

L'ATRIBUCIÓ CONJUNTA DE L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR EN UNA SITUACIÓ DE CRISI MATRIMONIAL: COMENTARI A LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 18 DE GENER DE 2010

Santiago Espiau Espiau¹
Catedràtic de Dret Civil
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) ha resolt en la seva Sentència de 18 de gener de 2010 un recurs de cassació per raó d'interès cassacional, interposat contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 18a) d'11 de desembre de 2008, que estableix doctrina jurisprudencial. Segons el meu parer, només per aquesta raó la Sentència ha de ser objecte de comentari, si més no per a donar notícia d'aquesta doctrina; però el cert és que la qüestió que va suscitar el plet i la solució adoptada pel TSJC mereixen també una mica d'atenció, i tot això justifica les línies que hi ha a continuació.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESTABLERTA PER LA SENTÈNCIA DEL TSJC DE 18 DE GENER DE 2010

La doctrina jurisprudencial es recull en la part dispositiva de la Sentència, en la qual s'acorda:

Declarar, com a doctrina jurisprudencial integradora de l'article 80.1 del Codi de família, que n'hi ha prou que un dels dos ex-esposos no vulgui continuar convivint amb l'altre sota el mateix sostre, encara que s'hagués convingut amb ante-

1. Aquest comentari s'insereix en les activitats del Grup de Recerca Consolidat de la Generalitat de Catalunya 2009SGR689.

rioritat el contrari i sense que hi hagi conflicte convivencial quotidià, perquè s'estimi que es dona una circumstància de modificació de la mesura d'atribució de l'ús compartit de l'habitatge familiar als dos cònjuges acordada en la Sentència de divorci, a l'efecte que aquesta assignació de l'ús es realitzi a un o a l'altre dels ex-consorts.

3. LA QÜESTIÓ DEBATUDA

La qüestió que dona origen a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) es troba en el conveni regulador de divorci subscrit per la recurrent i el seu llavors encara cònjuge, en el qual es va pactar que l'ús i el gaudi de l'habitatge familiar —del qual ambdós eren copropietaris— «se otorgue a ambos cónyuges, comprometiéndose ambos a llevar vidas totalmente separadas sin inmiscuirse uno en la vida del otro». El conveni va ser aprovat i homologat en la seva integritat per la sentència de divorci.

Posteriorment, la recurrent va presentar una demanda de modificació dels efectes i les mesures de la sentència de divorci, en la qual al·legava la nul·litat parcial del conveni regulador que ella mateixa havia subscrit i, alternativament, la modificació d'aquest per alteració sobrevinguda de les circumstàncies que es van tenir en compte quan es va dictar la Sentència esmentada.

L'al·legació de nul·litat parcial feia referència al pacte d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar recollit en el conveni regulador, en el qual s'estipulava que aquest ús, i també el seu gaudi, correspondria als dos cònjuges de forma conjunta. Malgrat haver firmat el pacte, la recurrent entenia que era contrari a la regulació establerta en matèria d'atribució de l'habitatge familiar i a la doctrina jurisprudencial que la interpreta i aplica, la qual —tal com corrobora la STSJC (fonament jurídic [FJ] primer)— «resulta plenament coincident quant al fet que l'ús del domicili familiar s'ha d'assignar, seguint les pautes expressades en la norma legal, només a un d'ells [es refereix als cònjuges] i no als dos conjuntament», circumstància que, d'altra banda, comporta «que calgui apreciar que el supòsit de les actuacions presenta un clar interès cassacional» (FJ 1r).

3.1. LA REGULACIÓ LEGAL VIGENT

L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en una situació de crisi matrimonial es regula actualment en els articles 76.3a, 83 i 9.4 del Codi de família (CF). El primer d'aquests preceptes destaca que «l'atribució de l'ús de l'habitatge fa-

miliar, amb el parament corresponent» constitueix un dels aspectes que —«d'acord amb les circumstàncies de cada cas»— han de regular-se —sigui pels mateixos cònjuges en el conveni regulador, sigui pel jutge quan no existeixi conveni o no hagi estat aprovat— en els casos de nul·litat del matrimoni, de separació judicial o de divorci. L'article 83 CF s'ocupa específicament de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar: reconeix als cònjuges la facultat de decidir respecte a aquesta qüestió de la manera que els sembli més convenient i fixa els criteris a què s'ha d'ajustar el jutge en aquesta atribució quan els cònjuges no es posin d'acord o quan l'acord sigui rebutjat per l'autoritat judicial. Finalment, l'article 9.4 CF regula la realització de negocis de disposició per part del cònjuge titular de l'habitatge familiar atribuït, que tinguin per objecte el dret que aquell té sobre dit habitatge. Pel que fa al conveni regulador i als pactes que l'integren —entre els quals hi ha el relatiu a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar—, convé afegir que la seva aprovació pel jutge se supedita únicament i exclusiva al fet que no sigui perjudicial per als fills —de manera que és irrellevant que ho sigui o no per als cònjuges, a diferència del que estableix l'art. 90 del Codi civil (CC) espanyol— i que les seves disposicions i les mesures adoptades per la sentència de nul·litat, separació o divorci poden ser modificades per l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies en virtut d'una resolució judicial (art. 78 i 80 CF, respectivament).

Els preceptes esmentats no disposen de manera clara i terminant que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar s'hagi de produir de manera necessària en benefici exclusiu d'un dels cònjuges, de manera que l'altre se'n vegi exclòs i privat. L'article 76.3a CF menciona aquesta atribució com un dels aspectes que s'han de regular, però sense precisar més i sense establir per quins criteris s'ha de regir. Aquests criteris, els recull l'article 83.2 CF; se'n dedueix que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar s'ha de realitzar només a favor d'un dels cònjuges, ja sigui el que tingui atribuïda la guarda dels fills, ja sigui —quan no hi hagi fills menors d'edat— el que estigui més necessitat de protecció. Tanmateix, aquests criteris operen amb caràcter defectiu en els casos en què els mateixos cònjuges no hagin acordat res quant a l'ús de l'habitatge o en els quals, tot i haver-hi acord, el jutge no l'hagi aprovat. L'article 83 CF regula l'atribució judicial de l'ús de l'habitatge familiar i, encara que la idea que n'inspira la regulació és que només un dels cònjuges sigui beneficiari de l'atribució, sembla que admet que els cònjuges puguin haver pactat una altra cosa. Per consegüent, es podria pensar no solament en l'eventualitat que l'ús de l'habitatge pogués correspondre a altres persones, com ara els mateixos fills del matrimoni, sinó també en una atribució conjunta. Finalment, tampoc l'article 9.4 CF contribueix a aclarir la qüestió, ja que, si bé considera tant la possibilitat que l'ús de l'habitatge familiar s'hagi atribuït al cònjuge titular com la que s'hagi assignat al seu consort, par-

teix d'una situació en què l'habitatge ja ha correspost a l'un o a l'altre, però sense prejudicar els criteris que han conduït a aquesta situació.

Tot i això, i malgrat que els preceptes no són tan clars i precisos com seria desitjable, és cert que la jurisprudència els ha interpretat en el sentit que el beneficiari de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar ha de ser —i només pot ser— un dels cònjuges, la qual cosa significa la privació a l'altre de la seva facultat d'utilitzar-lo i li imposa que l'abandoni, de manera que s'acaba exclouent l'atribució conjunta de l'ús. Així ho reconeix la mateixa STSJC de 18 de gener de 2010, quan acull la manifestació de la recurrent en el sentit que «la doctrina jurisprudencial resulta plenament coincident quant al fet que l'ús del domicili familiar s'ha d'assignar, seguint les pautes expressades en la norma legal, només a un d'ells [es refereix als cònjuges] i no als dos conjuntament» (FJ 1r).

3.2. LA INTERPRETACIÓ DE LA SENTÈNCIA DEL TSJC

Com acabo d'assenyalar, la jurisprudència que interpreta i aplica la regulació del Codi de família en matèria d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar s'inclina per considerar que aquesta atribució ha de tenir lloc en benefici exclusiu de només un dels cònjuges i exclou la possibilitat que l'atribució sigui conjunta. Ara bé, després de constatar aquesta dada, la STSJC adverteix que, en el cas objecte de discussió, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar als dos cònjuges conjuntament es va produir en compliment d'un conveni firmat per ambdós i aprovat per la sentència de divorci, raó per la qual, quan l'Audiència Provincial de Barcelona va estimar que el conveni no era contrari a la llei, no va vulnerar les normes del Codi de família, ni, en particular, el que disposa l'article 83.1 CF, que estableix que «[l]ús de l'habitatge familiar [...] s'atribueix en la forma **convinguda pels cònjuges**», ni l'apartat segon d'aquest precepte, immediatament a continuació de l'anterior, que regula la manera d'assignar l'ús de l'habitatge familiar, «**si manca acord o si aquest és rebutjat**» (FJ 2.2; les negretes són a l'original). Per tot plegat i malgrat que la STSJC reconeix que el fet que els ex-cònjuges resideixin al mateix habitatge no acostuma a ser normal ni aconsellable, si ells ho han acordat en el conveni regulador, ho han d'acatar, atès que aquest pacte «no pot reputar-se *contra legem*, ja que precisament està previst en la norma d'aplicació pertinent al cas, sense cap restricció en el supòsit que hi hagués alguna situació perniciosa per a qualsevol dels cònjuges —com sí que succeeix en el dret comú (*vide* art. 90 CC)—» (FJ 2.3). Per aquesta raó —segueix dient la STSJC—, «el conveni subscrit en aquest sentit va ser aprovat judicialment, ja que, atès que l'autoritat judicial no el va considerar perjudicial per a les

filles del matrimoni, la voluntat dels propis consorts és el que s'ha de tenir en compte en primer lloc per atorgar l'ús de l'habitatge familiar —*ex art. 83.1 CF*— (FJ 2.3). En conseqüència —i aquesta és la conclusió a la qual arriba la STSJC—, «encara que sigui **anòmal** el pacte en el qual, després de la ruptura matrimonial, els ex-consorts acordin seguir vivint en el mateix habitatge, atès que el cessament convivencial sol ser consubstancial a les institucions jurídiques de la separació conjugal i del divorci, **no és il·legal**, tal com s'ha apuntat abans, ja que és perfectament viable i possible, sobre la base que els dos ex-esposos es trobin contestes en aquesta situació i no resulti perjudicial per als seus fills» (FJ 2.4; les negretes són meves).

D'acord, doncs, amb la STSJC i encara que els criteris legals pel que fa a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar que han d'orientar la decisió judicial es decanten per la seva assignació a un dels cònjuges i l'exclusió de l'altre, el fet que aquests criteris només operin si no existeix cap acord dels cònjuges respecte a aquesta qüestió determina que s'hagi d'acatar allò que es va pactar quant a l'atribució mentre no resulti perjudicial per als fills. Aquest és l'únic límit que imposa el Codi de família amb relació a l'autonomia de la voluntat que impera en la configuració del conveni regulador: els cònjuges poden estipular allò que tinguin per convenient respecte de les qüestions diverses que ha de recollir el conveni —art. 76 CF— i, entre aquestes, la corresponent a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, sempre que no es lesionin els interessos dels seus fills. Per consegüent, si no concorre aquesta circumstància, la voluntat dels cònjuges esdevé determinant i poden acordar que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar correspongui a ambdós conjuntament, i han d'acatar aquesta atribució conjunta si no perjudica els fills.

El raonament de la STSJC destaca la diferència que existeix entre el règim jurídic del conveni regulador en l'àmbit del Codi civil espanyol i en el del Codi de família i l'abast que en l'un i en l'altre es reconeix a l'autonomia de la voluntat dels cònjuges. En el nostre dret, no té cap més límit que el respecte als interessos dels fills; en el Codi civil espanyol, cal, a més, que l'acord no resulti «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» (art. 90 CC). És per això que, mentre que un conveni regulador signat a l'empara de les normes del Codi civil en què l'ús de l'habitatge familiar s'atribueixi conjuntament a ambdós cònjuges pot ser impugnat si perjudica greument l'interès d'un d'ells, aquesta possibilitat no existeix quan el conveni es regeix per les disposicions del Codi de família, que només n'admet la impugnació quan l'atribució resulta lesiva per als interessos dels fills.

No obstant això, encara que el conveni no pugui ser impugnat, sí que pot ser modificat en cas d'alteració sobrevinguda de les circumstàncies existents en

el moment en què es va aprovar judicialment. Aquesta era la petició alternativa de la recurrent, que va ser estimada pel TSJC. Així, la Sentència afirma que «n'hi ha prou que un dels dos ex-esposos no vulgui continuar convivint amb l'altre —encara que ho hagin convingut així tots dos i hagi estat aprovat judicialment per la Sentència de divorci (com passa en el supòsit de les actuacions)—, amb independència que existeixi o no conflicte en la convivència quotidiana i del pacte anterior sobre això, perquè es consideri que es dona una circumstància de modificació de la mesura acordada en el seu moment, d'acord amb el que estableix l'article 80.1 del Codi de família, que, en derivar d'un dret que exerceix cadascun dels ex-consorts —el no voler conviure amb l'altre—, qualsevol d'ells el pot exercitar i materialitzar en qualsevol moment, com ha fet aquí, de manera alternativa, la demandant i avui recurrent Sra. [...]» (FJ 2.4; el subratllat és a l'original).

Per això la STSJC va estimar la pretensió alternativa de la recurrent i, tot deixant sense efecte l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a ambdós cònjuges, va assignar-lo a un d'ells, la recurrent, de manera exclusiva (FJ 2.5). I la decisió constitueix doctrina jurisprudencial, és a dir, doctrina integradora, no de l'article 83 CF, relatiu als criteris d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, sinó de l'article 80 CF, tocant a la modificació de les mesures establertes en les sentències de nul·litat, separació judicial o divorci en consideració a la concurrència de circumstàncies sobrevingudes.

3.3. LA VALORACIÓ DE LA SOLUCIÓ PROPOSADA: LA DISTINCIÓ ENTRE NORMES SUPLETÒRIES I NORMES DISPOSITIVES

La doctrina jurisprudencial establerta per la STSJC de 18 de gener de 2010 permet, d'entrada, destacar dues dades. En primer lloc i a l'efecte dels articles 1.6 CC i 111-2.1 del Codi civil de Catalunya (CCCat), que constitueix, certament, «doctrina», però no «jurisprudència», ja que, per a merèixer aquesta qualificació, ha de ser «reiterada» i ha de recollir-se, almenys, en dues sentències. I, en segon lloc i com s'acaba d'assenyalar, el fet que —sorprenentment— es formula en relació amb la modificació de les mesures previstes en una sentència de nul·litat, separació judicial o divorci, però no en relació amb els criteris d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, i la qüestió que —segons la mateixa Sentència (FJ 1r)— presenta un «clar interès cassacional» es refereix a aquests criteris. En aquest sentit, doncs, la STSJC no sembla gaire congruent amb el que disposa l'article 487.3 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) sobre les sentències que considerin fonamentats els recursos que presentin interès cassacional.

Ara bé, en qualsevol cas i pel que fa a la doctrina establerta pel TSJC en matèria d'alteració sobrevinguda de les circumstàncies, res no es pot objectar als raonaments de la Sentència. Realment, si la regulació actual del matrimoni permet a qualsevol dels cònjuges sol·licitar la dissolució d'aquest si manifesta la seva voluntat en aquest sentit i, en conseqüència, instar el cessament de la convivència, encara menys ha d'imposar-la el conveni regulador. No té gaire sentit admetre el divorci i afirmar el caràcter vinculant i irrevocable del conveni. Per tant, si, un cop atribuït l'ús de l'habitatge conjuntament a ambdós cònjuges, un d'ells manifesta que no vol continuar vivint amb l'altre en el mateix habitatge, això constitueix certament una alteració sobrevinguda de les circumstàncies existents en el moment de la celebració del conveni regulador que ha de permetre la modificació de les mesures adoptades.

No obstant això, sí que penso que s'hauria de revisar l'admissibilitat de l'acord d'atribució conjunta de l'ús de l'habitatge familiar, encara que en aquest punt la STSJC no estableixi doctrina. Si bé és cert que la regulació legal no és prou clara, parteix del pressupòsit que l'atribució es realitza en benefici exclusiu de només un dels cònjuges. Aleshores, el TSJC planteja implícitament la qüestió de si les normes que integren aquesta regulació tenen caràcter imperatiu o dispositiu, i es decanta per aquesta darrera opció. És per això que atribueix importància al «motiu pel qual s'ha atribuït l'habitatge familiar als dos esposos» (FJ 2.1), tot palesant que la situació conflictiva deriva —sense que es pugui ignorar ni obviar— «d'un conveni signat pels dos consorts» (FJ 2.2) i que el pacte recollit en el conveni no pot «reputarse *contra-legem*, ja que precisament està previst en la norma d'aplicació pertinent al cas, sense cap restricció en el supòsit que hi hagués alguna situació perniciosa per a qualsevol dels cònjuges —com si que succeeix en el dret comú (*vide* art. 90 CC)—» (FJ 2.3). En consonància amb aquestes manifestacions, la Sentència conclou que «el conveni subscrit en aquest sentit va ser aprovat judicialment, ja que, atès que l'autoritat judicial no el va considerar perjudicial per a les filles del matrimoni, la voluntat dels propis consorts és el que s'ha de tenir en compte en primer lloc per atorgar l'ús de l'habitatge familiar —*ex art. 83.1 CF*—» (*ídem*).

Crec que aquest enfocament no és correcte i l'influeix el perjudici d'identificar dret supletori amb dret dispositiu. La referència que l'article 83.1 CF fa a l'atribució «en la forma convinguda pels cònjuges» i la rellevància que li atribueix, no revelen l'existència d'una norma dispositiva, sinó la d'una norma legal supletòria, que opera en defecte de conveni —«a manca de acord o si aquest és rebutjat»— i que no es pot confondre amb aquella. En aquest context i a l'efecte de fixar el significat i l'abast del pacte o l'acord entre els cònjuges a què al·ludeix l'article 83 CF, no es tracta de dilucidar si aquest precepte és de caràcter imperatiu o dis-

positiu, sinó de veure si recull o no una regulació susceptible de ser qualificada de «tipificadora». Al meu parer, el que està en qüestió és la mateixa tipificació o configuració legal de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, i, des d'aquest punt de vista, crec indiscutible que l'article 83 CF descriu el supòsit de fet —el que podríem anomenar el *tipus legal*— de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar entorn de la idea de la seva assignació exclusiva a un dels cònjuges. Així es desprèn de l'apartat segon del precepte, que regula —norma supletòria— l'atribució judicial de l'ús de l'habitatge si no hi ha acord entre els cònjuges o si aquest és rebutjat: «[s]i hi ha fills, l'ús s'atribueix, preferentment, al cònjuge que en tingui atribuïda la guarda» i «[s]i no hi ha fills, se n'atribueix l'ús al cònjuge que en tingui més necessitat» (art. 83.2a i b CF).

En aquestes dues afirmacions es resumeix la regulació legal de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i es configura i es tipifica el supòsit de fet que la constitueix: l'ús de l'habitatge s'ha d'assignar a un dels dos cònjuges —el que tingui atribuïda la guarda dels fills o el que es trobi en una situació de major necessitat—, de manera que l'altre s'ha de veure privat de la possibilitat d'utilitzar-lo i ha d'abandonar-lo; no és permès, doncs, atribuir-lo a ambdós ni el reconeixement d'un ús conjunt. Aquesta solució no està mancada de fonament: si la crisi matrimonial determina el cessament de la convivència conjugal (art. 102.1.1 CC), un dels aspectes que cal regular com a conseqüència de la crisi —l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar— no pot orientar-se a mantenir o restablir la convivència entre els cònjuges, encara que aquesta ja no sigui «conjugal». Tampoc, des d'un punt de vista semàntic, pot ser d'una altra manera: *atribuir* significa atorgar quelcom *ex novo* a qui abans no tenia allò que s'atorga; per aquest motiu, l'«atribució» de l'ús de l'habitatge familiar s'ha d'efectuar en benefici exclusiu de només un dels cònjuges, perquè abans, mentre era vigent el matrimoni, l'ús era compartit i corresponia a ambdós; si s'admetés l'«atribució» de l'ús conjuntament a l'un i a l'altre, no es tractaria tant d'una veritable «atribució d'ús» com d'una «continuitat en l'ús» del qual anteriorment ja es gaudia.

En conseqüència, si la configuració legal de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar la tipifica com una atribució en favor d'un dels cònjuges que exclou l'altre, l'autonomia de la voluntat no pot modificar aquesta configuració. Els cònjuges, de mutu acord, poden convenir —ajustant-se o no als criteris legals d'atribució— quin d'ells serà el beneficiari de l'ús de l'habitatge; però el que no poden fer és alterar la tipicitat de l'atribució i pactar que l'ús de l'habitatge familiar correspongui conjuntament a ambdós. Per tant, la seva assignació —en la forma convinguda pels cònjuges— a l'empara de l'article 83.1 CF no legitima l'atribució conjunta; no perquè el precepte sigui imperatiu, sinó perquè tipifica aquesta

atribució entorn de l'exigència que el beneficiari de l'ús de l'habitatge sigui necessàriament i exclusivament només un dels cònjuges.

En aquest sentit, crec que cal recordar unes paraules del professor De Castro escrites l'any 1960, les quals, encara que es referien al significat de les normes supletòries i de les normes dispositives en l'àmbit del dret d'obligacions, també es poden aplicar a la qüestió que ara ens ocupa. Tot al·ludint a la necessitat de distingir les unes de les altres, deia el professor esmentat: «Un prurito de simplificación, estableciendo escalones claramente delimitados para la regulación de los negocios jurídicos (derecho imperativo, voluntad, derecho dispositivo), nacido probablemente de preocupaciones didácticas, lleva a identificar derecho dispositivo con las normas de mera eficacia supletoria. [...] Autores alemanes [entre els quals cita Raiser, Brandt, Nipperdey i Larenz] han sido también los que mejor han reaccionado contra esta estrecha y simplista concepción del derecho dispositivo. Han vuelto a descubrir que las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una “función ordenadora”, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente».²

Així, doncs, no és que el pacte dels cònjuges en virtut del qual s'atribueix l'ús de l'habitatge familiar conjuntament a ambdós sigui anòmal, excepcional o fins i tot desaconsellable (FJ 2.3 i 4); és més que tot això: afecta la tipicitat de l'atribució, que el Codi de família configura necessàriament en benefici de només un dels cònjuges, i, per tant —encara que la STSJC ho negui (FJ 2.3 i 4)— és il·legal o *contra legem*. Tot i que la regulació de l'article 83 CF sigui de caràcter supletori, això no vol dir que sigui també dispositiva i que, per tant, la voluntat dels particulars —en aquest cas, dels cònjuges— pugui modificar-la.

4. LA REGULACIÓ DEL PROJECTE DE LLIBRE II DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

El llibre II del CCCat, dedicat a la persona i la família, establirà —segons es desprèn del text del Projecte publicat al *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 384, de 19 de gener de 2009, a partir del qual cito els seus pre-

2. Federico de CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Civitas, 1975, p. 79-80.

ceptes— una regulació més completa i precisa de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar que la que recull actualment el Codi de família. El mateix preàmbul anuncia que les regles del Codi civil de Catalunya «presenten novetats importants» (exposició de motius, IIIc, par. 21), tot destacant que, «tot i partir d'atribuir-lo [l'ús], preferentment, al cònjuge a qui correspongui la custòdia dels fills, es posa èmfasi que cal valorar les circumstàncies del cas concret», i que, per a completar la matèria, es preveuen «criteris per a la distribució de les obligacions per raó de l'habitatge» (exposició de motius, IIIc, par. 21). Per consegüent, ja d'entrada, el legislador palesa que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar que regula i tipifica el Codi civil és una atribució que es realitza en benefici de només un dels cònjuges, i això exigeix distribuir les obligacions que corresponen o es vinculen amb aquest ús, entre el cònjuge a qui s'atribueix i el que —com a conseqüència d'aquesta atribució— se'n veu privat.

Aquestes idees es desenvolupen en els sis preceptes que integren la secció IV del capítol III, títol III, llibre II, CCCat, la qual es dedica específicament a l'ús de l'habitatge familiar en les situacions de crisi matrimonial. En tots aquests preceptes es palesa que l'ús de l'habitatge familiar correspon a només un dels cònjuges, sense que es consideri la possibilitat de la seva utilització i possessió conjuntes. La finalitat de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar és satisfer la necessitat d'habitació del cònjuge que n'és beneficiari i, si escau, dels fills (arg. ex art. 233-20.6 i 233-21.1b CCCat), i la seva repercussió econòmica «ha de ser ponderada com a contribució en espècie per a la fixació del aliments als fills i de la prestació compensatòria que eventualment meriti» aquell cònjuge (art. 233-20.7 CCCat); aquesta circumstància, és evident que solament escau si l'ús de l'habitatge familiar s'atribueix només a un dels cònjuges.

D'altra banda, el primer dels preceptes de la secció IV, l'article 233-20 CCCat, quan es refereix a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, distingeix —igual que l'art. 83 CF— entre la que deriva d'un acord dels cònjuges i té caràcter preferent, i la que es produeix per decisió judicial, defectiva de l'anterior i de la qual s'ocupa també l'article 233-21.1 CCCat. Ara bé, pel que fa a la primera, mentre que en l'article 83.1 CF s'assenyala simplement que «[l]ús de l'habitatge familiar [...] s'atribueix en la forma convinguda pels cònjuges», l'article 233-20.1 CCCat disposa que «[e]ls cònjuges poden acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar [...] a un d'ambdós» (la negreta és meua).

La diferència és significativa: l'article 83.1 CF es pronuncia en termes molt amplis i reconeix un marge d'actuació també molt ampli al conveni, la qual cosa pot fer pensar —si més no com a hipòtesi, encara que aquesta sigui inadmissible— en l'eventualitat d'una atribució conjunta; l'article 233-20.1 CCCat, en canvi, és molt més precís i, tot i que parteix igualment del reconeixement de l'autonomia

de la voluntat dels cònjuges, circumscriu l'exercici a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a la necessitat que es realitzi en benefici d'un d'ells: poden assignar-lo a qualsevol dels dos, al que vulguin i tenint en compte els criteris que tinguin per convenients, però cal que sigui només a favor d'un d'ells.

Pel que fa a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per decisió judicial, els criteris previstos en els articles 233-20.2, 3 i 4 i 233-21.1 CCCat insisteixen en la idea que aquesta atribució s'ha d'efectuar en benefici de només un dels cònjuges. És més, tot i que constitueix un criteri d'atribució preferent el fet que el cònjuge beneficiari tingui assignada la custòdia dels fills menors d'edat (art. 233-20.2 CCCat), quan la custòdia sigui compartida, aquesta circumstància no permet al jutge atribuir l'ús de l'habitatge familiar a ambdós cònjuges conjuntament, sinó que ho ha de seguir fent a favor de només un d'ells, tenint en compte quin és el més necessitat de protecció (art. 233-20.3a CCCat).

La idea que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar escau únicament i exclusivament en benefici de només un dels cònjuges, es desprèn, a més, de la seva configuració en l'article 233-21.1 CCCat. En efecte, d'acord amb aquest precepte, l'atribució d'aquest ús es constitueix a partir de la cessió —voluntària o imposada— que un dels cònjuges efectua a favor de l'altre, que l'adquireix, tot convertint-se en beneficiari de la utilització de l'habitatge. Doncs bé, la consideració de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar com a conseqüència d'un acte de cessió d'un dels cònjuges i de la correlativa adquisició de l'altre, impedeix que pugui parlar-se d'una atribució conjunta. Però és que, a més, l'article 233-21.1 CCCat, que permet excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en determinats supòsits, no possibilita —en dits supòsits— la continuïtat d'ambdós cònjuges en l'habitatge: l'exclusió de l'atribució no excusa l'exigència que els cònjuges hagin de viure separats, sinó que autoritza únicament el cònjuge que —en aplicació dels criteris legals recollits en l'article 233-20 CCCat— ha de cedir l'ús de l'habitatge familiar al seu consort, que el segueixi utilitzant, ja sigui perquè «pot assumir i garantir suficientment el pagament de les pensions d'aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi a bastament les necessitats d'habitatge d'aquests» (lletra *b*), ja sigui perquè qui s'hagués de beneficiar de l'atribució «té mitjans suficients per cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills» (lletra *a*), sense necessitat de recórrer a l'ús de l'habitatge familiar.

La mateixa idea —que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar només s'ha d'assignar a un dels cònjuges— inspira la regulació de l'article 233-23 CCCat. El precepte, sota la rúbrica «Obligacions per raó de l'habitatge», s'ocupa de determinar a qui corresponen aquestes obligacions «[e]n cas d'atribució de l'ús de l'habitatge» i, pel que fa a les obligacions concretes amb motiu de les despeses

ordinàries que ocasiona l'habitatge familiar, assenyalava que ha d'assumir-les el cònjuge «beneficiari del dret d'ús». Cal destacar que la previsió de l'article 233-23 CCCat es refereix i s'aplica «[e]n cas d'atribució de l'ús de l'habitatge», en tots els supòsits en què escaigui, i no en el cas que l'atribució es realitzi en benefici de només un dels cònjuges. És a dir, que en tot supòsit d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar hi ha sempre un únic cònjuge beneficiari d'aquest ús, la qual cosa palesa que el legislador, quan ho regula, no pren en consideració la possibilitat que aquesta atribució pugui realitzar-se a favor d'ambdós cònjuges.

Finalment, el mateix succeeix en la regulació dels actes dispositius que afectin els drets reals que es tinguin sobre l'habitatge familiar l'ús del qual ha estat atribuït: l'article 233-25 CCCat, que s'ocupa de la qüestió, parteix de la base que tota atribució d'ús s'efectua en benefici de només un dels cònjuges, la qual cosa permet —una vegada realitzada l'atribució— distingir entre el cònjuge que gaudeix de l'ús de l'habitatge i el que es veu privat de la possibilitat d'utilitzar-lo, distinció que —com és obvi— no seria factible si l'atribució pogués ser conjunta. Doncs bé, pressuposada l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a un dels cònjuges, el que estableix l'article 233-25 CCCat és que, quan l'habitatge sigui titularitat exclusiva d'un dels cònjuges, aquest pot disposar lliurement i unilateralment dels seus drets, sense necessitat de tenir el «consentiment» —*rectius*: «assentiment»— del seu consort, que tampoc no cal quan és aquest qui té l'ús de l'habitatge, ja que els actes o negocis dispositius realitzats en cap cas poden perjudicar aquest ús.

En definitiva, doncs, el Codi civil de Catalunya considera l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar com una atribució que necessàriament ha d'efectuar-se a favor d'un dels cònjuges, de manera que no és admissible —ni encara que sigui per acord entre els cònjuges— l'atribució conjunta en benefici d'ambdós. Els cònjuges són lliures de decidir a qui correspon l'ús de l'habitatge, fins i tot prescindint, sempre que no resulti lesiu per als interessos dels seus fills, dels criteris legals d'atribució; però no poden modificar la configuració d'aquesta atribució, atès que això significa alterar els trets típics que la defineixen.

5. CONCLUSIÓ

La STSJC de 18 de gener de 2010 ha establert doctrina jurisprudencial —però no jurisprudència— en relació amb l'article 80 CF, en matèria d'alteració sobrevinguda de les circumstàncies com a causa de modificació del que es va pactar en el conveni regulador i va ser sancionat amb posterioritat en la sentència de divorci, per més que la qüestió que suscitava interès cassacional no es re-

lacionava tant amb aquesta modificació com amb l'admissibilitat o no d'atribuir —a l'empara de l'art. 83 CF— l'ús conjunt de l'habitatge familiar a ambdós cònjuges en una situació de crisi matrimonial. Malgrat tot, aquesta doctrina ha de servir per a interpretar i aplicar el que disposa l'esmentat article 80 CF i també el que preveu l'article 233-7 CCCat, que recull —de manera essencial— les seves disposicions. Però, a més, la STSJC de 18 de gener de 2010 analitza la incidència de l'autonomia de la voluntat dels cònjuges en l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar i li reconeix un abast pràcticament il·limitat, fins a l'extrem que admet la possibilitat de l'atribució conjunta d'aquest ús, en benefici d'ambdós cònjuges. Doncs bé, al meu parer, les manifestacions del TSJC en aquest punt, que, en qualsevol cas, no constitueixen doctrina jurisprudencial, són més que discutibles, atès que, a la seva empara, els cònjuges resten legitimats per a vulnerar la configuració i la tipificació que de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar realitza el legislador en el Codi de família i, més assenyaladament, en el Codi civil de Catalunya.