

## ÚS DE L'HABITATGE PER RAÓ DE LA GUARDA DELS FILLS MENORS I LA INTRODUCCIÓ D'UN TERCER: REVISIÓ DE LA REGULACIÓ CATALANA A PROPÒSIT DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM 641/2018, DE 20 DE NOVEMBRE DE 2018

**Gemma Rubio Gimeno**  
*Professora agregada de dret civil*  
*Universitat de Barcelona*

### **Resum**

L'ordenament civil català preveu una causalitat discriminada quant a l'extinció del dret d'ús sobre l'habitatge familiar atribuït arran d'un procediment de ruptura matrimonial. La presència d'un tercer en convivència marital amb el cònjuge o l'excònjuge afavorit pel dret d'ús, només extingeix aquest ús si el dret s'ha atribuït per raó de la major necessitat del beneficiari, i no, en canvi, si l'atribució s'ha fet per raó de la guarda exclusiva dels fills menors.

El greuge econòmic que pateix el titular o cotitular de l'habitatge familiar que es veu privat del seu ús a favor del cònjuge o l'excònjuge que té la guarda dels fills comuns, és objecte de compensació indirecta en el dret civil català. Aquesta compensació es realitza mitjançant la imputació del valor d'aquell ús al pagament dels aliments als fills o de la prestació compensatòria al cònjuge o excònjuge. La presència del tercer fa que aquest greuge esdevingui més punyent, atès que un subjecte totalment aliè al nucli familiar que va motivar l'adopció de la mesura se'n beneficia a costa del titular privat de l'ús, que ha d'assumir, a més, el cost d'autoabastir la seva pròpia necessitat d'habitatge, en contraposició amb la gratuïtat amb la qual el tercer s'heteroabasteix.

A propòsit de la Sentència del Tribunal Suprem 641/2018, de 20 de novembre de 2018, que extingeix l'ús en consideració a la presència d'un tercer que conviu maritalment amb el progenitor que té l'ús per raó de la guarda dels fills, i amb l'argument que l'habitatge ha passat a servir a un nucli familiar divers del que va motivar l'adopció de la mesura, el treball planteja si aquesta solució es pot traslladar al nostre ordenament i, alternativament, quines són les solucions que es poden plantejar davant d'aquesta situació. Així mateix, fa una proposta de modificació de la regulació catalana que permeti una compensació directa per la privació de l'ús de l'habitatge a qui n'és titular o cotitular i que s'orienti a desvincular la protecció de l'interès dels menors de la seva permanència en un habitatge concret.

**Paraules clau:** atribució de l'ús de l'habitatge, compensació econòmica, guarda dels fills, convivència marital amb un tercer, enriquiment injustificat, modificació de mesures.

USO DE LA VIVIENDA POR RAZÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES Y LA INTRODUCCIÓN DE UN TERCERO: REVISIÓN DE LA REGULACIÓN CATALANA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 641/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018

**Resumen**

El ordenamiento civil catalán prevé una causalidad discriminada en cuanto a la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuida a raíz de un procedimiento de ruptura matrimonial. La presencia de un tercero en convivencia marital con el cónyuge o excónyuge favorecido por el derecho de uso, solo extingue este uso si el derecho se ha atribuido por razón de la mayor necesidad del beneficiario, y no, en cambio, si la atribución se ha hecho por razón de la custodia exclusiva de los hijos menores.

La pérdida económica que sufre el titular o cotitular de la vivienda familiar que se ve privado de su uso a favor del cónyuge o excónyuge que tiene la custodia de los hijos comunes, es objeto de compensación indirecta en el derecho civil catalán. Esta compensación se realiza mediante la imputación del valor de aquel uso al pago de los alimentos a los hijos o de la prestación compensatoria al cónyuge o excónyuge. La presencia del tercero conlleva que aquella pérdida económica resulte más lacerante, puesto que un sujeto totalmente ajeno al núcleo familiar que motivó la adopción de la medida se beneficia de ella a expensas del titular privado del uso, que tiene que asumir, además, el coste de autoabastecer su propia necesidad de vivienda, en contraposición con la gratuidad con la que el tercero se heteroabastece.

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 641/2018, de 20 de noviembre de 2018, que extingue el uso en consideración a la presencia de un tercero que convive maritalmente con el progenitor que tiene dicho uso por razón de la custodia de los hijos, y con el argumento de que la vivienda ha pasado a servir a un núcleo familiar distinto del que motivó la adopción de la medida, el trabajo plantea si esta solución puede trasladarse a nuestro ordenamiento y, alternativamente, cuáles son las soluciones que pueden plantearse ante esta situación. Asimismo, hace una propuesta de modificación de la regulación catalana que permita una compensación directa por la privación del uso de la vivienda a quien es titular o cotitular y que, a su vez, se oriente a desvincular la protección del interés de los menores de su permanencia en una vivienda en concreto.

**Palabras clave:** atribución del uso de la vivienda, compensación económica, custodia de los hijos, convivencia marital con un tercero, enriquecimiento injustificado, modificación de medidas.

USE OF THE FAMILY DWELLING ACCORDING TO THE MINOR CHILDREN CUSTODY AND INTRODUCTION OF A THIRD PARTY: REVIEW OF THE CATALAN REGULATION CONCERNING THE JUDICIAL DECISION OF THE SUPREME COURT 641/2018, NOVEMBER 20<sup>TH</sup>

**Abstract**

Catalan civil legislation lays down a discriminatory causality regarding the termination of the right to use on the family dwelling awarded after a procedure of marriage breakdown. The presence of a third party in a marital cohabitation with the spouse or former spouse awarded with the right of use only terminates that use if the right is awarded regarding the major necessity of the beneficiary and not, on the other hand, if the award has been done by reason of the minor children custody.

The economic loss that suffers the owner or co-owner of the family dwelling that sees himself deprived of its use in favour of the spouse or ex-spouse that has the custody of the children has been indirectly compensated by the Catalan civil law. This compensation is dealt within the attribution of the value of that use in the payment of the duty of maintenance in favour of the children or the compensatory payment to the spouse or ex-spouse.

Concerning the Judicial Decision of the Supreme Court 641/2018, November 20<sup>th</sup>, terminating the use in consideration of the third party presence that is marital cohabiting with the parent awarded with the use regarding child custody and with the argument that the family dwelling has come to serve to a different family circle than the one that justified the measure adoption, the article suggests if that solution could be pass to our legal system and, alternatively, what are the solutions that can be considered in front of that situation. Furthermore, a modification proposal regarding Catalan regulation is done, permitting a direct compensation for the deprivation of the use of the family dwelling to the owner or co-owner and that is directed to set apart the protection of the minor's best interests from their permanence in a specific dwelling.

**Keywords:** award of the use of the family dwelling, economic compensation, children custody, marital cohabitation with a third party, unjustified enrichment, modification of measures.

INTRODUCCIÓ. EL SUPÒSIT PLANTEJAT I LA RESPOSTA LEGAL DIVERSA EN ELS ORDENAMENTS CATALÀ I ESTATAL

El supòsit que es planteja és simple: en virtut de la sentència derivada d'un procediment de crisi matrimonial, l'ús de l'habitatge familiar ha estat atribuït a qui no és titular o no ho és en exclusiva i s'ha desposseït de l'immoble el seu titular exclusiu o cotitular. L'atribució de l'ús de l'habitatge s'ha fet per raó de la guarda dels fills menors a càrrec del progenitor que té atribuïda la guarda en exclusiva o fins i tot, en cas de guarda compartida amb el progenitor titular o cotitular de l'habitatge, perquè s'ha valorat que el beneficiari en té més necessitat. Amb posterioritat a l'adopció d'aquesta

mesura i abans que s'extingeixi la guarda dels fills menors, el progenitor que té atribuït l'ús introdueix en l'habitatge un tercer amb qui manté una relació de parella.

El sacrifici patrimonial, i fins i tot personal, que la situació descrita comporta per al titular privat de l'ús no sembla que hagi estat tingut en compte pel legislador català o, més exactament, l'ha considerat *a contrario sensu* en l'article 233-24.1 CCCat —«El dret d'ús s'extingeix [...], si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament de la guarda»— en relació amb l'article 234-24.2 CCCat —«El dret d'ús, si es va atribuir amb caràcter temporal per raó de la necessitat del cònjuge, s'extingeix [...] b) Pel matrimoni o per convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona»—, a fi de blindar l'interès dels menors i, de passada, el del progenitor custodi. La mateixa norma es conté en relació amb la prestació compensatòria, que també s'extingeix per relació marital o matrimoni del creditor (art. 233-19.1b CCCat). En definitiva, en el dret civil català, les prestacions que s'adrecen directament a protegir l'interès de l'excònjuge, s'extingeixen amb motiu d'una nova relació de parella; aquesta circumstància fa que esdevingui injustificada la perpetuació de la solidaritat postconjugal. En canvi, les prestacions que protegeixen l'interès dels fills es desvinculen de les vicissituds afectives dels progenitors fins i tot si aquestes es materialitzen en la introducció d'un tercer en l'habitatge familiar.

El sacrifici patrimonial que afavoreix l'excònjuge usuari en detriment del cònjuge titular o cotitular privat de l'ús i que té sentit quan s'imposa en benefici dels fills comuns menors d'edat, potser s'ha de qüestionar quan el benefici afavoreix addicionalment la nova parella del progenitor beneficiari de l'ús i fins i tot els fills que puguin sorgir d'aquesta nova relació o els fills que ho són només de la nova parella del progenitor usuari.

Si contraposem els ordenaments civils català i espanyol, observem que en el Codi civil de Catalunya (CCCat) la regulació de l'atribució de l'ús de l'habitatge arran de la crisi matrimonial és força detallada i, en matèria d'extinció, distingeix clarament el supòsit d'atribució de l'ús per raó de la guarda dels fills menors del d'atribució per raó de la necessitat del cònjuge. Només respecte d'aquest darrer supòsit, com hem dit, el matrimoni o la convivència marital<sup>1</sup> del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona extingeix l'ús.

En canvi, l'article 96 del Codi civil espanyol (CC) es limita a establir criteris per a l'atribució de l'habitatge familiar en cas de crisi, però omet tota referència a

1. Aquesta convivència marital no demana una convivència en parella estable que compleixi els supòsits de l'article 234-1 CCCat ni demana una convivència permanent en el mateix habitatge, sinó només un projecte de vida en comú que reuneixi un seguit d'elements com l'estabilitat, la intimitat, la comunicació d'afectes i interessos i de publicitat, comparable amb el matrimoni, segons ha establert el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) en diverses resolucions: sentències 6/2017, de 9 de febrer (RJ 2017/1599), 14/2013, de 21 de febrer (RJ 2013/5755), i 47/2009, de 26 de novembre (RJ 2010/75).

les causes d'extinció de l'ús atribuït.<sup>2</sup> Tanmateix, es pot argumentar que la previsió extintiva que sí que es conté en matèria de pensió compensatòria en l'article 101 CC en cas de convivència marital o matrimoni amb una tercera persona, hauria d'avaluar l'opció negativa, *a contrario sensu*, respecte a l'atribució de l'ús de l'habitatge habitual. El Tribunal Suprem no ho ha entès així. L'aplicació de l'article 96 CC ha donat lloc a la Sentència 641/2018, de 20 de novembre,<sup>3</sup> que serveix de pretext a aquest treball i que va concloure que la introducció d'un tercer en l'habitatge familiar canvia l'estatus d'aquest habitatge, que deixa d'estar vinculat a l'interès de la família a la qual servia aquell ús —la família formada pels progenitors que han extingit la seva relació i els fills comuns— i passa a ser l'habitatge d'un nucli familiar nou i diferent —el que inclou el tercer convivent—.<sup>4</sup> Se sosté que això no comporta negar que, a l'empara del lliure desenvolupament de la personalitat, el cònjuge que té l'ús per raó de la guarda pugui establir noves relacions de parella, sinó que el que es qüestiona és si aquesta llibertat s'ha d'exercir encara que perjudiqui el progenitor no custodi. Es resol finalment que és procedent l'extinció de l'atribució de l'ús sobre l'habitatge familiar i que no és possible mantenir-hi els menors i el progenitor custodi més enllà del temps

2. L'intent de modificar la regulació del Codi civil espanyol mitjançant l'Avantprojecte de llei sobre l'exercici de la corresponsabilitat parental en cas de nul·litat, separació i divorci, presentava una regulació molt més prolixa de la matèria, però tampoc no preveia els supòsits d'extinció del dret d'ús per convivència marital o matrimoni amb una tercera persona. En canvi, la proposta acadèmica de Codi civil elaborada per l'Asociación de Profesores de Derecho Civil (Madrid, Tecnos, 2018) sí que considera la situació, en l'article 219-29, en una norma amb una redacció similar a la de la norma catalana, si bé inclou un incís que permet donar sortida a situacions com la que ens ocupa, atès que, malgrat que es preveu l'extinció del dret d'ús atribuït per raó de la guarda dels fills menors amb caràcter general amb la finalització de la guarda, s'afegeix l'eventualitat d'una limitació temporal de l'atribució en el cas que el manteniment d'aquesta «comprometa gravement la economia del cònjuge no adjudicatari o fomenta situaciones abusivas».

3. El canvi ja s'insinuava en l'anterior Sentència del Tribunal Suprem (STS) 33/2017, de 19 de gener (RJ 2017/754), que va reduir els aliments deguts als fills per la presència d'un tercer en l'habitatge familiar copropietat dels progenitors; en aquest cas, s'advertia que «la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, no se plantea desde la medida de uso, sino desde la prestación alimenticia», i que per això no es podia pronunciar en relació amb l'afectació sobre l'ús de l'habitatge derivada de la presència del tercer. Anteriorment, diverses audiències provincials havien dictat resolucions que ja acordaven l'extinció de l'ús arran de la presència del tercer. Per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Madrid (Secció 22a) 519/2018, de 12 de juny (JUR 2018/223603), la SAP de València (Secció 10a) 546/2012, de 18 de juliol (JUR 2012/307999), la SAP de Valladolid (Secció 1a) 217/2012, de 18 de maig (JUR 2012/226812), la SAP de València (Secció 10a) 344/2011, de 9 de maig (JUR 2011/281277), la SAP de Màlaga (Secció 6a) 456/2010, de 21 de setembre (JUR 2011/83336), i la SAP d'Almeria (Secció 1a) 59/2007, de 19 de març (AC 2007/505).

4. S'acull així l'orientació interpretativa acordada en el document *Conclusiones de: «IV Encuentros de Magistrados y Jueces de familia y Asociaciones de Abogados de familia» «VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de familia, Fiscales y Secretarios judiciales», Valencia, 26, 27 y 28 de 2009*, Madrid, Asociación Española de Abogados de Familia, s.d., que precisament basava el seu criteri interpretatiu en la desafectació de l'habitatge arran de la nova convivència amb un tercer respecte de l'ús atribuït inicialment.

necessari per a liquidar la societat de guanys (*sociedad de gananciales*, en castellà), que era el règim econòmic matrimonial que subjectava els progenitors.<sup>5</sup>

La conclusió preliminar és que, ateses les opcions legislatives divergents —omisiva, la del legislador estatal, i reguladora de manera detallada, la del legislador català—, no és anticipable que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), en aplicació de la norma civil catalana, pugui arribar a una conclusió similar a la que es conté en la sentència esmentada del Tribunal Suprem.<sup>6</sup> Ara bé, això no exclou que per altres recorreguts es pugui plantejar una solució davant la situació sorgida que afecti o no el manteniment de la mesura acordada respecte a l'atribució de l'ús de l'habitatge.

El tema presenta un indubtable biaix de gènere, atesa la implicació entre règim de guarda i atribució de l'ús de l'habitatge i atesa també l'estadística relativa a la guarda, la qual en una proporció encara molt superior s'atribueix en exclusiva a la mare.<sup>7</sup> Cal plantejar si és convenient o no una modificació de la regulació del Codi civil de Catalunya en aquest àmbit a fi de reequilibrar els interessos en joc<sup>8</sup> o bé si la regulació actual

5. Anteriorment el Tribunal Suprem (STS 191/2011, de 29 de març, RJ 2011/3021) ja havia resolt l'exclusió inicial de l'atribució de l'ús de l'habitatge en consideració a, entre altres qüestions, la nova relació de parella de qui pretenia l'ús, si bé en un supòsit de guarda compartida. La mare havia adquirit un immoble en copropietat amb la seva nova parella i el Tribunal va entendre que l'article 96 CC no permetia obtenir una mena d'immoble reservat en detriment dels interessos del titular: «[...] como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre, que no debe olvidarse tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC».

6. De fet, recentment el Jutjat Número 7 de Cerdanyola del Vallès, en la Sentència de 21 de març de 2019, ha tingut ocasió de resoldre sobre la matèria i d'al·ludir i separar-se del plantejament jurisprudencial del Tribunal Suprem, precisament fent palès que les legislacions d'aplicació en la matèria són diverses en l'un i l'altre casos.

7. Segons l'última estadística publicada per l'Institut Nacional d'Estadística en la *Nota de premsa* publicada el 24 de setembre de 2018, en un 65% dels casos la guarda s'atribueix en exclusiva a la mare, en un 30,2% és compartida per ambdós progenitors, en un 4,4% s'atribueix en exclusiva al pare i en un 0,4% s'atribueix a institucions o familiars. Aquest biaix ha estat posat en relleu per R. MILÀ RAFEL, «Gènere i dret de família: una lectura de l'habitatge familiar a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16 (2016), p. 143 i seg., tot contraposant la regulació del CCCat a la continguda en el Codi de família.

8. De la mateixa manera que pel que fa als aliments acordats arran de la crisi de parella, matrimonial o no, dels progenitors, s'ha de considerar l'impacte econòmic que aquesta ruptura té, amb l'habitual pèrdua de nivell de vida per als integrants de la família, a fi d'intentar que aquesta minva del benestar econòmic afecti el mínim possible els fills menors i no representi un sacrifici desproporcionat per a uns dels progenitors respecte a l'altre, ambdós igualment subjectes a les obligacions derivades de la potestat parental. Com assenyalava Jordi RIBOT IGUALADA, «Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació paterna», text presentat en les Vintenes Jornades de Dret Català a Tossa: «Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions», organitzades per l'Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la

ja és prou justa malgrat el sacrifici del progenitor titular privat de l'ús, òbviament sigui quin sigui el seu gènere. Abans d'això, cal valorar si, amb la regulació present, la introducció d'un tercer en l'habitatge l'ús del qual s'ha cedit per raó de la guarda dels fills menors ha de plantejar una revisió eventual de la mesura acordada o permet al cònjuge privat de l'ús l'exercici d'alguna acció orientada al seu rescabament econòmic.

## 1. L'ADJECTIVACIÓ D'UN HABITATGE COM A FAMILIAR

Segons el Codi civil de Catalunya, l'habitatge familiar és un bé afectat al servei de la família en el qual es desenvolupa la vida familiar i que és centre de convivència dels seus membres (Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya [STSJC] 50/2012, de 30 de juliol, RJ 2012/10035).<sup>9</sup> I, segons assenyala la doctrina, l'habitatge familiar es caracteritza, entre altres coses, per l'habitualitat o permanència en el seu ús per part de la família i pel fet de satisfer la necessitat de residència habitual.<sup>10</sup> En el nostre cas, la particularitat és que l'habitatge l'ús del qual s'ha cedit a qui no és titular exclusiu passa a ser, per la presència d'un tercer, habitatge de dues famílies independents:<sup>11</sup> el nucli familiar que té el seu origen en la parella que va trencar però que manté una entitat mitjançant, precisament, l'adopció de determinades mesures postruptura, com la cessió de l'habitatge familiar, i la família en projecte o ja consolidada formada per l'excònjuge o cònjuge separat beneficiari de l'ús, els fills tinguts de la unió que s'ha trencat i el tercer que ha constituït la nova parella —estable, matrimonial o ni l'una ni l'altra— amb la persona usuària. Ara bé, convé precisar que la norma catalana només considera el fet familiar si existeix convivència estable en parella o matrimonial, no mera convivència marital (art. 231-1 CCCat). En tot cas i un cop fet l'incís, no es pot afirmar que existeixi una única família, la reconstituïda, formada pel progenitor usuari i els fills i la nova parella, no almenys pel que fa a l'ús de l'habitatge *familiar*, atès que aquest serveix únicament a la família originària i no pas a la nova,

---

Universitat de Girona i celebrades el 20 i 21 de setembre de 2018: «Les normes aplicables han de contenir regles que reequilibrin aquest desavantatge i assoleixin una solució justa tant per al progenitor convivent com per al que contribueix sobretot aportant recursos econòmics» [en premsa].

9. Una aproximació a l'interès familiar passa per confrontar l'interès individual de cadascun dels seus components, l'interès dels grups estratificats (membres de la parella o fills, respectivament) i l'interès de tot el col·lectiu. Vegeu Beatriz VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda», *InDret*, any 2016, núm. 1, p. 8 i 9.

10. Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-20 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 504.

11. La Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques 3888/2009, de 20 de desembre (JUR 2010/25061), va concloure que s'havien de considerar situacions en les quals convisquessin més d'una família en un habitatge.

i és aquesta afecció la que fonamenta la subsistència de la mesura. Aquest és un dels arguments principals en què el Tribunal Suprem basa la seva resolució: la desafecció de l'habitatge a la família a la qual la mesura de l'ús servia i la presència en l'immoble d'un nou nucli familiar. Com hem avançat i com desenvoluparem al llarg del treball, aquesta desafecció no és compatible amb l'ordenament civil català si no és mitjançant la substitució de la mesura per una altra mitjançant un procediment de modificació de mesures i, per tant, l'extinció no s'esdevé com a resultat directe de la introducció del tercer. Així, cal mantenir la subsistència de l'afecció familiar de l'habitatge que va motivar l'adopció de la mesura, malgrat la presència del tercer, sens perjudici de les accions que es puguin emprendre des d'altres aproximacions.

D'altra banda, entorn de la caracterització familiar de l'habitatge cal plantejar si l'afecció d'aquest habitatge en concret a la satisfacció dels aliments dels fills és oportuna<sup>12</sup> o si, com resulta de la flexibilització del règim d'atribució de l'habitatge en les modificacions introduïdes pel llibre segon, aquest habitatge és fungible mitjançant l'adopció d'altres mesures alternatives que no comprometin tan intensament els drets del titular. En efecte, el legislador català, amb la nova regulació sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge arran de l'aprovació del llibre segon, ha avançat en aquesta direcció: té en compte la capacitat econòmica del guardador, preveu el supòsit en el qual l'ús no s'atribueix a qui té la guarda, sinó al cònjuge més necessitat (art. 233-20.4 CCCat), i també considera els supòsits d'exclusió de la mesura (art. 233-21.1 CCCat).

El desequilibri deriva en una situació particularment iniqua per al progenitor privat de l'ús arran de la presència del tercer en l'habitatge l'ús del qual s'ha cedit, sobretot si no està prevista una compensació directa per la privació de l'ús.

Convé palesar, a més, que, amb caràcter general, la ruptura de la parella té un impacte econòmic familiar negatiu, atès que la parella, matrimonial o no, permet una economia d'escala que la ruptura desmunta. Les normes relatives als efectes de la ruptura tendeixen a minimitzar aquest impacte envers els fills menors i a fer que siguin els progenitors els qui l'absorbeixin. Ara bé, el que cal qüestionar és si la protecció dels fills menors ha de conduir a la immobilització de l'habitatge que va ser el familiar fins a la ruptura.<sup>13</sup> Pensem que, fins al moment de la ruptura, els progenitors eren lliures d'alienar, gravar o fer qualsevol altre acte d'administració o disposició sobre l'habitatge sense que calgués cap autorització judicial, en virtut únicament de la seva condició

---

12. Ana Laura CABEZUELO ARENAS, «La necesaria reforma del art. 96 del Código civil», a Carlos LASARTE i María Dolores CERVILLA (dirs.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, València, Tirant lo Blanch, 2018, p. 691 i seg.

13. Beatriz VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados», p. 46, aprecia que la relació familiar que es vol protegir es pot desenvolupar en qualsevol habitatge sempre que estiguin garantides les necessitats habitacionals i afegeix que els menors, per regla general, tenen una gran capacitat d'adaptació a un nou entorn, fet que porta a haver de relativitzar el concepte d'*habitatge familiar* i la rigidesa de la institució.



de titulars del dret que els legitimés a dur a terme l'acte de què es tractés i amb manifestació, si escaigués, de la destinació familiar de l'habitatge. Sens dubte, aquesta alienació també és possible després de la ruptura i malgrat que pesi un ús sobre l'habitatge (art. 233-25 CCCat), però l'operació resta econòmicament migrada per l'existència del gravamen sobre l'immoble. Amb això volem dir que el benestar dels menors no s'ha d'identificar de manera tendencial o preferent amb la seva permanència en l'últim habitatge anterior a la ruptura dels progenitors, sinó que pot haver-hi altres formes més equilibrades per al conjunt dels membres de la família de satisfer la seva necessitat d'habitatge permanent.<sup>14</sup>

## 2. EL FONAMENT I LA CARACTERITZACIÓ DEL DRET D'ÚS DE QUI NO ÉS TITULAR EXCLUSIU DE L'IMMOBLE

La solució que calgui donar a la situació descrita està en gran manera condicionada per la naturalesa del dret que es reconeix a favor del cònjuge usuari i per les facultats que quant a la possessió de l'immoble se li reconeguin i que tot seguit examinarem. Abans d'això, però, cal determinar quin és el fonament del dret atribuït i el nivell d'afectació a una determinada finalitat que exigirà, o no, reconèixer l'impacte jurídic sobre la situació antecedent a la presència sobrevinguda d'un tercer aliè al nucli familiar original i en consideració al qual es va reconèixer el dret d'ús.

D'entrada convé precisar que el titular del dret, en cas que s'adopti la mesura tant per raó de la guarda com per raó de la major necessitat, és el cònjuge, i no els fills menors, si el supòsit és el primer. L'ordenament, tant l'actual com el Codi de família anterior, és clar en aquest punt i defuig la noció d'*habitatge niu* amb ús rotatori o no dels pares.<sup>15</sup> Aquesta precisió fa que algun autor plantegi objeccions a la imputació del valor de l'ús de l'habitatge en els aliments deguts als fills menors, atès que el titular

14. En aquest sentit, s'ha qüestionat el sacrifici econòmic desproporcionat que sovint sofreix un dels progenitors arran de la ruptura i que exigiria replantejar la mesura relativa a l'atribució de l'habitatge a partir de la fungibilització de l'immoble que serveix de llar familiar després de la ruptura i a partir de la ponderació de la capacitat adquisitiva del progenitor que té la guarda. Vegeu Ana Laura CABEZUELO ARENAS, «El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor *versus* aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma», a Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Editorial Reus, 2017, p. 345 i seg.

15. S'hi refereixen expressament la SAP de Barcelona (Secció 18a) 125/2014, de 19 de febrer (JUR 2014/84912), i la SAP de Barcelona (Secció 12a) 476/2013, de 25 de juny (JUR 2013/267431), que remet a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 31/2008, de 5 de setembre (RJ 2009/1449), en la qual es palesa que aquest ús rotatori, resultat de l'atribució al fill i a aquell progenitor amb qui en cada moment convisqui, és una font de conflictes i d'incomoditats per a tots.

de l'un i l'altre drets no és el mateix.<sup>16</sup> Tot i això i atesa la legitimació processal que la mateixa norma confereix al progenitor per a sol·licitar aquests aliments, fins i tot quan els fills ja són majors d'edat, i com que els fills són usuaris materials de l'habitatge,<sup>17</sup> l'objecció es pot obviar fàcilment.

## 2.1. EL FONAMENT ASSISTENCIAL DEL DRET D'ÚS SOBRE L'HABITATGE

El fonament de l'atribució de l'ús de l'habitatge és de caràcter assistencial i, com en altres casos, és una manifestació de la solidaritat privada que alleugereix l'assistència que hauria de correspondre als poders públics en un estat del benestar<sup>18</sup> i que és especialment palesa quant al perllongament de les obligacions existents entre els cònjuges un cop extingida la seva relació matrimonial,<sup>19</sup> que impedeixen un *clean-break*

16. Vegeu en aquest sentit María José SANTOS MORÓN, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3 (juliol-setembre 2014), p. 26.

17. Vegeu Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «Atribución del uso de la vivienda y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma», a Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Menores y crisis de pareja*, p. 320.

18. La tensió entre la solidaritat individual i la col·lectiva és un aspecte clau a l'hora de dissenyar les polítiques socials i familiars dels estats. En el nostre context és clara la tendència cap a una subsidiarietat de l'assistència pública respecte a la familiar o privada; així es palesa de manera ben vistent en la Llei 14/2017, de 20 de juliol, de la renda garantida de ciutadania, que en l'article 7.2d estableix que no tenen dret a la prestació «[l]es persones que no han interposat una reclamació judicial amb relació a una pensió d'aliments o compensatòria a la qual tenen dret però que no perceben, llevat dels casos que es determinin per reglament». Vegeu l'interessant estudi de Floriane MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ i Lextenso, 2016, p. 94 i 95, en el qual proposa superar la relació de subsidiarietat entre ambdues formes de solidaritat i avançar vers un model de complementarietat. La solidaritat col·lectiva es concilia millor amb els principis de *clean-break*, mentre que els drets d'execució continuada, com ara les prestacions alimentàries o el dret d'ús sobre l'habitatge perllongat en el temps a favor de qui no és titular exclusiu, dificulten la seva aplicació. L'opció per una reestructuració econòmica de la família després de la ruptura que passi, per exemple, per la venda de l'habitatge i la redistribució del guany, en lloc de l'atribució o la privació de l'ús de l'immoble durant un període dilatat, pot permetre un resultat més equilibrat i just i tendir a un model d'autosuficiència que no prioritzi els interessos d'un cònjuge als de l'altre.

19. En aquest sentit, Encarna ROCA TRIAS, *Familia y cambio social. De la «casa» a la persona*. Madrid, Civitas, 1999, p. 169 i seg., identifica diverses concepcions del matrimoni i en destaca les següents: la concepció de cooperació per a tota la vida, amb participació en els beneficis generats fins i tot postruptura; la concepció individualista, que permet recuperar les inversions i compensar les pèrdues patrimonials realitzades i experimentades durant el matrimoni; i la concepció asseguradora, que imposa a tots dos cònjuges respecte dels fills o a l'un respecte de l'altre, la garantia de la subsistència després de la ruptura. Segons l'autora, el model espanyol i també el català se situen entre els dos últims models, i aplica l'individualista a les relacions conjugals i l'assegurador als fills. Aquesta aproximació dogmàtica és pertinent a l'hora de ponderar els interessos en conflicte en situacions com la descrita en el cas objecte

orientat a l'autosuficiència econòmica postruptura. Aquesta finalitat assistencial es fa evident, entre d'altres, en l'obligació de prestar aliments prevista per a situacions de necessitat, que inclouen l'habitatge (art. 237-1 CCCat), i en matèria de pactes en previsió d'una futura ruptura de la parella, que exclouen els pactes de renúncia quan «comprometin les necessitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús» o quan, defectivament, s'atribueixi l'ús, en cas de crisi matrimonial, al cònjuge més necessitat. Aquesta finalitat assistencial té ple sentit respecte dels fills menors d'edat, perquè deriva de les obligacions pròpies de la potestat parental (art. 236-17.1 CCCat), i de manera més discutible respecte de l'excònjuge, amb qui, no obstant això, es va formar una comunitat de vida que pot justificar una ponderada solidaritat postconjugual. Ara bé, respecte del tercer que és parella del beneficiari de l'ús i que és introduït en l'habitatge amb el consentiment d'aquest però no de qui és el titular de l'habitatge, el fonament es fa ben difícil de trobar i en realitat la presència d'aquest tercer en l'habitatge familiar es justifica en virtut del lliure desenvolupament de la personalitat de l'usuari, que ha de poder refer la seva vida amb posterioritat a la ruptura que ha motivat l'atribució de l'ús de l'habitatge.

El fonament assistencial del dret no impedeix considerar el valor econòmic de l'ús atribuït i aquest aspecte no és obviat pel legislador, atès que l'atribució —i la correlativa privació per al titular— es pren en consideració com a pagament dels aliments als fills o de la prestació compensatòria.<sup>20</sup> Aquest fonament permet considerar la voluntat de qui assisteix, com s'esdevé en matèria d'aliments segons l'article 237-10.2 CCCat, i el seu sacrifici patrimonial com a elements que cal ponderar a l'hora de concretar l'abast de la mesura assistencial.

Així, doncs, l'ús de l'habitatge serveix a la necessitat exclusiva dels fills menors d'edat i no al desenvolupament lliure de la personalitat del cònjuge que en té la guarda. Els costos o mitjans materials per a la realització d'aquest desenvolupament lliure no han de ser proveïts per l'excònjuge. La dificultat rau en la càrrega de convivència amb els fills menors del progenitor que en té la guarda i que per això té l'ús de l'habi-

---

d'estudi i donar-hi una resposta adequada que no comporti un sacrifici desproporcionat dels interessos d'un dels excònjuges.

20. En aquest sentit, s'assenyala que un dels problemes conceptuals quan s'aplica l'article 96 CC relatiu a l'atribució de l'ús de l'habitatge en procediments de ruptura, és considerar que aquesta atribució és sempre gratuïta fins i tot en els casos en què el bé és de titularitat exclusiva del cònjuge al qual es priva de l'ús. La injustícia del resultat al qual condueix la norma es relaciona amb l'absència d'una compensació econòmica per la privació de l'ús a aquell que és titular i amb l'assumpció generalitzada, però errònia, que la norma planteja la gratuïtat del dret d'ús, que, a més, no es correspon amb la voluntat del legislador si s'analitzen els treballs parlamentaris que figuren entre els antecedents de la norma i que van conduir a la supressió de l'incís inicial incorporat a la norma que preveia compensacions adequades que anirien aparellades a la cessió de l'ús; la supressió va ser motivada per la inseguretat jurídica que una expressió tan oberta hauria comportat, no pas per la voluntat de concebre el dret com una atribució gratuïta (Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «Atribución del uso de la vivienda», p. 306 i seg.).

tatge, i que ha de ser conciliable amb el fet que aquest progenitor pugui refer la seva vida amb una nova parella. Tot i l'afecció que condiciona el destí de l'ús de l'habitatge familiar, al qual tot seguit ens referirem, la confrontació de posicions jurídiques que resulta de l'atribució/privació de l'ús de l'immoble titularitat exclusiva o cotitularitat del subjecte privat no es pot resoldre eficaçment per la via de la imposició d'obligacions de no fer a l'excònjuge usuari —no permetre l'accés de terceres persones a l'habitatge—,<sup>21</sup> sinó que s'ha de solucionar mitjançant una adequada compensació econòmica per la privació de l'ús.

## 2.2. LES FACULTATS DE L'USUARI

El dret de l'usuari de l'habitatge familiar és un dret real d'ús d'origen legal al qual, pel que fa a tot el que no està previst per la regulació específica (art. 233-20 a 233-25 CCCat), s'aplica la regulació sobre els drets d'aquesta naturalesa (art. 562-6 a 562-8 CCCat).<sup>22</sup> En el context de l'ordenament civil estatal sovintegen les aproximacions que, amb caràcter previ, es posicionen sobre el caràcter personal o real del dret familiar a usar l'habitatge del qual no s'és titular, o no en exclusiva, després de la ruptura de la parella.<sup>23</sup> En el context del dret civil català, en canvi, és generalitzada l'assumpció de la naturalesa real del dret reconegut, que es caracteritza com un dret

21. Aquesta va ser la solució adoptada per la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid (Secció 22a) 188/2000, de 5 de maig (JUR 2012/337676), que va dictar una providència per la qual es requeria a l'exesposa que no fes extensiu al seu nou cònjuge l'ús sobre l'habitatge familiar propietat exclusiva del seu excònjuge i, arran de l'incompliment de l'obligació negativa imposada, se la condemnava a indemnitzar el seu excònjuge pels danys i perjudicis causats.

22. Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-20 CCCat», p. 520, posa de manifest la caracterització del dret com a dret d'ús malgrat que la regulació continguda en els articles 233-20 i següents CCCat no utilitzi aquesta terminologia i sembli voler referir-lo a una mera situació possessòria.

23. Vegeu, entre d'altres, María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710 (2008), p. 2522 i seg., Matilde CUENA CASAS, «Régimen jurídico de la vivienda familiar», a Mariano YZQUIERDO TOLSADA i Matilde CUENA CASAS (coords.), *Tratado de derecho de la familia*, t. III, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 275 i seg., o María Dolores CERVILLA GARZÓN, «Su estudio desde la doctrina», a Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Menores y crisis de pareja*, p. 15 i seg. Aquesta última autora es posiciona decididament a favor de la naturalesa personal del dret que té eficàcia real si s'inscriu en el Registre de la Propietat. Especialment expressiva en aquest aspecte es mostra María Dolores CERVILLA GARZÓN, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *InDret*, any 2017, núm. 4, p. 6. Sovint es contraposa la naturalesa familiar del dret al seu caràcter real (Blanca SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, «La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia», a Carlos LASARTE i María Dolores CERVILLA (dirs.), *Ordenación económica del matrimonio*, p. 766), com si un dret familiar hagués necessàriament de revestir naturalesa personal o no pogués sotmetre's a la categorització personal-real i se subjectés a una naturalesa autònoma.

d'ús i la regulació general del qual, com hem dit, es conté en els articles 562-6 a 562-8 CCCat, i també en les disposicions comunes al dret d'ús i d'habitació previstes en els articles 562-1 a 562-4 CCCat. El caràcter real resulta del poder immediat i directe sobre la cosa i de la seva oposabilitat *erga omnes*;<sup>24</sup> s'assenyala, a més, que la previsió, en l'article 562-7 CCCat, d'un dret d'ús que recaigui sobre un habitatge i que porta a qüestionar el sentit de la coexistència amb el dret autònom d'habitació *ex* article 562-9 CCCat, segurament té a veure amb la voluntat de donar cobertura jurídica al dret d'ús reconegut en l'article 233-20 CCCat.<sup>25</sup>

Aquesta regulació, tot i que conté previsions addicionals respecte a la legislació anterior i que ha resolt qüestions ben rellevants, com les relatives a la tinença de l'habitatge per tolerància de tercers (art. 233-21.2 CCCat), a les obligacions per raó de l'habitatge (233-23 CCCat) o al règim de disponibilitat de l'immoble gravat per l'ús (art. 233-25 CCCat), no precisa les facultats que corresponen al titular del dret i que són pressupòsit de l'eventual compensació per la privació de l'ús al titular.

En efecte, quant a l'abast de les facultats de l'usuari, si apliquem, a falta d'una norma especial en matèria d'atribució de l'ús de l'habitatge derivada de la crisi matrimonial, la prevista en l'article 562-4 CCCat, que es troba entre les disposicions comunes dels drets d'ús i habitació, en resulta que l'usuari només pot gravar o alienar el seu dret si hi consent el titular, la qual cosa permetria admetre *a contrario sensu* la cessió parcial en arrendament o, amb més raó, la tolerància de la presència del tercer.<sup>26</sup> En el cas, però, del dret d'ús que examinem, la naturalesa alimentària del dret exclou aquella disponibilitat,<sup>27</sup> encara que, en realitat, el consentiment del titular podria justificar una modificació sobrevinguda del fonament del dret.

24. Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-20 CCCat», p. 520 i seg.

25. Així ho constaten Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6a edició, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 420.

26. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña*, p. 420 i 421, es refereixen a l'omissió de la norma actual sobre la qüestió en relació amb el dret d'ús regulat pel llibre cinquè, que sí que es preveia en la legislació anterior (Llei 13/2000, de 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, d'ús i d'habitació). Els autors resolen l'omissió entenent que l'arrendament total de l'habitatge s'ha d'assimilar a un acte de disposició segons la finalitat raonablement deduïda de la norma i que, per tant, requereix el consentiment del titular, i entenent que per a l'arrendament parcial no serà preceptiu aquest consentiment i, per tant, podrà ser lliurement realitzat per l'usuari. En contra es manifesta Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-20 CCCat», p. 506, en ocasió de l'estudi sobre l'article 233-20 CCCat però amb referència a la contraposició entre el dret d'ús i el dret d'usdefruit: «[...] el dret d'ús només faculta per posseir i utilitzar l'habitatge per atendre les pròpies necessitats i les de les persones que convisquin (art. 562-6 CCCat), de manera que no es pot confondre amb la facultat de gaudi, que és més àmplia i pròpia del dret real d'usdefruit [...]. En aquest sentit, el beneficiari del dret d'ús no pot llogar o cedir a tercers alguna de les peces de l'habitatge i això encara que es pugui considerar sobrerera per a les seves necessitats».

27. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña*, p. 416 i 417, quant a la caracterització del dret real d'ús.

D'altra banda, el dret d'ús de l'habitatge es troba afectat expressament per una disposició legal a la satisfacció del dret d'aliments dels fills i al pagament de la prestació compensatòria. L'article 233-20.1 CCCat estableix que la mesura s'acorda «a fi de satisfer, en la part que escaigui», una o ambdues prestacions, per molt que, si l'atribució resulta de l'acord dels cònjuges i si així es preveu, l'afecció pot no concórrer.<sup>28</sup> Des del nostre punt de vista, aquesta afecció limita les facultats de l'usuari, que, per tant, no és lliure de donar una altra destinació al bé.<sup>29</sup> L'article 562-6 CCCat preveu que l'ús ha de servir per a atendre les necessitats pròpies de l'usuari i les de les persones que hi conviuen, però aquest últim grup de subjectes no s'identifica mitjançant una designació genèrica que pugui concretar voluntàriament l'usuari en cada moment, sinó que es delimita en el moment de la constitució del dret per a referir-la exclusivament als fills menors i, si escau, els majors d'edat econòmicament dependents nascuts de la relació en crisi. És cert que el tercer convivent posseeix l'habitatge per tolerància de l'usuari, però en realitat aquest no té legitimació per a consentir la detenció del bé o, si més no, requereix, així mateix, el consentiment del cònjuge privat de l'ús. Tanmateix i com hem avançat, la solució a la problemàtica sorgida no pot passar per posar l'usuari davant la disjuntiva de veure's privat de l'ús i per extensió, sobretot, privar d'aquest ús també els fills que té sota la seva guarda, o expulsar de l'habitatge la nova parella i no introduir-ne cap fins que hagi finalitzat la guarda. Tampoc pot passar per l'exercici d'una acció de desnonament del titular privat de l'ús contra el convivent, deslligada de la mesura adoptada en el procediment matrimonial.

L'estimació del valor de l'ús de l'habitatge familiar per part del progenitor que no és el titular exclusiu de l'immoble i que no el té per raó de la seva necessitat, sinó per la guarda dels fills, és clau per a ampliar les facultats derivades de la seva legitimació possessòria: l'afecció al compliment de determinades finalitats cediria o es complementaria per la naturalesa onerosa de l'intercanvi.

---

28. Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-20 CCCat», p. 506.

29. Santiago ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, PPU, 1992, p. 234 i 235, descriu la legitimació possessòria del cònjuge no titular arran de l'atribució del dret d'ús que té l'amplitud que correspongui al títol del cònjuge privat de l'ús, però alhora assenyala que aquesta legitimació no es configura simplement com una facultat que es pot exercitar o no potestativament, sinó que està subjecta a una càrrega: «[...] el cónyuge al que se atribuye la vivienda familiar no sólo puede usarla con carácter exclusivo, sino que tiene también el deber de hacerlo y de hacerlo de acuerdo con la finalidad que motivó la atribución: el no uso o el uso de la vivienda familiar que contradiga el interés que se pretende proteger a través del mismo, extinguen la situación posesoria creada y determinan que la posesión de la vivienda se confiera a su titular».

## 2.3. LA VALORACIÓ ECONÒMICA DE L'ÚS ATRIBUÏT

És un fet inqüestionable que el dret d'ús que s'atribueix al progenitor que té la guarda dels fills quan la titularitat d'aquest habitatge correspon del tot o en part a l'altre progenitor, té un valor econòmic<sup>30</sup> i dona lloc a un desplaçament patrimonial. En sentit invers, també és ben cert que l'immoble gravat amb un dret d'ús de llarga durada per raó, per exemple, de la curta edat dels fills sotmesos a guarda, en consideració a la qual s'ha atribuït aquell ús, veu intensament disminuït el seu valor econòmic.

Aquest valor econòmic és tingut en compte pel legislador català —però no, en canvi, pel legislador estatal—<sup>31</sup> en l'article 233-20.7 CCCat respecte de dues institucions: la contribució als aliments deguts als fills arran de la crisi (art. 232-2.4*b* i 233-2.6 CCCat) i el pagament de la prestació compensatòria (art. 232-2.5*b* i 233-17 CCCat). Val a dir que el legislador ho té ben present perquè en un mateix precepte, l'indicat article 233-20 CCCat, ho reitera dos cops: a l'inici, en l'apartat 1, en relació amb una mesura acordada pels cònjuges i causalitzant, tal com ja hem assenyalat, aquest acord, diu que «[e]ls cònjuges poden acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar [...] 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»; i al final, en l'apartat 7, en relació, sembla, amb una mesura ordenada per l'autoritat judicial en defecte d'aquell acord, diu que «[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», ben bé com si tingués recança pel sacrifici econòmic que s'esdevé en aquest cas. En matèria de parella estable es reitera la imputació esmentada en l'article 234-8.3 CCCat, reiteració que fa que sigui supèrflua, per redundant, la remissió expressa de l'article 234-8.4 CCCat a l'article 233-20.7 CCCat. I és que, com s'anuncia en el preàmbul de la Llei, el legislador, en el llibre segon, ha volgut protegir els interessos del cònjuge titular.

30. María Dolores CERVILLA GARZÓN, *La atribución de la vivienda al cónyuge no titular*, Barcelona i Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 155 i seg., posa en relleu que aquesta valoració econòmica és la qüestió nuclear en matèria d'atribució de l'ús de l'habitatge i que la desposseïció del titular exigeix una compensació econòmica o indirecta.

31. La doctrina s'ha referit a la conveniència d'una reforma a fons de l'article 96 CC, que es qualifica de precepte ambigu i obsolet, amb particular insistència en la necessitat d'introduir paràmetres de compensació del cònjuge privat de l'ús. Vegeu Matilde CUENA CASAS, «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 2 (abril-juny 2016), p. 10 i seg.; Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «Atribución del uso de la vivienda», p. 315 i seg., o Ana Laura CABEZUELO ARENAS, «La necesaria reforma del art. 96», p. 685 i 686. De manera més concreta, vegeu la proposta de ponderació del valor de l'ús a l'efecte de la liquidació del règim econòmic de *gananciales* a María Ángeles VELÁZQUEZ MARTÍN, «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», *Actualidad Civil*, any 2002, núm. 1, p. 343 i seg.

Alhora, el Codi civil de Catalunya ha flexibilitzat el règim anterior quant a l'atribució de l'ús de l'habitatge, no en la formulació general pel que fa als criteris d'atribució, sinó amb la previsió de substitució o commutació de la mesura, autoritzada en l'apartat 4 de l'article 233-20 CCCat, i amb els supòsits d'exclusió considerats en l'article 233-21 CCCat.<sup>32</sup>

Tanmateix, l'estimació econòmica del dret d'ús que fa el legislador resulta insuficient pel fet que es limita a reconèixer aquest ús com a mitjà de pagament en espècie d'altres drets, però omet la possibilitat del jutge d'assignar una valoració econòmica en forma de renda forçosa per a l'usuari en la part que no es pot resoldre mitjançant aquella imputació —justament la del valor del gaudi del cònjuge no titular o no titular exclusiu que es beneficia de l'ús per raó de la guarda.

Aquesta opció sí que ha estat considerada per altres ordenaments: per exemple, l'article 12.7 de la Llei 7/2015, del País Basc, de 30 de juny, de relacions familiars en supòsits de separació o ruptura dels progenitors, estableix que en el cas que s'atribueixi l'habitatge a un dels progenitors, si aquest és privatiu de l'altre o comú de tots dos, s'ha de fixar una compensació per la pèrdua de l'ús a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatari, tenint en compte les rendes pagades pel lloguer d'habitatges similars i la capacitat econòmica dels membres de la parella. Contenia una norma amb un contingut similar l'article 6.1 de la Llei de la Generalitat Valenciana 5/2011, d'1 d'abril, de relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen, que va ser declarada inconstitucional per raons competencials per la Sentència del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de novembre (RTC 2016/192). Ambdues normes preveuen una compensació directa per la minva patrimonial que pateix el cònjuge privat de l'ús, si bé la crítica que s'ha fet a aquest plantejament legislatiu, que d'entrada es considera escaient, és la imperativitat amb què s'enuncia la figura, més intensa en el cas de la legislació valenciana derogada<sup>33</sup> que en la basca, atès que aquesta última almenys introdueix la ponderació de la renda que s'ha de satisfer en funció de la capacitat econòmica dels membres de la parella.<sup>34</sup> En aquest sentit, sembla més en-

32. Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-20 CCCat», p. 504, posa de manifest que la regulació anterior, massa rígida, impedia tota correcció dels criteris generals i, per tant, «comportava el risc que es produís un sacrifici desproporcionat dels interessos en conflicte».

33. José Ramón de VERDA BEAMONTE, «Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia», *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, núm. 8299 (2014), p. 14, advertia, segons el que resultava de l'experiència jurisprudencial en l'aplicació de la norma, que es tractava d'una mesura rogada que s'havia de plantejar en el primer procediment de ruptura, no en la modificació de les mesures, i que la pretensió s'havia d'acompanyar del corresponent peritatge o prova del preu mitjà dels lloguers de la zona.

34. Tot i així, respecte de la regulació basca s'observa que la compensació es preveu de manera indistinta tant si l'ús s'ha atribuït per raó de la guarda com si ho ha estat per raó de la major necessitat de l'usuari. Es qüestiona si té sentit una compensació en aquest últim cas. La norma tampoc no resol el supòsit en el qual es faci la distribució de l'habitatge per torns i la titularitat correspongui només a un dels progeni-



certada la formulació de la norma continguda en el Codi civil francès (art. 255, 262-1 i 285-1), que permet al jutge, en matèria de mesures provisionals, atribuir a un dels membres de la parella el gaudi de l'habitatge o compartir entre ambdós aquest gaudi, amb indicació del seu caràcter gratuït o no i de l'acord eventual dels cònjuges sobre l'import d'una indemnització per l'ocupació, i en matèria de mesures definitives, establir un arrendament forçós, previst únicament, però, per al cas que el cònjuge privat de l'ús sigui titular exclusiu de l'habitatge.

### 3. ELS CRITERIS D'ATRIBUCIÓ DE L'HABITATGE EN CAS DE CRISI DE LA PARELLA

L'atribució de l'ús de l'habitatge a un dels cònjuges no és una mesura necessària en un procediment de ruptura matrimonial, sinó només una mesura eventual (art. 233-2.5*b* i 233-4.2 CCCat). El que és preceptiu és l'establiment de les mesures relatives a la fixació dels aliments dels fills menors (art. 233-2.4*b* i 233-4.1 CCCat) i, alhora, també la previsió en el pla de parentalitat, la presentació i l'aprovació del qual també constitueixen una mesura necessària (art. 233-2.4*a* CCCat), del lloc o els llocs on viuran els fills habitualment (art. 233-9.2*a* CCCat). En conseqüència, la solució defectiva, a falta de l'adopció de la mesura, és que l'ús correspongui al titular o, en cas de cotitularitat, que es procedeixi a l'extinció de la comunitat *ex* article 552-10 CCCat.

En aquest apartat ens referirem breument als criteris previstos per la Llei si efectivament s'adopta la mesura de l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge. Aquest apunt es fa només per a contextualitzar el nostre estudi, centrat pròpiament en la repercussió de la introducció d'un tercer sobre el dret d'ús atribuït per raó de la guarda a qui no és titular de l'immoble o no ho és en exclusiva, i orientat a la protecció que l'ordenament dispensa al titular privat de l'ús.

#### 3.1. GUARDA DELS FILLS I ATRIBUCIÓ DE L'HABITATGE: L'INTERÈS PRIORITARI DELS FILLS MENORS

L'article 233-20.2 CCCat estableix que, a falta d'acord entre els cònjuges aprovat judicialment, l'ús s'ha d'atribuir preferentment al progenitor que tingui la guarda dels fills menors. La preferència respon a un criteri apriorístic segons el qual el que convé a l'interès dels menors i que ha d'orientar l'adopció de qualsevol mesura que els afecti

---

tors: escaurà en aquest cas igualment l'establiment d'una compensació? Vegeu Ana SEISDEDOS MUIÑO, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis (novembre 2015), p. 159.

(art. 211-6.1 CCCat), és romandre en l'habitatge que era el familiar abans de la ruptura. L'assimilació del tractament entre els fills menors i els fills amb la capacitat d'obrar modificada judicialment que depenguin econòmicament dels progenitors, no es preveu expressament en la norma catalana relativa a l'atribució de l'habitatge, que es refereix a «fills comuns sota la guarda» —entre els quals podríem considerar inclosos els fills majors d'edat sotmesos a potestat prorrogada o a tutela— o a «fills menors», però s'ha de desprendre de l'article 233-2.2 CCCat, que exigeix que en ambdós casos, fills menors i fills amb la capacitat d'obrar modificada judicialment, la proposta de mesures s'ha de sotmetre a l'aprovació judicial. En matèria del procediment contenciós de ruptura, l'article 233-3.1 CCCat només fa referència a l'interès dels fills menors.

D'altra banda, com s'esdevé respecte d'altres institucions familiars, la crisi de parella dels progenitors i el seu desacord donen lloc a una protecció reforçada dels fills menors, almenys quant a la seva adscripció a un habitatge concret, respecte de la situació en què es trobarien si aquesta crisi no s'hagués esdevingut, supòsit en el qual els progenitors podrien alienar lliurement l'habitatge i decidir, també lliurement, el canvi de residència dels menors.

El que es pot qüestionar, tal com hem avançat i com la norma catalana permet a partir de la previsió d'un sistema flexible, és si aquell interès no pot quedar igualment protegit mitjançant altres solucions que no passin pel sacrifici excessiu del dret del titular, a qui inevitablement s'empobreix. Aquest empobriment, tot i el criteri preferent d'atribució de l'ús al progenitor que té la guarda dels menors, ha de tenir un límit. El patrimoni és un recurs per a obtenir liquiditat i, atesa l'obligació legal del progenitor de prestar aliments als fills —fixem-nos que aquesta sí que és, a diferència de l'atribució de l'ús, una mesura que necessàriament s'ha d'acordar arran de la crisi (art. 233-2 i 233-4 CCCat)—, inutilitzar aquest recurs pot significar un perjudici per als menors als quals es vol protegir. En relació amb la presència del tercer, aquesta presència no pot comportar l'expulsió dels menors de l'habitatge familiar, però sí que ha de permetre la revisió de la situació i el plantejament de mesures alternatives amb audiència, si escau, dels menors afectats (art. 211-6.2 CCCat).

En cas de guarda exclusiva a càrrec d'un progenitor, l'atribució de l'ús a aquest s'estén per tota la durada de la guarda i, per tant, la jurisprudència considera que no escau la fixació d'un termini,<sup>35</sup> que sí que s'avé a fixar si la guarda és compartida i aleshores l'atribució es fa per raó de la major necessitat d'un dels cònjuges.<sup>36</sup> Això no és incompatible amb la revisió ulterior de la mesura si sobrevé un canvi de circumstàncies.

---

35. STSJC 29/2018, de 19 de març (RJ 2018/2841).

36. STSJC 88/2016, de 3 de novembre (RJ 2016/6428).

## 3.2. MAJOR NECESSITAT D'UN DELS CÒNJUGES I ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE

Com hem indicat, el nostre ordenament civil considera la solidaritat postconjugual, que es manifesta, entre d'altres, en l'eventualitat que el titular de l'habitatge familiar es vegi temporalment privat del seu ús en benefici del cònjuge més necessitat després de la ruptura (art. 233-20.3 CCCat). Aquesta privació de les facultats del titular comporta una excepció<sup>37</sup> i per això exigeix una valoració de la capacitat econòmica respectiva i, indefectiblement, l'establiment d'un termini (art. 233-20.5 CCCat) de durada d'aquesta privació. Es troba a faltar, potser, l'expressió d'una norma general que assenyali que si no hi ha fills menors, no escau l'atribució de l'ús i, per tant, aquest ús correspon al titular, i que a continuació reculli situacions excepcionals en les quals, per raó de la necessitat d'un dels cònjuges, es pot fer adoptar la mesura durant un temps limitat. Tal com es presenta la regulació, l'atribució és la norma (art. 231-20 CCCat) i l'exclusió de l'atribució és l'excepció (art. 231-21 CCCat).

En tot cas, la norma no restringeix aquesta mesura en els casos en què no hi hagi fills menors, sinó que l'estén a supòsits en els quals s'estableixi sobre els fills menors una guarda compartida o, en cas que sigui exclusiva, es prevegi la subsistència de la necessitat del cònjuge més enllà de l'extinció de la guarda.

Pel que fa al supòsit mixt previst en l'article 233-20.3c CCCat, en el qual el cònjuge usuari té la guarda exclusiva dels fills però se li atribueix per raó de la seva major necessitat perquè es preveu que aquesta necessitat es perllongarà més enllà de la majoritat dels fills, convé fer alguna precisió pel que fa al règim jurídic aplicable. En efecte, malgrat que la literalitat del precepte sistematitza aquest supòsit en la categoria d'ús per raó de la major necessitat del cònjuge, cal considerar que fins a la finalització de la guarda el règim aplicable serà el que correspongui a l'atribució per raó de la guarda i, per tant, no s'aplicaran les previsions sobre l'extinció del dret d'ús previstes per al cas d'ús per raó de la major necessitat del cònjuge, entre elles l'extinció per matrimoni o convivència marital amb un tercer, fins que s'hagi extingit la guarda dels fills; la causa s'aplicarà, doncs, un cop assolida la majoria d'edat dels fills dels quals el cònjuge usuari té la guarda.

37. Pensem, a més, que els indicatius demogràfics posen en relleu la tendència a un aparellament selectiu, manifestat, entre d'altres, en l'homogeneïtat econòmica. Pau SALVADOR CODERCH i Laura ALASCIO CARRASCO, «Comentari a l'art. 211-1 del CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 64 i seg., en la seva aproximació al fet familiar assenyalen que els integrants d'una parella «són creixentment similars en educació i ingressos».

### 3.3. L'EXCLUSIÓ I LA COMMUTACIÓ DE LA MESURA RELATIVA A L'ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE

L'article 233-21.1 CCCat preveu dos supòsits d'exclusió de l'atribució de l'ús de l'habitatge que necessàriament es refereixen a supòsits de ruptura contenciosa en els quals es compleix algun dels pressupòsits per a adoptar la mesura i per això la norma els estableix a partir de la petició d'una part («a instància d'un dels cònjuges pot excloure»); altrament, la mesura ja no es conté en la proposta de conveni regulador sotmès a aprovació judicial i el jutge només s'ha d'assegurar que la descripció en el pla de parentalitat del lloc o els llocs on hagin de viure els fills menors (art. 233-9.2a CCCat) permet concloure que la seva necessitat d'habitatge està coberta adequadament.

Juntament amb els supòsits d'exclusió, la norma introdueix en l'article 233-20.4 CCCat un supòsit d'atribució de l'ús de l'habitatge al cònjuge que no té la guarda en consideració a la seva major necessitat.

El supòsit d'atribució al cònjuge que no té la guarda i el supòsit *a* d'exclusió tenen en comú que el cònjuge que té la guarda exclusiva té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills: en el primer cas, el cònjuge que té la guarda és titular o cotitular de l'habitatge i cedeix l'ús a l'altre cònjuge per raó de la seva major necessitat; en el segon, el cònjuge titular és qui no té la guarda i qui la té disposa de mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills i, per tant, la seva situació no justifica privar el titular de l'ús.

La norma regula, a més, un segon cas d'exclusió, previst per l'article 233-21b CCCat, que es relaciona no amb la capacitat econòmica del guardador, sinó amb la del titular de l'habitatge, que hauria de cedir-ne l'ús pel fet que es compleix algun dels pressupòsits de l'article 231-20 CCCat i això dona lloc a la commutació de la mesura per una prestació alimentària a favor dels fills i, si escau, una pensió compensatòria a favor del cònjuge, que substitueixi/n l'atribució de l'ús.<sup>38</sup>

Per descomptat, malgrat que aquest sigui l'esquema i que les variables principalment considerades en l'un i l'altre casos siguin la capacitat econòmica del titular no guardador o la del guardador no titular, en el supòsit de l'apartat *a* de l'article 233-21 CCCat —en el qual només es pren en consideració la capacitat econòmica del guardador— també caldrà considerar la capacitat econòmica del cònjuge titular no guardador a fi de ponderar la seva obligació alimentària envers els fills.

---

38. Santiago ESPIAU ESPIAU, «El règim jurídic de l'habitatge familiar en situacions de crisi matrimonial», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 14 (2014), p. 14, nota núm. 10. La jurisprudència també s'ha ocupat de distingir els diferents supòsits i de connectar-los amb la finalitat del legislador de flexibilitzar el règim de l'habitatge familiar en cas de ruptura. Vegeu les sentències del TSJC 25/2018, de 15 de març (2018/2537), 13/2018, de 8 de febrer (RJ 2018/3896), i 7/2017, de 16 de febrer (RJ 2017/1600).

Tots tres supòsits responen a l'esmentada desvinculació d'un habitatge concret a la satisfacció de les necessitats d'habitatge dels fills menors o del cònjuge econòmicament més feble.

#### 4. LA INTRODUCCIÓ DEL TERCER CONVIVENT EN PARELLA ESTABLE AMB EL PROGENITOR USUARI DE L'HABITATGE

Abans de determinar l'impacte que la presència del tercer que conviu en parella estable amb el progenitor usuari de l'habitatge té en la mesura relativa a l'ús, cal considerar quina és la seva situació possessòria respecte de l'habitatge i si té algun deure legal de contribuir a les despeses que generi aquest habitatge mentre duri aquesta ocupació.

##### 4.1. LA SITUACIÓ POSSESSÒRIA DEL CONVIVENT SOBRE L'HABITATGE FAMILIAR

El tercer que contreu matrimoni o que manté convivència marital amb el progenitor usuari de l'habitatge —no necessàriament en règim de parella estable si no s'ha complert cap dels pressupòsits previstos en l'article 234-1 CCCat—, ocupa l'habitatge com a mer detentor i, per tant, en precari *ex* article 521-1.2 CCCat. És qüestionable si la legitimació possessòria de l'usuari no titular o no titular exclusiu permet consentir aquesta detenció. I aquesta conclusió es fa extensible a qualsevol que entri a conviure en l'habitatge, sigui o no sigui per a iniciar una relació de parella amb la persona usuària. Tanmateix, els supòsits aïllats en què s'ha intentat una acció de desnonament contra el convivent no han tingut èxit.

En tot cas i aquí sense dubtes, el fet que el convivent no tingui un títol possessori propi i autònom respecte del progenitor usuari, lligat al caràcter personalíssim del dret d'ús, porta a concloure que si s'esdevé el supòsit considerat en l'article 236-15.2 CCCat per mort del progenitor que té la guarda exclusiva dels fills menors i aquesta guarda, en interès d'aquests, s'atribueix judicialment al nou cònjuge o convivent —no progenitor—, el dret d'ús que es va atribuir per raó de la guarda al progenitor que ha mort s'extingeix.<sup>39</sup> I això sens perjudici que el progenitor que sobreviu estigui obligat, en virtut del deure d'aliments *ex* article 236-17.1 CCCat en relació amb l'article 237-1 CCCat, a cobrir la necessitat d'habitatge permanent, en aquest

---

39. Aquest és també el parer de Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'art. 233-20 CCCat», p. 531, que desvincula la solució triada del fet que el dret no s'extingeixi per matrimoni o per convivència marital del cònjuge beneficiari amb una altra persona en cas d'atribució del dret d'ús per raó de la guarda dels fills.

cas ben previsiblement, mitjançant l'increment de la pensió alimentària<sup>40</sup> *ex* article 233-21.1*b* CCCat, precepte previst per a un supòsit d'exclusió inicial però que resulta perfectament aplicable a un supòsit de modificació de mesures.

#### 4.2. FAMÍLIA RECONSTITUÏDA I RÈGIM DE CONTRIBUTIÓ A LES DESPESES FAMILIARS

És ben sabut que el Codi civil de Catalunya va voler ampliar el concepte de *família* considerat per la legislació anterior a fi d'incloure-hi grups heterogenis a partir de projectes de vida diversos, i això inclou tant les relacions familiars basades en formes de convivència no matrimonial, com les monoparentals i les reconstituïdes (art. 231-1.2 CCCat). Tanmateix, aquest reconeixement no comporta un tractament legal homogeni. Pel que fa a la reconstitució o composició de famílies a partir d'altres nuclis familiars preexistents, la regulació s'orienta a reconèixer el fet familiar i, alhora, a atribuir certes facultats al cònjuge o convivent en relació amb la presa de decisions sobre els fills de la parella en assumptes relatius a la seva vida quotidiana i també en situacions de risc imminent per als menors (art. 236-14 CCCat). No aborda, en canvi i intencionadament, cap aspecte econòmic primari, destacadament en matèria de contribució a les despeses familiars. Així, mentre que els parents que conviuen amb la família de base matrimonial tenen l'obligació de contribuir a les despeses familiars en la mesura de les seves possibilitats i en funció de les despeses que generin (art. 231-6.3 CCCat), la nova parella de l'usuari de l'habitatge només ha de contribuir a les despeses familiars en el cas que contregui matrimoni amb l'usuari, i no en cap altre cas; sorprenentment, aquells parents no han de contribuir si la parella considerada és una parella estable i, per tant, no matrimonial.

40. Des del punt de vista de l'adequada protecció econòmica dels fills menors d'edat, resultaria impropriedat l'extinció de l'ús de l'habitatge sense una previsió correlativa sobre la manera i els mitjans amb què passarà a satisfer-se la necessitat d'habitatge dels fills menors a partir d'aleshores. En aquest sentit, resulten un xic desconcertants, fins i tot en el context de la regulació imprecisa del CC, els pronunciaments que, per raó de la introducció d'un tercer en l'habitatge, no només resolen l'extinció de l'ús sobre aquest habitatge, sinó que redueixen la pensió d'aliments que a favor dels fills se satisfia fins aleshores, sense que això es relacioni amb un increment manifestament substancial dels recursos econòmics del progenitor que fins aleshores gaudia d'aquell ús. Així ho estima la SAP d'Almeria (Secció 1a) 59/2007, de 19 de març (AC 2007/505), i és objecte de crítica per la doctrina. Vegeu el comentari a aquesta Sentència d'Ana Laura CABEZUELO ARENAS, «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por la convivencia extramatrimonial con tercero», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 21 (2008), p. 7. Per contra i de manera més ben enfocada, la STS 671/2012, de 5 de novembre (RJ 2012/10135), resol que no escau atribuir l'habitatge a la mare atès que aquesta ha adquirit un nou habitatge i les necessitats de la filla estan cobertes adequadament, i que la recuperació de l'ús per part de l'altre progenitor li permetrà satisfer una pensió alimentària més elevada.

Tot i que puntualment la jurisprudència s'ha referit de passada al deure del tercer introduït en l'habitatge l'ús del qual s'ha cedit, de contribuir a les despeses familiars,<sup>41</sup> en realitat ho ha fet a l'efecte no de declarar l'existència d'aquesta obligació, sinó com a argument per a reduir l'abast de l'obligació d'aliments del progenitor titular privat de l'ús o per a decidir l'atribució de l'ús de l'habitatge al cònjuge més necessitat en cas de guarda compartida. Puntualment, a més, el fet que la qüestió hagi estat tractada de manera tan tangencial ha donat lloc a afirmacions errònies com que el convivent amb un dels progenitors té el deure de contribuir a les despeses familiars,<sup>42</sup> però aquesta obligació, com s'ha assenyalat, no existeix en matèria de relació entre convivents en parella, els quals en aquest aspecte s'han de regir exclusivament pels pactes assolits, tant si la convivència ha donat lloc a una relació de parella estable com si no ha estat així.

Realment, convé revisar la gratuïtat total amb la qual el tercer convivent pot ocupar l'habitatge i gaudir dels subministraments quan aquest gaudi no és a costa de l'altre convivent, sinó d'un tercer. Aquesta és la raó de ser de la norma que fa contribuir els parents i potser des d'aquest punt de vista es podria argumentar que el seu deure de contribució no es fonamenta en la relació de parella amb l'usuari, sinó en la despesa que genera com a ocupant de l'habitatge.

## 5. LA CAUSALITAT DISCRIMINADA DE L'EXTINCIÓ DEL DRET D'ÚS

El doble fonament de l'atribució de l'ús funciona com a pressupòsit del règim d'extinció de la mesura, cosa que deixa l'autonomia de la voluntat a banda, que permetria pactar la no extinció en algun o alguns dels supòsits tipificats. Així, si el fonament de la mesura és l'atribució de la guarda exclusiva a un dels progenitors, l'ús s'extingeix amb l'acabament de la guarda. Si el fonament de la mesura és la necessitat del cònjuge usuari, l'ús s'extingeix si se sol·licita mitjançant un procediment de modificació de mesures i concorre qualsevol de les causes següents: millora de la situació econòmica del beneficiari de l'ús o empitjorament de la situació econòmica del cònjuge privat d'aquest ús; matrimoni o convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús

41. STS 33/2017, de 19 de gener (RJ 2017/754): «[...] son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe *contribuir* a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de alimentos, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación».

42. Així, la SAP de Barcelona (Secció 12a) 476/2013, de 25 de juny (JUR 2013/267431): «La madre vive con una nueva pareja, con quien ha tenido un nuevo hijo. Eso significa, como alega el apelante, que su capacidad para procurarse una vivienda ha aumentado, pues el nuevo compañero tiene la obligación de contribuir a satisfacer la necesidad de vivienda familiar, según el artículo 231-6 CCC».

amb una altra persona; mort del cònjuge beneficiari de l'ús; venciment del termini per al qual es va establir o de la seva pròrroga; comú acord entre els cònjuges o renúncia del beneficiari.<sup>43</sup>

### 5.1. FONAMENT DE L'ATRIBUCIÓ I CAUSA D'EXTINCIÓ DE L'ÚS

Aquesta estructura clara i orientada a la protecció diferenciada dels interessos dels fills menors i dels interessos del cònjuge és el principal escull per a acollir un resultat similar al que acorda la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 20 de novembre de 2018 i que porta aquest Tribunal a extingir el dret d'ús per raó de la guarda arran de la introducció d'un tercer en convivència marital amb el progenitor que té la guarda. A fi d'arribar a aquest resultat, tampoc no serveix el recurs a la norma extintiva en matèria de prestació compensatòria per vida marital o matrimoni del creditor (art. 233-19b CCCat), atès que aquesta norma i el sistema que conforma són plenament coherents amb la norma que extingeix l'ús atribuït per necessitat del cònjuge en aquests mateixos supòsits i, no en canvi, si aquests supòsits s'esdevenen quan l'ús s'ha atribuït per raó de la guarda; en aquest últim cas, l'interès protegit és el del fill i, volgutament, aquest interès no se sacrifica per la introducció d'un tercer en l'habitatge.

La raó per la qual l'ordenament planteja una regulació discriminada dels supòsits d'extinció del dret d'ús en cas de convivència marital amb un tercer es relaciona amb l'interès superior del menor. La norma és coherent amb el plantejament que es fa quant a l'atribució de l'ús i que estableix un criteri preferent, si bé subsidiari de l'acord aprovat judicialment, d'afavorir amb aquesta atribució el progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta.

L'aproximació que es fa a la situació plantejada parteix de contraposar l'interès dels menors en cas que es privi de l'ús de l'habitatge el progenitor que en té la guarda i l'interès del progenitor privat d'aquest ús; la primacia del primer interès i el sacrifici del segon condueixen a un resultat en funció del qual el cònjuge titular privat de l'ús

---

43. La jurisprudència ha tingut ocasió de destacar les diferències entre l'un i l'altre supòsits d'extinció. Sobre el particular, les sentències del TSJC 57/2018, de 21 de juny (RJ 2018/6122), i 42/2017, de 9 d'octubre (RJ 2017/5687), estableixen que, com que és un termini cert i determinat el que extingeix l'atribució per raó de la guarda, aquesta extinció s'esdevé invariablement amb la finalització de la guarda, malgrat que subsisteixi la dependència econòmica dels fills; en aquest sentit, la possibilitat de pròrroga només es preveu per al supòsit d'ús per raó de major necessitat d'un dels cònjuges. En coherència amb aquest criteri, l'extinció de la guarda per mort del progenitor que la tenia atribuïda en un cas de fill amb la capacitat d'obrar modificada judicialment, determina l'extinció del dret d'ús atribuït per raó de la guarda, que, per tant, no es manté en la tutora designada, la germana de la mare que ha mort, sens perjudici de la substitució de la mesura extingida per una contribució pecuniària que cobreixi les despeses d'habitació del fill. Vegeu la STJSC 7/2019, de 7 de febrer (RJ 2019/970).



ha de suportar, a més d'aquesta privació, la presència d'un tercer que viu sense pagar cap renda en l'habitatge de la seva propietat.

És ben cert que la consideració concreta de l'interès del menor per a privar de facultats els titulars de drets reals sobre l'habitatge en el qual resideixen no afecta només el progenitor titular privat de l'ús, sinó també altres subjectes com els titulars de drets d'hipoteca si es compleixen determinades condicions que impedeixen provisionalment el llançament de l'immoble després del procediment d'execució hipotecària.<sup>44</sup>

Així, la implicació del règim de guarda sobre la mesura relativa a l'atribució de l'ús de l'habitatge condiona el règim que escaigui aplicar a aquest ús i, en particular, a les causes d'extinció del dret, però convé palesar un lleu desencaixament entre fonament d'atribució i causes extintives del dret d'ús. Fixeu-vos que la norma sobre atribució restringeix el fonament vinculat a la guarda només als casos de guarda exclusiva (art. 233-20.2 CCCat). Si la guarda és compartida, el fonament de l'atribució de l'ús passa a ser la necessitat del cònjuge usuari (art. 233-20.3a CCCat). Per tant, un cop revisada la mesura relativa a la guarda dels fills menors, si abans era exclusiva a càrrec del progenitor usuari i ara és compartida per ambdós progenitors, l'atribució de l'ús de l'habitatge a favor d'un dels progenitors canvia de fonament i passa a ser-ho la seva major necessitat. Això és el que resulta del text de la norma i de la doctrina jurisprudencial arran de la seva aplicació.<sup>45</sup> El canvi de règim afecta principalment dues qüestions relatives a l'extinció del dret: d'una banda, la finalització de la guarda dels fills menors no implica l'extinció del dret d'ús atribuït per raó de la major necessitat d'un dels cònjuges i eventualment, en funció de l'aplicació dels criteris per a la valoració de la capacitat econòmica respectiva, escau demanar una pròrroga de la mesura (art. 233-24.2d CCCat); de l'altra, el matrimoni o la convivència marital del cònjuge

44. LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, «El interés del menor de edad ante el desahucio de su vivienda habitual», a GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Menores y crisis de pareja*, p. 170 i seg., sobre la suspensió del llançament, que ha estat molt criticada per alguns autors, com ÀNGEL CARRASCO PERERA, «Hipotecas sin desahucio», a INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA i MIGUEL OLMEDO CARDENETE (dirs.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, València, Tirant lo Blanch, 2014, p. 106, pel fet d'entendre que comporta un supòsit d'expropiació del dret del titular de la hipoteca per una causa d'interès social sense obtenció d'un preu just.

45. Vegeu la Interlocutòria del TSJC 20/2019, de 21 de febrer, fonament jurídic segon, que examina la doctrina jurisprudencial a l'efecte de concloure que en el recurs interposat no concorre interès cassacional i que estableix que «como quiera que modifica el régimen de guarda establecido por la sentencia de primera instancia (se sustituye el régimen de guarda a cargo de la madre por otro de guarda compartida), era inexcusable dejar sin efecto la atribución del uso al progenitor único ejerciente de la guarda fundada en el apartado 2 del artículo 233-20 CCCat —pretensión sostenida por la demandante en ambas instancias a los efectos del artículo 233-4.2 CCCat— y efectuar una nueva atribución ajustada al apartado 3a de ese mismo artículo, lo que llevó a cabo el tribunal “manteniendo” el derecho de uso en favor de la demandante aunque ahora por considerarla más necesitada que el otro progenitor, si bien fijando un límite temporal —tres años— tal como preceptúa el apartado 5 del repetido artículo».

amb un tercer comporta l'extinció del dret d'ús (art. 233-24.2b CCCat). No obstant això, s'ha assenyalat<sup>46</sup> que aquesta darrera conclusió no resulta admissible perquè comporta una discriminació dels fills en règim de guarda compartida respecte als fills en règim de guarda exclusiva i, per tant, vulnera l'article 39 de la Constitució espanyola.

Així mateix i quant a l'ús atribuït per raó de la guarda, s'ha objectat que aquest, segons la previsió legal, no és prorrogable en cas que, assolida la majoria d'edat dels fills i, per tant, extingida la guarda, aquests mantinguin una situació de dependència econòmica. Tanmateix, la interpretació jurisprudencial de la norma no l'ha matisada, sinó al contrari. En efecte, s'ha considerat no emparada en la llei l'extensió temporal de l'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la guarda de la filla menor fins a la independència econòmica d'aquesta.<sup>47</sup> Aquesta extensió només és possible si els cònjuges han pactat que l'ús es prolongui fins a la independència econòmica dels fills.

S'entén que la voluntat del legislador és situar els progenitors en un pla d'igualtat un cop assolida la majoria d'edat dels fills i no sobrecarregar injustament un d'ells amb una identificació no necessària entre satisfacció d'aquests aliments i un immoble concret que resti vinculat indefinidament al compliment d'unes o altres obligacions.

Així, no compartim la solució a aquesta eventualitat mitjançant la variació del fonament de l'atribució en el moment de l'extinció de l'ús per raó de la guarda i, a fi de perllongar-lo a partir d'aquell moment i *ex novo*, per raó de la major necessitat de l'excònjuge però amb recurs a l'expedient de la pròrroga.<sup>48</sup> Aquesta possibilitat és admesa expressament pel legislador en l'article 233-20c CCCat, però només en relació amb el moment inicial en què s'adopta la mesura —fins i tot amb valoració d'una necessitat previsible però perllongada respecte a l'actual: «[...] si [...] és previsible que la necessitat del cònjuge es perllongui després d'arribar els fills a la majoria d'edat»—, no en el moment de la seva extinció o modificació. Tal com succeeix en relació amb la prestació compensatòria *ex* article 233-18 CCCat, les mesures que afavoreixen el cònjuge no poden ser objecte d'ampliació o extensió sobrevinguda en consideració a circumstàncies que no concorrien en el moment de la seva adopció; la solidaritat postconjugal es relaciona amb el desequilibri i la vulnerabilitat existents en el moment de la ruptura, que són els factors que la justifiquen.

46. Joaquim BAYO DELGADO, «Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 364.

47. Vegeu la STSJ 57/2018, de 21 de juny (RJ 2018/6122), i la STSJ 44/2017, de 9 d'octubre (RJ 2017/5514).

48. Santiago ESPIAU ESPIAU, «El règim jurídic de l'habitatge familiar», p. 16, planteja la possibilitat de sol·licitar una pròrroga sobre l'ús un cop arribada la majoria d'edat dels fills i basada en la situació de necessitat del cònjuge, i no en l'efectiva dependència econòmica dels fills ja majors d'edat que conviu amb ell.

Es podria valorar si, atesa la legitimació processal, certament excepcional, reconeguda per l'article 233-4.1 CCCat<sup>49</sup> a un dels progenitors respecte a la reclamació d'aliments per als fills majors d'edat dependents i, per tant, sobre la base de l'article 237-1 CCCat al qual es remet el primer precepte, el cònjuge usuari es podria oposar a la sol·licitud d'extinció de l'ús mitjançant una demanda reconvençional de reclamació d'aliments per als fills majors dependents, a fi d'evitar un període de desprotecció respecte d'aquests. En resposta a aquesta demanda reconvençional, el progenitor titular privat de l'ús podria proposar mitjans alternatius de compliment de l'obligació d'aliments. Sembla, però, que aquella legitimació processal es reconeix únicament en cas de procediment de ruptura i que, instada l'extinció de l'ús de l'habitatge per finalització de la guarda, només els fills majors d'edat poden interposar una reclamació envers els seus progenitors mitjançant el procediment previst en l'article 250.1.8a de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) —divers de l'especial previst per a les reclamacions d'aliments de fills menors d'un progenitor envers l'altre *ex art.* 748.4 LEC—; recordem, a més, que els fills majors d'edat no poden recuperar aliments anteriors a la reclamació judicial o extrajudicial del dret, atès que la seva pretensió se subjecta a la norma general prevista en l'article 237-5.1 CCCat. Habitualment ja existirà una pensió d'aliments, de major o menor quantia, a càrrec del progenitor privat de l'ús —tret del cas residual en què s'hagi considerat que el valor de l'ús de l'habitatge absorbeix íntegrament la quantia deguda per als aliments, i diem residual perquè en major o menor quantia sempre se sol fixar una pensió—, i en aquest cas l'extinció de la guarda no provocarà l'extinció automàtica d'aquesta pensió,<sup>50</sup> de tal manera que la seva

49. Fixeu-vos que el legislador català prescindeix del consentiment o l'assentiment dels fills majors d'edat tant si els aliments que se'ls atribueixen ho són per acord dels progenitors (art. 233-2.6 CCCat) com si ho són per decisió judicial a petició d'un progenitor (art. 233-4.1 *in fine* CCCat), mentre que el legislador estatal exigeix en el primer cas aquest consentiment a qualsevol mesura que els pugui afectar, entre aquestes els aliments (art. 90.2.3 CC), i prescindeix de la seva intervenció, en canvi, a l'hora de fixar aliments si la ruptura és contenciosa (art. 93.2 CC). En aquest darrer cas, hem d'assumir que, malgrat que la norma estatal no sigui tan explícita com la catalana, aquests aliments els reclama un dels progenitors en nom propi i en interès dels fills. Sobre les implicacions d'aquest consentiment, vegeu LÍDIA ARNAU RAVEN-TÓS, «La incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en l'àmbit del dret de família», INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el dret català. Materials de les Dinovenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebrades el 22 i 23 de setembre de 2016, Girona, Documenta Universitaria, 2017, p. 548 i 549.

50. Així ho assenyalava JORDI RIBOT IGUALADA, «Els aliments als fills», p. 9: «[...] l'arribada a la majoria d'edat no provoca l'extinció de l'obligació dels progenitors de pagar les pensions alimentàries acordades durant la minoria d'edat del fill. No cal que el fill interposi una reclamació per seguir cobrant-les, ni cal confirmar d'alguna manera que hi té dret. El mateix títol creat durant la minoria d'edat és el que s'utilitzarà per reclamar-ne el compliment en via executiva. Els aliments als fills establerts durant la seva minoritat poden ésser modificats a la baixa, però l'arribada a la majoritat no és raó suficient per aconseguir automàticament aquest resultat. Al contrari, les necessitats del fill habitualment creixen a causa de les despeses de

eventual modificació per a ampliar-ne la quantia i cobrir així la despesa d'habitatge que fins aleshores es cobria amb l'atribució de l'ús, s'haurà de vehicular mitjançant el procediment esmentat incoat pel fill.

## 5.2. LA INCOMUNICACIÓ DE CAUSES D'EXTINCIÓ D'UN FONAMENT A L'ALTRE

Segons l'estructura descrita, les causes d'extinció del dret d'ús no es comuniquen i, per tant, les previstes per a l'ús atribuït per raó de la necessitat del cònjuge no s'apliquen a l'ús atribuït per raó de la guarda i viceversa. Ara bé, la jurisprudència ha acollit puntualment que la causa consistent en la millora de la situació econòmica del cònjuge usuari que té l'ús per raó de la guarda, millora relacionada amb la presència d'un tercer a l'habitatge<sup>51</sup> —especialment si es dona una situació correlativa d'intensa dificultat econòmica del cònjuge privat de l'ús—, pugui conduir a l'extinció del dret d'ús per a atribuir-lo, mitjançant la commutació de la mesura, a qui fins aleshores havia estat privat d'aquest.<sup>52</sup>

Fixem-nos que, en aquest cas, la concurrència d'una causa sistematitzada entre les que comporten només l'extinció del dret d'ús fonamentat en la major necessitat d'un dels cònjuges dona lloc a l'extinció de l'ús atribuït per raó de la guarda. Aquesta solució és admissible pel fet que la introducció del tercer, com més endavant comentarem, constitueix una variació de les circumstàncies que es van tenir en compte a l'hora d'acordar la mesura i permet sostenir tant l'extinció del dret d'ús com l'acolliment sobrevingut d'un supòsit d'exclusió de l'atribució previst en l'article 233-21.1a CCCat: el cònjuge que té la guarda té, sobrevingudament i gràcies a la presència del tercer, mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills, sens perjudici d'incrementar la prestació alimentària que correspongui al progenitor titular que recupera l'ús. Si el supòsit es correspon amb una situació de cotitularitat, l'extinció s'ha d'orientar cap a la divisió de la cosa comuna.

---

la seva formació i les pensions augmenten el seu import o els obligats se'n fan càrrec, a títol de despeses extraordinàries, dels nous conceptes vinculats a la continuació de la formació».

51. La STSJC 8/2014, de 3 de febrer, estableix aquesta relació i acull la pretensió d'extinció de l'atribució de l'ús de l'habitatge.

52. La STSJC 17/2010, de 22 d'abril (RJ 2010/3623), en aplicació encara de les previsions del Codi de família, suggereix la possibilitat d'apartar-se de la formulació general de la norma en el cas en què la situació econòmica del progenitor privat de l'ús ho justifiqui, tot i que en el cas concret no es va apreciar aquesta justificació ni tampoc la pretensió del demandant anava orientada a demanar el canvi en l'atribució de l'habitatge, sinó només l'extinció. Vegeu, en un sentit similar, la SAP de Barcelona 926/2016, de 28 de novembre (JUR 2017/54948).

## 6. OCUPACIÓ GRATUÏTA DE L'HABITATGE PER PART DEL TERCER: UN SUPÒSIT D'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT?

Ja hem dit que el tercer que entra a conviure a l'habitatge familiar amb el progenitor guardador ocupa aquest habitatge com a mer detentor, en precari, per la tolerància de l'usuari. Descartada la viabilitat d'una acció de desnonament exercitada pel titular privat de l'ús contra el convivent o cònjuge de l'usuari, de recorregut molt incert atesa la legitimació possessòria de l'usuari beneficiari d'una possessió exclusiva i tot i l'afecció de l'ús a la guarda dels fills, cal valorar la possibilitat d'exercitar altres accions que el titular pugui adreçar directament contra el convivent, al marge dels remeis que ofereix el dret de família. En particular, hem de valorar la viabilitat d'una acció d'enriquiment injustificat. La procedència d'una acció d'aquesta naturalesa no orientada a extingir la mesura relativa a l'atribució de l'habitatge<sup>53</sup> permetria, a diferència del que s'esdevé arran de la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de novembre de 2018, un re-  
equilibri econòmic amb criteris estrictament patrimonials i deixaria indemne l'interès dels fills menors, que mantindrien la seva residència a l'habitatge.

El pressupòsit de l'acció d'enriquiment injustificat, no regulada expressament pel legislador, però sí inferida del sistema jurídic i aplicada jurisprudencialment, és l'enriquiment o increment d'un patrimoni a costa d'un patrimoni aliè sense que concorri una causa justa que permeti retenir l'enriquiment o increment patrimonial experimentat.

En efecte, s'esdevé un desequilibri entre dos patrimonis derivat d'un desplaçament de béns o valors, o fins i tot d'un estalvi de despeses, que, tot i ser lícit, està mancat d'un fonament o una raó jurídica que legítimi el titular del patrimoni beneficiat a retenir allò rebut.<sup>54</sup> La doctrina s'ha ocupat de precisar que en aquests casos, en

53. L'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 12a) en la Sentència de 3 de març de 2003 (JUR 2003/196943) va distingir clarament els supòsits i va advertir que fer contribuir el tercer en les despeses familiars era una qüestió inèdita: «Mas aquí no se ha discutido si el compañero sentimental tiene o no tiene que pagar algo por residir en la vivienda de cuya mitad es propietario el señor S., cuestión que tampoco tenemos conocimiento de que se haya suscitado nunca ante los tribunales, sino de si por esa convivencia ha de limitarse el derecho de uso conferido a uno de los ex cónyuges por razón de tener consigo a una hija menor, que es cosa bien diferente».

54. Juana MARCO MOLINA, «L'enriquiment injustificat», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1 (2015), p. 22 i seg. L'autora completa el seu estudi amb una proposta de regulació de la institució. En el cas que exposem, l'enriquiment que dona lloc a l'obligació de restitució es manifestaria amb l'estalvi de despeses que en concepte d'habitatge obté el convivent per raó del desplaçament patrimonial a favor de la persona usuària de l'habitatge. Així, l'autora concreta l'enriquiment o increment d'un patrimoni «quan, per raó de l'activitat de la persona empobrida o per un desplaçament de béns des del seu patrimoni: a) el patrimoni de l'obligat experimenta un increment de béns, una disminució de deutes o càrregues o un estalvi de despeses».

realitat, l'enriquiment és just, si bé resulta injustificat retenir el benefici ocasionat.<sup>55</sup> La justícia de l'enriquiment és determinada per la licitud de l'enriquiment, que no és contrari a l'ordenament jurídic. En el nostre cas, l'enriquiment del tercer troba la seva empara en la tolerància de l'usuari i en la norma que no preveu l'extinció del dret d'ús en aquest supòsit, però el desplaçament patrimonial sobre l'ús a favor del cònjuge no titular o no titular en exclusiva està afectat al benefici exclusiu d'uns determinats subjectes, i la norma no l'estén a aquest tercer, motiu pel qual manca una justificació de la retenció del benefici.

L'acció s'ha exercitat esporàdicament i el resultat no ha estat positiu. Així, l'Audiència Provincial de Madrid, en la Sentència 325/2017, de 10 de juliol (JUR/2017/216669), va desestimar sengles pretensions de desnonament per precari i de rescabament per enriquiment injust.<sup>56</sup> En aquesta ocasió i quant a l'acció per enriquiment injust, el cònjuge privat de l'ús de l'habitatge, que n'era el propietari exclusiu, sol·licitava 11.520 euros més la quantitat que correspongués fins a l'execució de la sentència, a raó de 650 euros mensuals, en concepte de danys i perjudicis causats i basant-se en la valoració del cost de l'habitatge i dels aliments que percebia l'excònjuge per a satisfer despeses corrents de subministraments i alimentació i dels quals s'aprofitava el convivent. En el supòsit succeïa, a més, que el convivent residia en l'habitatge amb el seu propi fill, subjecte aliè a la família en consideració a la qual s'havia atribuït l'ús de l'habitatge.

El motiu principal pel qual es desestima la pretensió es basa en la manca de correlació entre l'empobriment del demandant i l'enriquiment del demandat, amb el benentès que l'empobriment preexistia a aquest enriquiment i subsistirà malgrat que el tercer no ocupi l'habitatge. Sens dubte aquest podria ser un argument de pes si no fos que l'aproximació doctrinal a la institució de l'enriquiment injust, que comporta un esforç constructiu especial pel fet que es tracta d'una institució no regulada, posa de manifest que existeix una jerarquia entre els factors de l'enriquiment i l'empobriment segons la qual l'enriquiment ocupa un lloc principal o preminent. La relació

55. Ferran BADOSA COLL, «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», a Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 82 i seg. L'autor assenyala que mitjançant la institució de l'enriquiment injustificat se sotmet l'enriquiment/empobriment a un doble judici: quant al judici de licitud amb el resultat del judici, serà necessàriament afirmatiu, i quant a la justificació, que és un plus sobre la licitud, podrà resultar positiu o negatiu. En aquest últim cas, sorgirà, a càrrec de l'enriqueit, l'obligació de restitució (Ferran BADOSA COLL, «El enriquecimiento injustificado», p. 128 i 129).

56. Anteriorment la SAP de Barcelona 329/2008, de 28 de maig (JUR 2008/266886), va partir de la mateixa exigència quant a la correlació entre enriquiment i empobriment i igualment va desestimar la pretensió: «[...] el hecho de que el Sr. J. viva en la misma casa sin pagar alquiler, no supone un empobrecimiento correlativo del demandante, quien no ha visto con esta nueva situación empeorar sus expectativas sobre la casa que no puede usar para sí, ni arrendarla a tercero porque el uso lo tienen atribuido sus hijos durante su minoría de edad y mientras perdure, como es el caso, a la madre, quien, no hay que olvidar que, al ser copropietaria de la vivienda, tiene también derecho a usarla como tal».

que cal establir entre enriquiment i empobriment no és una relació de causalitat, sinó d'imputació, i és, com assenyala Badosa,<sup>57</sup> el que se sol expressar amb la utilització de la locució *a costa de*. L'enriquit obté un benefici o guany a costa del patrimoni de l'empobrit. S'aclareix, per tant, que aquesta imputació és econòmica i es prescindeix de la causa material de l'enriquiment; això significa, en definitiva, que l'enriquiment no necessàriament ha de tenir una causalitat immediata en l'empobriment.

Entenem que la pretensió de rescabament no podrà abraçar el valor de l'ús del convivent per tot el temps durant el qual aquest ha posseït l'habitatge, sinó que aquest rescabament només permetrà recuperar les quantitats des de la seva reclamació extrajudicial o judicial. La raó d'aquesta limitació s'ha de relacionar amb la tolerància que el titular ha observat respecte a la situació possessòria mentre no ha exercitat cap acció de rescabament i que posteriorment el vincula com una manifestació dels propis actes (art. 111-8 CCCat).

## 7. INTRODUCCIÓ D'UN TERCER EN L'HABITATGE I ALTERACIÓ SOBREVINGUDA DE LES CIRCUMSTÀNCIES

Com sabem, les mesures acordades en un procediment són revisables en cas d'alteració sobrevinguda i substancial de les circumstàncies concurrents en el moment de dictar-les.<sup>58</sup> Pel que fa a l'aplicació de la doctrina *rebus sic stantibus*, cal palesar que el requisit d'imprevisibilitat i extraordinarietat que s'exigeix en el seu àmbit natural —les relacions contractuals—<sup>59</sup> cedeix en el context familiar que analitzem<sup>60</sup> i no no-

57. Ferran BADOSA COLL, «El enriquecimiento injustificado», p. 121 i seg. En aquest sentit, el presupòsit de la institució tampoc no es planteja adequadament, atès que es parteix del fet que tant l'atribució patrimonial com la retenció de l'enriquiment que se'n derivi han de ser injustificades, però en realitat només ho ha de ser la retenció.

58. Es fa la precisió, respecte d'aquesta modificació, que això no significa una excepció al principi de cosa jutjada, com se sol dir, sinó una aplicació legalment tipificada de la doctrina *rebus sic stantibus*. Vegeu Joaquim BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 233-7 del CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 422.

59. Tot i l'aplicació «normalitzada» de la doctrina *rebus sic stantibus*, que també en aquest context va resultar de les controvertides sentències del Tribunal Suprem 333/2014, de 30 de juny (RJ 2014/3526), i 591/2014, de 15 d'octubre (RJ 2014/6129), i que va significar un gir jurisprudencial. Hem tingut ocasió de valorar que aquesta aplicació normalitzada només hauria de tenir cabuda precisament en contextos aliens a la causa onerosa, com el familiar que examinem o en matèria d'atribucions gratuïtes (art. 644 CC). Vegeu Gemma RUBIO GIMENO, «Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», a Mariló GRAMUNT FOMBUENA i Carles ENRIC FLORENSA TOMÀS (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 200.

60. L'ordenament espanyol, arran de l'última modificació dels articles 90.3 i 100 CC mitjançant la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària, ha suprimit, fins i tot, l'al·lusió al caràcter substancial de la variació de circumstàncies; el primer precepte, a més, ja no es refereix a l'alteració de circumstàncies,

més en relació amb la revisió de mesures, sinó també en altres àmbits com ara l'eficàcia vinculant dels acords en previsió d'una futura ruptura *ex* article 231-20.5 CCCat.

La jurisprudència enuncia els requisits habituals que ha de tenir el canvi en clau de *rebus* i en els quals la petició de modificació de les mesures s'ha d'emparar en sentit estricte: el fet que una persona perdi la feina o que la seva situació econòmica millori o empitjori per la raó que sigui en el decurs del temps, no té res d'extraordinari ni tampoc d'estrictament imprevisible. Es tracta més aviat d'una imprevisibilitat convencional o pactada o merament contextual respecte a l'acord o les mesures dictades judicialment en un moment determinat, ja que en el moment de concloure l'acord o de dictar les mesures, el fet que després s'ha esdevingut simplement no va ser una variable considerada. És la rellevància del canvi respecte a la situació antecedent, i no pas el seu caràcter extraordinari o imprevisible, allò que justifica la modificació de les mesures.

La introducció d'un tercer en l'habitatge familiar permet argumentar que s'ha esdevingut una alteració sobrevinguda de les circumstàncies a fi d'exercitar una acció de modificació de mesures a l'empara dels articles 233-7 CCCat i 775 LEC.<sup>61</sup> Es tracta d'un canvi que no ha estat causat per qui insta la modificació de la mesura, tal com s'exigeix per a fer prosperar l'acció, si bé segurament la jurisprudència només qualificarà de rellevant l'alteració si aquesta introducció ha donat lloc a una convivència sostinguda en el temps i amb projecció de permanència. Una situació conjuntural o no mínimament consolidada no serà presa en consideració a l'efecte pretès.<sup>62</sup>

En tot cas, la revisió, però, no recaurà directament sobre la mesura relativa a l'atribució de l'ús de l'habitatge, tret que s'acordi la substitució per una altra mesura, atès que la norma considera el supòsit i hi dona una solució, sinó que recaurà sobre altres mesures com la contribució als aliments/despeses familiars o fins i tot la revisió del règim de guarda. El cert és, però, que per la via de la revisió de la mesura relativa

---

sinó a un mer canvi. La modificació, en cas de respondre a la intenció d'afeblir els requisits de la doctrina *rebus sic stantibus*, resulta poc coherent amb el manteniment de la menció original en l'article 91 CC. Rosa María MORENO FLÓREZ, *Alteración de las circunstancias en derecho de familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 107 i seg., intenta treure l'entrellat d'aquesta modificació erràtica.

61. Vegeu la SAP de Barcelona (Secció 18a) 290/2011, de 15 d'abril (JUR 2011/198240): «En el caso de autos se ha acreditado la variación sustancial de circunstancias, pues mientras que en el momento del divorcio de las partes, en fecha 4 de julio de 2007, la Sra. M. A. vivía con los hijos comunes en el domicilio familiar, en la actualidad lo hace con su actual compañero, tal como se ha referido en el anterior fundamento de derecho. Ello ha de tener una consecuencia en la contribución a los gastos de la vivienda, pues goza la demandada de un mayor sustento económico del que carecía cuando se pactó en convenio de divorcio, el pago por entero de los gastos de hipoteca que grava la vivienda familiar, impuestos de la vivienda y suministros a cargo del actor».

62. SAP de Barcelona (Secció 12a) 852/2018, de 12 de setembre (JUR 2018/247772), i 78/2018, de 2 de febrer (JUR 2018/81507).



als aliments o a la guarda, l'atribució de l'ús de l'habitatge pot variar i fins i tot, en cas de copropietat, pot conduir a la divisió de la cosa comuna per a una millor reorganització de l'economia familiar<sup>63</sup> i el consegüent reequilibri dels interessos del menor i dels progenitors. Cal dir que, a l'efecte de concretar aquesta divisió, no pot ser un criteri d'atribució preferent, per un interès qualificat o superior *ex* article 552-11.5 CCCat, haver ocupat l'habitatge durant el temps en què ha estat vigent la mesura relativa a la seva atribució/privació a un dels cotitulars. Els criteris que van determinar aquesta atribució/privació són de caire estrictament familiar i, per tant, no poden condicionar el procediment ulterior de divisió de la cosa comuna en perjudici de qui va ser privat de l'ús de l'immoble.

#### 7.1. INTRODUCCIÓ D'UN TERCER I COMMUTACIÓ DE L'ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE PER UN INCREMENT DE LA PRESTACIÓ ALIMENTÀRIA

La presència del tercer es pren en consideració com a supòsit que eventualment comporta una millora de la situació econòmica del progenitor que té la guarda i que pot conduir a una substitució de l'atribució de l'ús amb revisió de la mesura acordada inicialment, bé per a, en cas de cotitularitat del bé, desplaçar aquest ús al cònjuge que no té la guarda però que actualment i arran del canvi de circumstàncies ha passat a ser el més necessitat a partir de la valoració de la capacitat econòmica actual de l'altre progenitor (art. 233-20.4 CCCat),<sup>64</sup> bé per a, més fàcilment, acordar l'exclusió sobrevinguda de l'atribució en cas de titularitat exclusiva del progenitor no guardador i novament en consideració a la capacitat econòmica del progenitor guardador (art. 233-21.1a CCCat).

La distinció és subtil però rellevant: no extingim, sinó que variem sobrevingudament l'atribució o l'excloem.

Mentre que la norma no permet extingir l'atribució de l'ús per la mera presència del tercer, sí que permet revisar, en aquest i en altres casos, les mesures acordades si sobrevé una alteració de les circumstàncies.

Entenem, no obstant això, que aquesta solució presenta dos inconvenients: el primer és que no sembla procedent una atribució *ex novo* de l'ús de l'habitatge per major necessitat si no és en el primer procediment de ruptura, tot i que no hi ha una norma que ho digui de manera expressa, tal com sí que la trobem en matèria de presta-

63. La STS 76/2018, de 17 de setembre (RJ 2018/6126), si bé en un supòsit en el qual els fills ja havien assolit la majoria d'edat, posa èmfasi precisament en el fet que la venda de l'habitatge en comunitat permetrà una millora ostensible de la situació econòmica de qui fins aleshores era usuària de l'immoble i per això posa un límit temporal de dos anys a aquest ús.

64. Vegeu la STS 8/2014, de 3 de febrer (RJ 2014/1568).

ció compensatòria (art. 233-14.2 i 233-18 CCCat).<sup>65</sup> El segon inconvenient es planteja en relació amb el judici sobre la capacitat econòmica de qui fins aleshores era usuari: aquest judici no pot basar-se únicament en la presència actual, però no garantida en un futur, del tercer en l'habitatge.

En tot cas, si prospera la modificació de la mesura i atesa l'obligació alimentària al pagament de la qual s'imputava l'ús de l'habitatge en el supòsit que aquest fos titularitat o cotitularitat del progenitor que ara recupera l'ús, això comportarà un increment de la quantia de la prestació alimentària preexistent o l'establiment de la mesura si anteriorment l'ús absorbia íntegrament l'obligació alimentària del progenitor titular.

## 7.2. INTRODUCCIÓ D'UN TERCER I MINORACIÓ DE LA PRESTACIÓ D'ALIMENTS ALS FILLS

L'estreta vinculació entre l'atribució de l'ús de l'habitatge i l'obligació de pagar aliments es troba expressament i insistentment reiterada en la legislació, tal com ja hem tingut ocasió d'assenyalar, fins al punt que dona lloc a una afecció d'aquell ús a la satisfacció d'aquests aliments.

És per això també que mitjançant la satisfacció d'una pensió alimentària es pot excloure sobrevingudament l'atribució de l'ús de l'habitatge<sup>66</sup> sense que operi, però, el *ius variandi* a favor de l'obligat en els termes de l'article 237-10.2 CCCat, atesa l'existència d'una regulació especial, i alhora es pot mantenir l'atribució de l'ús de l'habitatge però prendre en consideració la presència d'un tercer per a minorar l'abast de la pensió d'aliments.<sup>67</sup> Novament, l'objecció a aquesta possibilitat s'ha de relacionar amb la realitat incerta sobre la qual es basa l'augment de la capacitat econòmica del progenitor que té la guarda a l'efecte de minorar l'obligació d'aliments de l'altre i, per tant, no serà tant la introducció del tercer, com la relació estable de parella —però no necessàriament de «parella estable»— amb aquest, el que permetrà sostenir la pretensió de modificació de les mesures.

---

65. Joaquim BAYO DELGADO, «Comentari a l'art. 233-7 del CCCat», p. 423, considera aquesta atribució *ex novo*.

66. Així ho va resoldre la STSJC 8/2014, de 3 de febrer (RJ 2014/1568).

67. Tal com ho va resoldre la STSJC 25/2018, de 15 de març (RJ 2018/2537), en un supòsit d'exclusió de la mesura sobre atribució de l'ús de l'habitatge en el qual no concorria la variable de la presència d'un tercer, però amb recurs a la commutació de la mesura. En el context de l'aplicació del CC, la STS 33/2017, de 19 de gener (RJ 2017/754), va resoldre la qüestió també en aquest sentit, tot assenyalant que la presència d'un tercer en l'habitatge es plantejava en el cas no des de la mesura de l'atribució de l'ús, sinó precisament respecte de la prestació d'aliments.

### 7.3. INTRODUCCIÓ D'UN TERCER I REVISIÓ DEL RÈGIM DE GUARDA DELS FILLS MENORS

Recordem que, en el cas que examinem, l'atribució de l'ús al cònjuge no titular o no titular en exclusiva reconeix a favor d'aquest una legitimació possessòria sobre l'habitatge al servei de la guarda dels fills menors. Per tant, l'ús de l'habitatge que entri en contradicció amb l'interès que aquest ús protegeix, haurà de comportar l'extinció de la mesura.<sup>68</sup> Però la introducció del tercer, si bé és evident que interfereix en la quotidianitat dels menors sotmesos a guarda que conviuen amb el progenitor guardador que inicia una nova relació de parella i que la realitza en l'habitatge en el qual es desenvolupa aquesta convivència, no necessàriament significa una vulneració de l'interès dels menors. Tot i així, hem de fixar-nos que la norma, quan relaciona els elements que cal tenir en compte per a la determinació de la guarda dels menors, esmenta expressament i en primer lloc, a continuació de l'al·lusió a la vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors, «les relacions amb les altres persones que conviuen en les llars respectives». Aquestes «altres persones» inclouen subjectes diversos entre els quals, sens dubte, hi ha la nova parella de l'un i/o l'altre progenitor.<sup>69</sup> La convivència estable del progenitor que té la guarda amb un tercer permet sostenir la concurrència d'un canvi sobrevingut que ha de permetre revisar i modificar el règim de guarda. La modificació de la guarda pot comportar la modificació de la mesura sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge segons els criteris d'assignació que hem descrit i pot permetre, per tant, la recuperació de l'ús pel titular en cas de guarda compartida o de guarda a càrrec d'aquest últim.

### 8. LA CONVENIÈNCIA D'AJUSTAR LA REGULACIÓ EN MATÈRIA D'ATRIBUCIÓ D'ÚS DE L'HABITATGE I DE PREVEURE UNA COMPENSACIÓ DIRECTA

Examinades les diverses solucions que es poden plantejar per a reconduir la situació en la qual un tercer, per tolerància de la persona usuària, ocupa gratuïtament l'habitatge del qual no és titular exclusiva aquella persona, ens preguntem sobre l'oportunitat de proposar un ajustament de la regulació catalana en la matèria.

68. Santiago ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar*, p. 235.

69. Dolores VIÑAS MAESTRE, «Comentari a l'art. 233-11 del CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 450, referència la presència de fills d'un dels progenitors amb els quals el menor ha estat convivint, la nova parella de qualsevol dels progenitors i els seus fills, si escau, o també membres de la família extensa.

La solució que planteja la STS de 20 de novembre de 2018 passa pel desnonament dels menors residents en l'habitatge arran de l'extinció de l'ús concedit i si la guarda es manté en qui fins aleshores era usuari. Aquest resultat s'esdevé per raó de la presència del tercer en aquest habitatge i per la tolerància de la persona usuària, que comporta, segons el Tribunal Suprem, una alteració sobrevinguda de les circumstàncies que es van tenir en compte a l'hora d'adoptar la mesura que ha de donar lloc a l'extinció del dret d'ús.

Reprent les reflexions amb les quals encetàvem aquest article, si bé entenem que aquesta resolució és discutible però argumentable en aplicació de l'article 96 CC,<sup>70</sup> precepte que no preveu en absolut la situació, no es pot, en canvi, traslladar al nostre ordenament, que sí que ha pres una opció legislativa conscient sobre el supòsit.

Entenem que, en efecte, la presència estable del tercer comporta una alteració sobrevinguda de les circumstàncies que pot tenir un impacte sobre els aliments deguts o sobre el règim de guarda, però no sobre l'atribució de l'habitatge familiar, si no és indirectament per raó de la modificació d'aquelles mesures. En el primer cas, la modificació ha d'estar orientada principalment a minorar l'obligació d'aliments del progenitor titular i a incrementar la del progenitor beneficiari de l'ús; també pot comportar l'exclusió sobrevinguda del dret d'ús amb la substitució per una altra mesura com ara el pagament o l'increment de la pensió alimentària de qui recupera l'ús.<sup>71</sup> En el segon cas, la modificació s'ha de concretar en un trànsit cap a una guarda compartida o, més rarament, una guarda exclusiva a càrrec del progenitor no usuari amb revisió, si escau i també per via indirecta, de la mesura relativa a l'habitatge. Fins i tot, segons les circumstàncies, es pot sol·licitar i obtenir un escurçament del dret d'ús per la millora de la situació econòmica de l'usuari arran de la convivència amb el tercer. Però, en qualsevol d'aquests supòsits, la mera presència del tercer i l'afirmació del canvi d'estatus del domicili familiar pel fet que ara serveix a una família diversa de la que va motivar l'adopció de la mesura, no són motiu suficient per a extingir el dret d'ús.

Alhora, l'eventualitat d'obtenir una compensació econòmica pel gaudi que el tercer obté de l'habitatge cedit per a finalitats alienes a aquest gaudi, si bé considerem que és una opció ben plausible, no ha rebut un reconeixement jurisprudencial que permeti garantir l'exercici reeixit de l'acció a falta d'un reconeixement legal explícit i, per tant, fent ús d'una pretensió per enriquiment injustificat.

---

70. Matilde CUENA CASAS, «Uso de la vivienda familiar», p. 34, malgrat que considera que la situació creada és «escandalosa e indignante para el dueño del inmueble», a més d'«extraordinariamente humillante» i vulneradora de la dignitat del titular, conclou que, en aplicació de l'article 96 CC, l'extinció de l'ús atribuït per raó de la guarda no és procedent per la presència d'un tercer.

71. O mitjançant la substitució de l'habitatge privatiu d'un progenitor per un altre de comú perquè, per exemple, estava arrendat en el moment de la ruptura i després deixa d'estar-ho, com s'esdevé en el supòsit examinat en la STS 5/2015, de 16 de gener (RJ 2015/355).

Considerem, doncs, que l'abordatge possible del problema, mitjançant solucions mediatès i de resultat incert, no és satisfactori. El legislador català hauria de fer un pas més en el reconeixement de la necessària estimació econòmica del dret d'ús de l'habitatge atribuït a qui no n'és titular o no ho és en exclusiva, i hauria de considerar, com altres ordenaments, la compensació directa per aquest ús.<sup>72</sup> Aquesta solució, en comparació amb l'adoptada pel Tribunal Suprem, evita el desnonament dels fills de l'habitatge que ha estat el seu fins aleshores i protegeix, en abstracte i en general, més adequadament els seus interessos.<sup>73</sup> D'aquesta manera s'evitaria el sacrifici econòmic desproporcionat i injust que per al cònjuge privat de l'ús representa la presència del tercer, que a costa seva cobreix, sense cost, la seva pròpia necessitat d'habitatge i fins i tot la de la seva descendència, comuna o no, amb el cònjuge usuari. Cal afegir, a més i com s'ha vist, que aquesta solució no és inèdita i que ja ha estat explorada per altres ordenaments, ja sigui mitjançant una compensació per la privació al titular de la facultat d'usar, ja sigui mitjançant l'establiment d'un arrendament forçós.<sup>74</sup> La dificultat rau a ponderar el valor de l'ús del qual és privat el titular un cop descomptat l'import que correspongui a la satisfacció dels aliments dels fills segons la quantia de l'obligació que se li imposi.

Referir-se a la quantia de la renda mitjana per l'arrendament d'un immoble de característiques similars a aquell sobre el qual recau l'ús, pot ser la manera més objec-

72. En el context de l'ordenament estatal consideren preferible la compensació directa a la indirecta Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «Atribución del uso de la vivienda», p. 326 i seg., o L. ZUMAQUERO GIL, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial, régimen jurídico actual y propuestas de reforma», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 41 (2016), p. 111 i seg.

73. Només de manera molt aïllada trobem algun autor que defensa la modificació de la regulació en el sentit d'estendre la convivència marital com a causa d'extinció de l'ús en tots els casos. Per exemple, Chantal MOLL DE ALBA LACUVE, «Análisis crítico de la regulación de la extinción de la vivienda familiar en el Código civil catalán y reforma del art. 96 CC», a Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Menores y crisis de pareja*, p. 212. Però aquesta no sembla la solució més encertada, sobretot si es planteja amb automatisme i sense posar en relació la mesura amb altres que hi puguin estar connectades. Palessem que ordenaments com l'italià, que contenia una norma en aquest sentit (art. 155 *quater* del *Codice civile*, derogat mitjançant el Decret legislatiu núm. 154, de 28 desembre de 2013), va ser objecte d'un control de constitucionalitat que va concloure (mitjançant la Sentència núm. 308, de 31 de juliol de 2008) que la convivència amb un tercer no imposava al jutge la necessitat d'extingir l'ús sense un control previ dels interessos dels menors. Per tant, la convivència amb un tercer no pot determinar un judici apriorístic que el qualifiqui com a fet perjudicial per als menors que resideixen en l'habitatge. El Tribunal Suprem espanyol ha optat per l'extinció de l'ús, si bé entenem que el legislador, ni l'estatal ni el català, hauria d'adoptar una solució rígida en aquest punt i que la compensació econòmica per la privació de l'ús resulta un remei més equilibrat.

74. Així, recordem que, en el context espanyol, l'ordenament base (art. 12.7 de la Llei 7/2015) i el valencià (art. 6 de la Llei 5/2011, declarada inconstitucional) van aprovar sengles iniciatives de compensació per la privació de l'ús; i alguns ordenaments estrangers han resolt el tema amb el recurs a la figura de l'arrendament forçós: el francès (art. 285 del *Code civil*), l'alemany (§ 1568a, núm. 5, BGB) i el portuguès (art. 1793 del *Código civil*).

tiva de xifrar l'abast de la base d'aquesta compensació mitjançant el recurs a les taxacions corresponents. Sobre aquesta base —o la meitat, o el percentatge que escaigui d'aquesta base si el cònjuge privat de l'ús només és titular d'una quota sobre l'immoble— caldrà descomptar l'import dels aliments deguts als fills que s'imputin a cobrir la seva necessitat d'habitatge. Si l'ús de l'habitatge s'atribueix per raó de la necessitat d'un dels cònjuges, és previsible que la compensació sigui residual, si bé, d'entrada, no s'ha de descartar del tot.

En ambdós casos la compensació és independent de la presència o no d'un tercer en l'habitatge, però l'onerositat palesa de l'atribució en el primer cas, atesa la compensació xifrada per l'ús cedit a un dels cònjuges per raó de la seva guarda sobre els fills menors, empara les facultats possessòries d'aquest quant a la tolerància de la presència del tercer. En el segon cas, si la compensació és residual o inexistent atès que l'ús se cedeix temporalment per raó de la major necessitat d'un dels cònjuges, el fonament d'aquest ús, basat en la solidaritat postconjugual, és el que ja determina per llei l'extinció del dret davant la presència del tercer.

La compensació es basa en el valor de l'ús de l'immoble i exigeix determinar el percentatge d'aquest valor que no és imputable a altres prestacions com ara els aliments dels fills, la prestació compensatòria o la prestació alimentària que en forma d'ús de l'habitatge es reconeix a l'altre cònjuge. En el cas més simple en el qual l'ús es gaudeix per raó de la guarda dels fills, la compensació es pot basar també, com hem dit, en el preu estimat de la renda que el progenitor que té la guarda hauria de satisfer en una llar compartida.

Si no es veu clara la fórmula, es pot optar per altres de més obertes i menys precises, com ara la inclusió d'una compensació adequada o equitativa, la qual no evitarà, no obstant això, el recurs a taxacions que permetin determinar, en cas de desacord entre els cònjuges, una xifra no arbitrària. Es pot objectar que la introducció d'una compensació directa pot donar lloc a un expedient massa condicionat, en la seva aplicació, per la discrecionalitat judicial. En tot cas, el mateix s'esdevé respecte als supòsits ja regulats de compensació indirecta quant a la determinació de l'abast de la imputació a la pensió d'aliments o a la prestació compensatòria.<sup>75</sup> I, almenys, incertesa per incertesa, el resultat pretès és, en abstracte i en principi, més just i equilibrat per a tots els interessos implicats.

---

75. De fet, l'absència de criteris per a la fixació de la compensació indirecta per via de la imputació a la pensió d'aliments o a la prestació compensatòria és motiu d'objecció per als estudiosos d'ordenaments com l'estatal, que no preveu cap tipus de compensació a l'hora de valorar quina és la proposta de compensació més adequada. Es conclou que és més segura i menys arbitrària la compensació directa. Vegeu, a més dels autors esmentats en la nota anterior, María José SANTOS MORÓN, «La atribución del uso de la vivienda familiar», p. 26 i seg.