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á. “Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia”. A: VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.) *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*. Barcelona: Bosch, 2011, pàg. 479-540.
- TAILLEFER DE HAYA, H. La atribución del uso de la vivienda familiar, ejecución hipotecaria, pronunciamientos judiciales al respecto. *Noticias jurídicas* [en línia]. Juliol 2013. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201307-atribucion_de_la_vivienda_familiar_y_ejecucion_hipotecaria.html>. [Consulta: 17/01/2014].
- TAMAYO CARMONA; J.A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003.
- VARONA ALABERN, J.E. (dir.) *La fiscalidad de la vivienda en España*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2012.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Derecho de familia y de la persona. Tomo 6. Efectos y medidas de la ruptura conyugal*. Barcelona: Bosch, 2007.

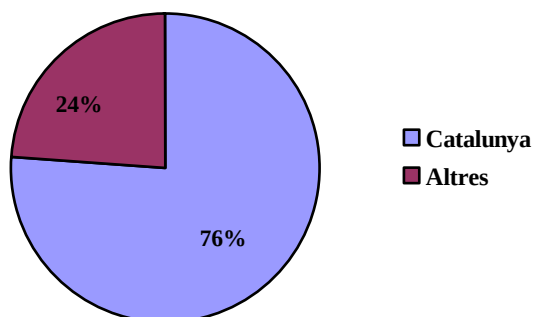
VIII. ANNEX

Dades estadístiques de la jurisprudència esmentada en el treball

Per fer aquest treball he estudiat 377 resolucions judicials de jutjats i tribunals. En concret, 15 sentències i 7 interlocutòries de jutjats de Primera Instància, 21 sentències i 8 interlocutòries de jutjats de Primera Instància i Instrucció, 7 sentències i 2 interlocutòries de jutjats de Violència sobre la Dona, tots ells amb seu a Catalunya. També 153 sentències i 27 interlocutòries d'Audiències Provincials catalanes, 37 sentències i 16 interlocutòries d'Audiències Provincials de fora de Catalunya, 35 sentències i 12 interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, i 29 sentències i 8 interlocutòries del Tribunal Suprem.



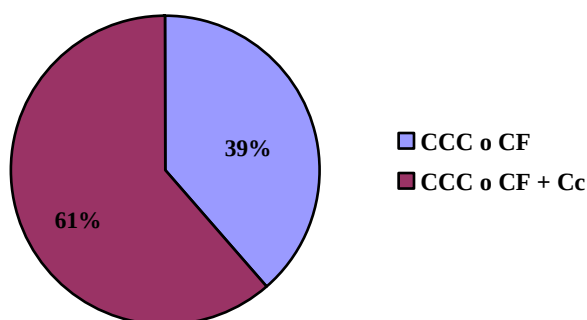
Gràfic 1. Origen de les resolucions



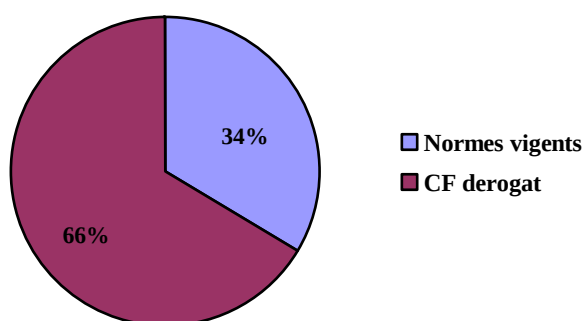
L'estudi d'aquestes resolucions m'ha proporcionat dades estadístiques sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge que he elaborat i seguidament exposo.

Crida l'atenció que es produeixin tres incorreccions freqüents en les resolucions d'instància que es reflecteixen en les d'apel·lació, però que no sempre es corregeixen per la Secció de l'Audiència Provincial que coneix del corresponent recurs. Així, tot i que la normativa catalana és l'única d'aplicació en la majoria dels processos de família que s'han plantejat i es plantegen davant els òrgans jurisdiccionals a Catalunya en la matèria que ens ocupa¹³¹, el 61,39% de les resolucions judicials estudiades apliquen cumulativament normes del Codi civil amb les del Codi civil de Catalunya o les del Codi de família. El 66,34% apliquen improcedentment normativa catalana derogada (Codi de família en processos on, per la data de la demanda, caldria aplicar el Codi civil de Catalunya), i el 29,70% normativa no vigent en el moment de presentar la demanda (Codi civil de Catalunya quan caldria aplicar el Codi de família). El 16,83% de les sentències estudiades només apliquen normes del Codi civil¹³².

Gràfic 2. Aplicació cumulativa



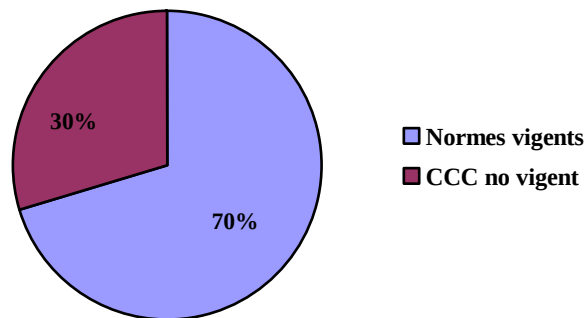
Gràfic 3. Normativa derogada



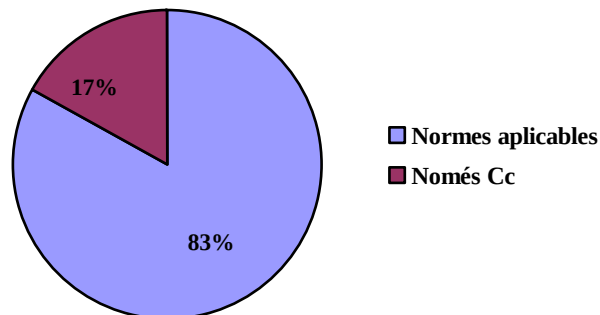
¹³¹ Només no serien d'aplicació si calgués la norma de conflicte (articles 9, 12 i 16 CC) i aquesta dugués a l'aplicació d'un altre dret (per llei personal o veïnatge civil).

¹³² En aquest sentit he pogut valorar 101 resolucions judicials (60 d'instància i 41 d'apel·lació) que fan esment al dret aplicat en instància.

Gràfic 4. Normativa no vigent

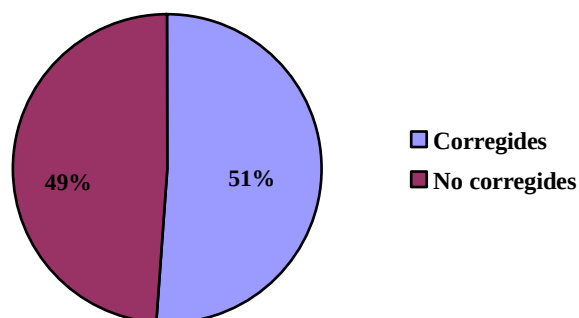


Gràfic 5. Només Codi civil estatal



Només el 51,22% de les resolucions d'apel·lació estudiades i que fan referència al dret aplicat per les d'instància les corregeixen quan cometen alguna de les incorreccions esmentades¹³³.

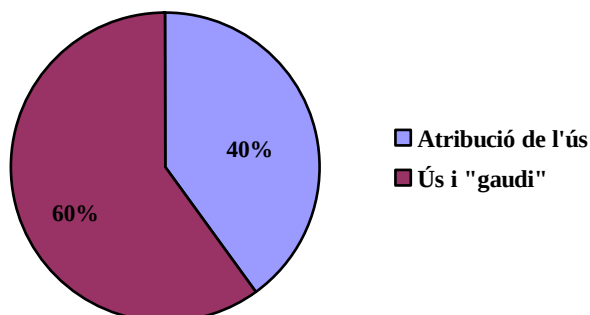
Gràfic 6. Correcció en apel·lació



¹³³ He recollit dades de 41 resolucions d'apel·lació que fan esment al dret aplicat en instància. Habitualment les sentències de l'Audiència no reflecteixen el dret que aplica l'autoritat judicial *a quo* sinó només la decisió que es recorreguda.

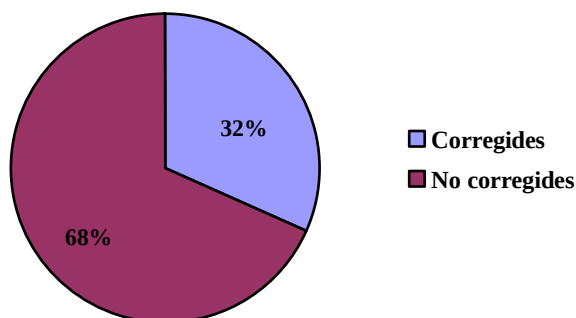
Per altra banda, la normativa catalana preveu l'atribució de l'ús de l'habitatge, però no la del seu gaudi —“disfrute” en castellà—, com erròniament atribueixen el 59,91% de les resolucions d'instància¹³⁴.

Gràfic 7. Atribució del dret



Només el 31,57% de les resolucions d'apel·lació estudiades i que fan referència al dret aplicat per les d'instància les corregeixen quan cometen la incorrecció esmentada¹³⁵.

Gràfic 8. Correcció en apel·lació



Finalment, i en el seu cas, l'atribució es fa al progenitor però no als fills, com també de forma inadequada declaren el 65,89% de les resolucions d'instància¹³⁶, i només les

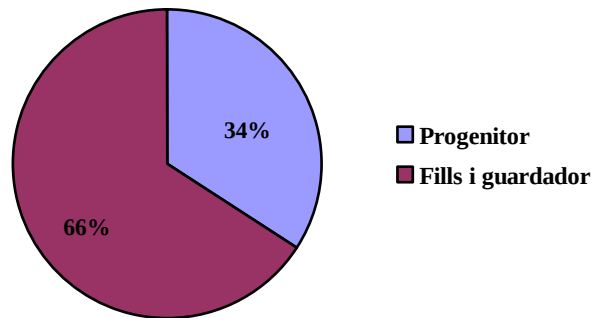
¹³⁴ He valorat 212 resolucions judicials (60 d'instància i 152 d'apel·lació) que fan esment al dret atribuït en instància.

¹³⁵ He recollit dades de 152 resolucions d'apel·lació que fan esment al dret atribuït en instància.

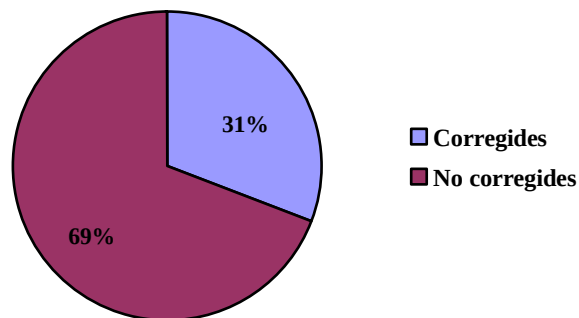
¹³⁶ He estudiat 129 resolucions judicials (38 d'instància i 91 d'apel·lació) que, havent-hi fills que han d'estar sota la guarda, determinen els titulars del dret que atribueixen en instància.

corregeixin el 30,77% de les resolucions d'apel·lació estudiades i que fan referència als titulars del dret que atribueixen en instància¹³⁷.

Gràfic 9. Titulars del dret

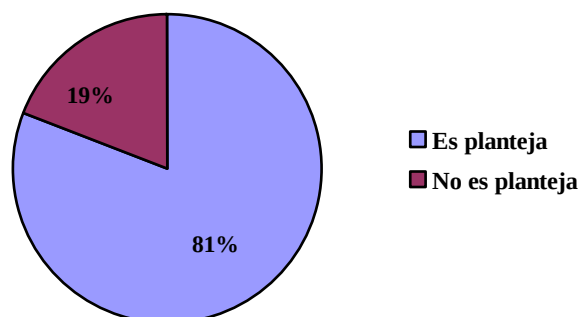


Gràfic 10. Correcció en apel·lació



Finalment, pel que fa a la importància de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar:

Gràfic 11. Plantejament en els processos



¹³⁷ He recollit dades de 91 resolucions d'apel·lació que fan esment als titulars del dret atribuït en instància, havent-hi fills que han d'estar sota la guarda.

En el 80,92% de les resolucions estudiades per fer aquest treball l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és una qüestió acordada (processos de mutu acord) o controvertida (contenciosos).

Si bé els processos de mutu acord són majoria en aquest àmbit, les resolucions d'apel·lació acostumen a valorar les de primera instància recaigudes en processos contenciosos i, per això, les dades que reflecteixen incideixen en aquest tipus de controvèrsies.