

ATRIBUCIÓ DE L'ÚS D'ALTRES RESIDÈNCIES (COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 28 DE GENER DE 2013)

Marina Castells i Marquès
Doctoranda
*Universitat Autònoma de Barcelona*¹

1. INTRODUCCIÓ

En el dret civil de Catalunya, per aplicació dels articles 76.3a *in fine* i 79 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (CF), en els procediments matrimonials contenciosos de nul·litat del matrimoni, divorci o separació judicial, l'autoritat judicial disposava d'una certa discrecionalitat a l'hora de decidir sobre l'atribució de l'ús d'altres residències. Per una banda, podia substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències, sempre que aquestes resultessin idònies per a satisfer la necessitat d'habitatge. Per altra banda, també podia atribuir l'ús d'altres residències, a més de l'habitatge familiar, per tal d'assegurar que ambdós cònjuges tinguessin coberta la necessitat d'habitatge. De manera que a l'espòs a qui no hagués correspost el dret d'ús sobre l'habitatge familiar, se li podia atribuir excepcionalment l'ús d'un altre habitatge, de titularitat compartida o individual.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), a través de la Sentència de 28 de gener de 2013, va resoldre un recurs de cassació sobre un cas en el qual s'havia atribuït l'ús de l'habitatge familiar a l'esposa, ja que tenia la guarda i custòdia dels fills comuns, i s'havia constituït un dret d'ús sobre un altre habitatge, propietat de la muller, al marit. Els dos motius invocats en el recurs i resolts per la Sentència foren que l'atribució de l'ús d'un habitatge, que no era l'habitatge familiar, tenia caràcter temporal i que aquesta atribució incloïa no només la facultat d'ús de la residència, sinó també la de gaudi.

Prement com a punt de partida la Sentència que és objecte del present comentari, s'analitza en primer lloc la jurisprudència precedent que havia estat dictada per les audiències provincials de Catalunya i pel TSJC en aquest àmbit. Concretament, s'examina en

1. marina.castellsm@e-campus.uab.cat.

quins supòsits s'havia considerat procedent l'atribució d'ús d'altres residències, així com la definició del concepte mateix d'*altres residències*. En la segona part del comentari s'analitzen de manera detallada els dos motius plantejats en el recurs de cassació, els quals havien estat admesos pel TSJC perquè presentaven interès cassacional, ateses les escasses vegades que s'havia pronunciat sobre aquest article. Finalment, es formulen algunes consideracions finals, fruit de la comparació entre la regulació anterior continguda en el CF i la nova regulació introduïda per la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (CCCat).

2. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 28 DE GENER DE 2013

2.1. SUPÒSIT DE FET

La Sentència que es comenta, amb ponència del magistrat Enric Anglada i Fors, resol sobre un plet, iniciat per l'esposa a l'agost del 2007, a través del qual es va dissoldre per divorci el matrimoni celebrat al setembre del 2001 i fruit del qual havien nascut tres fills, que en la data de la Sentència eren tots menors d'edat.

En el moment de la crisi matrimonial l'esposa disposava d'uns ingressos anuals, fruit de la seva col·laboració amb una empresa de turisme, suficients per a fer front a les seves obligacions creditícies i al manteniment dels tres fills. En canvi, l'espòs va encadenar dos contractes laborals, celebrats amb dues empreses diferents, fins que s'extingí la relació laboral i a partir del maig del 2008 va passar a percebre una prestació de desocupació. Cal matisar que, malgrat que en els tres primers anys de duració del matrimoni l'espòs havia estat desenvolupant diverses activitats laborals, a partir de l'any 2004 i fins a la ruptura del matrimoni, que es va produir tres anys més tard, es va dedicar a les feines domèstiques en la llar familiar i a la realització d'obres de construcció en una finca propietat de la família.

Com que ambdós litigants són de nacionalitat holandesa —no només en el moment de la celebració del matrimoni, sinó també en el moment de la interposició de la demanda—, malgrat que són residents a Espanya i estan domiciliats a Catalunya, a sol·licitud de l'espòs el dret aplicable fou el Codi civil d'Holanda (CCH),² el qual estableix en el seu article 93 que el règim econòmic matrimonial és el de la comunitat legal de béns, que es caracteritza per una comunitat absoluta dels béns.³

2. No obstant això, cal matisar que en la sentència dictada pel jutjat de primera instància es va declarar que el règim econòmic matrimonial era el de separació de béns i que calia procedir a la liquidació i divisió dels béns en situació de proindivisió entre les parts litigants.

3. En aquest règim legal, el qual es dissol per divorci, s'inclouen tots els béns d'ambdós cònjuges, tant els adquirits abans com els adquirits durant el matrimoni. En principi, correspon a cada un d'ells la meitat del béns, si bé a través d'un conveni de divorci o en el moment de repartir els béns es pot optar per

El Jutjat de Primera Instància Número 4 de Reus va reconèixer en la Sentència dictada el 28 d'abril de 2010 la titularitat i l'exercici conjunt de la pàtria potestat dels fills a ambdós progenitors i va atorgar la guarda i custòdia a la mare, alhora que va reconèixer un règim de visites al pare, el qual havia de pagar, en concepte de pensió d'aliments, una quantitat de 450 € mensuals (150 € per cada fill). L'ús del domicili familiar, situat a Vilafortuny (Cambrils), es va atribuir als fills i a la mare. Finalment, la Sentència va denegar la petició de l'espòs que li fos atribuït l'ús d'un immoble propietat de l'esposa i situat a Pineda de Salou, mentre no s'hagués portat a terme la liquidació de la comunitat legal de béns. La Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona (APT) va estimar parcialment⁴ a través de la Sentència de 13 d'abril de 2011 el recurs presentat per l'espòs, atès que va reconèixer-li l'atribució de l'ús i el gaudi de l'habitatge propietat de la muller a Pineda de Salou sense límit temporal, sobre la base de l'article 76.3 CF, així com una extensió del règim de visites als dies festius o ponts annexos a un cap de setmana.

L'esposa va presentar, per una banda, un recurs extraordinari per infracció processal, a l'empara de l'article 469 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC), el qual fou inadmes a tràmit per la Interlocutòria del TSJC de 14 de setembre de 2012 perquè els motius formulats no guardaven relació amb els motius de cassació admesos. Per altra banda, també va interposar un recurs de cassació a l'empara de l'article 477.2.3 LEC, el qual fou admès perquè presentava interès cassacional.⁵ El primer motiu invocat fou si l'atribució de l'ús d'un habitatge que no és l'habitatge familiar, permesa per l'article 76.3a CF, es troba limitada temporalment. El segon motiu de recurs era si aquest mateix precepte considera no només la facultat d'ús de la residència, sinó també la de gaudi. És a dir, si a l'empara d'aquest mateix article és possible la constitució d'un dret real d'usdefruit.

La Sentència del TSJC, dictada el 28 de gener de 2013, va estimar ambdós motius i va cassar la sentència d'apel·lació en els termes següents: atribuï al marit l'ús —però no el gaudi— de l'habitatge, propietat de l'esposa, fins al moment en què s'hagués produït la liquidació de la comunitat de béns, pròpia del règim holandès.

altres solucions. Vegeu més informació sobre aquesta qüestió al llibre primer del Codi civil d'Holanda (*Burgerlijke Wetboek*), concretament en el títol IX (art- 1:150-166) i en el títol X (art. 1:168-183).

4. Se li va desestimar el reconeixement d'una prestació d'aliments per un import de 1.500 € mensuals, a l'empara de l'art. 153 CCH, així com la disminució de la quantia en la prestació d'aliments als fills de 450 € a 300 € mensuals.

5. El TSJC va argumentar que la resolució del recurs tenia interès cassacional perquè el TSJC només s'havia pronunciat en una ocasió, a través de la Sentència de 3 de març de 2005, sobre l'art. 76.3a *in fine* CF. L'altre argument que es va adduir fou «unido a que la cuestión controvertida puede afectar en tal caso a hijos menores de edad, existiendo, por ende, un interés de orden público, debe, obviamente, suavizarse el excesivo rigor formalista con que la parte oponente enfoca y encauza su tesis».

2.2. QÜESTIONS PRÈVIES

Els dos motius invocats en el recurs de cassació, que foren admesos perquè presentaven interès cassacional, versen sobre la interpretació de l'article 76.3a *in fine* CF. Aquest precepte regulava els aspectes que havien de ser objecte de regulació en els casos de nul·litat del matrimoni, divorci o separació judicial, a través del conveni regulador (art. 77 CF). Un d'aquests aspectes era «l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, amb el parament corresponent, i, si és el cas, de les altres residències». Per aquest motiu, el jutge de primera instància només podia resoldre directament sobre aquests aspectes quan el procediment hagués estat iniciat per un dels cònjuges sense el consentiment de l'altre, d'acord amb l'article 79.1 CF.

L'atribució de l'ús de les altres residències implica no només gravar el dret de propietat a través de la constitució d'un dret real d'ús inscripcible en el Registre de la Propietat en favor del no-títular, sinó que resulta contrari al legítim interès econòmic de les parts de liquidar el patrimoni comú sense càrregues addicionals. La raó és que, en cas que s'exerciti l'acció de divisió de la cosa comuna (si es tracta de béns comuns dels esposos),⁶ el dret d'ús constituït resulta oposable enfront de tercers i els adquirents l'han de respectar.

2.2.1. Concepte d'«altres residències»

En un primer moment, el TSJC va considerar que en funció de les circumstàncies de cada cas concret els tribunals d'instància havien de perfilar el concepte d'«altres residències».⁷ Les audiències provincials van considerar majoritàriament que el concepte d'«altres residències» no es limitava al de *segones residències*, sinó que era més ampli.⁸ No obstant això, calia com a mínim que l'habitatge tingués els

6. Sentència de la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial (AP) de Barcelona de 29 de juliol de 2002 i sentències de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona d'11 de març de 2004 i 22 de novembre de 2005.

7. En la Sentència de 3 de març de 2005 el TSJC va manifestar: «Otra cosa es que, en los concretos casos considerados en las sentencias que se aportan, la Audiencia haya considerado no idónea la atribución a uno de los cónyuges de una residencia puramente veraniega». De la mateixa manera es va tornar a posicionar en la Interlocutòria de 3 de març de 2007: «Tal análisis valorativo llevará en algunos casos a la conclusión de que al inmueble en cuestión sí que debe atribuírsele la condición de residencia y en otros lo contrario».

8. En aquest sentit es posicionava la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona en la Sentència d'11 de març de 2004: «El texto legal no está hablando de *segunda residencia* en el sentido que habitualmente se emplea para definir aquella vivienda en que la familia habitualmente pasa los períodos vacacionales o de descanso, sino de cualquier otra residencia que posea la familia de tal manera que podría ocurrir que la familia tuviera varias residencias, ya sea en la playa o la montaña, ya en otra ciudad, sin que pudiera asignárseles el carácter de segunda residencia, al ser utilizadas de forma esporádica por todos o algunos de los

serveis essencials per a poder complir la funció de residència habitual i permanent.⁹

Aquest posicionament fou finalment confirmat pel TSJC en la Sentència de 30 de juliol de 2012,¹⁰ que va precisar que no era necessari que la família estigués fent ús de l'habitatge i que també es trobaven inclosos en aquest concepte els habitatges que estiguessin sent rendibilitzats pels cònjuges. Aquest és el cas de la sentència objecte d'anàlisi, en la qual es considera com a «altra residència» un habitatge que fins aleshores havia estat destinat a l'allotjament dels xofers d'una empresa de turisme amb la qual l'esposa mantenia una activitat de col·laboració.

2.2.2. *Procedència de l'atribució d'ús d'altres residències*

L'article 76.3a CF estableix que es podrà atribuir l'ús de l'habitatge familiar, així com el d'altres residències «si és el cas». En la mesura que el legislador no va precisar els requisits o criteris que havien de concórrer per tal que això fos possible, cal fer en cada cas una ponderació de les circumstàncies per tal de determinar si l'atribució resulta procedent o no.

En un primer moment, els jutjats i tribunals catalans van interpretar aquest precepte de forma divergent. Mentre que per a alguns era aplicat amb un cert caràcter generalitzat,¹¹ per a altres era considerat un supòsit extraordinari.¹² Aquesta divergència de postures finalment fou resolta pel TSJC a través de la Sentència de 3 de març

miembros de la familia». En aquest mateix sentit també es pronuncien les sentències de la mateixa Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 28 de juliol i 29 de desembre de 2009.

9. La Sentència Dotzena de l'AP de Barcelona de 19 d'abril de 2007 (confirmada posteriorment per la Interlocutòria del TSJC de 3 de desembre de 2007) denegà la consideració de residència a un local destinat a residència geriàtrica: «Por lo que no nos encontramos ante una vivienda, sino un local con sala de calderas, patio y local anexo [...] y el esposo declara que dicho inmueble carece de cocina y tiene un baño geriátrico, y que el local anexo se halla alquilado».

10. Es va manifestar en els termes següents: «Estas residencias pueden ser tanto las viviendas que se usan transitoria o estacionalmente, como otras que sean susceptibles de uso».

11. Per exemple, la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 20 de gener de 2003: «Certament l'article esmentat [art. 76.3a CF] no pretén [...], sinó fonamentalment de proveir cada part d'un habitatge habitual i permanent havent-n'hi dos en copropietat o en ús arrendatí en el patrimoni familiar». Trobem un altre exemple en la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 29 de juliol de 2002, la qual permetia l'atribució de l'ús d'una residència a un dels cònjuges en el cas que «la familia utilizase de forma indistinta dos fincas como residencias familiares simultáneas».

12. Per exemple, la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona d'11 de març de 2004: «La mención que se efectúa en el art. 76.3.a) a la atribución del uso de otras residencias se convierte en excepcional atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso en aras a tratar de regular con la mayor eficacia posible todos los efectos de separación, y por ello, de no acreditarse razonablemente que exista una causa justificada para atribuir cualquier otra residencia propiedad de la familia a uno sólo de los cónyuges, no cabe efectuar pronunciamiento en sede matrimonial».

de 2005.¹³ El criteri doctrinal interpretador fou que l'atribució de l'ús d'altres residències tenia un caràcter excepcional i per això només era possible quan es justificués una necessitat motivada per la satisfacció d'interessos superiors majors necessitats de protecció,¹⁴ ja fos dels fills¹⁵ o d'algun dels cònjuges.¹⁶

És possible identificar dos supòsits en els quals s'ha considerat procedent l'atribució de l'ús d'altres residències, a través de l'examen de la jurisprudència de les audiències provincials, en la mesura que han estat les que han aplicat l'article 76.3a CF en els casos concrets, conforme amb el criteri interpretador del TSJC.

Per una banda, s'ha recorregut a aquest article per a assegurar que ambdós cònjuges tinguessin coberta la necessitat d'habitatge. De manera que si el cònjuge al qual no s'havia atribuït l'ús de l'habitatge familiar no tenia cap habitatge a la seva disposició, perquè no tenia el dret d'ús o resultava inhabitable,¹⁷ però sí que era copropietari d'un habitatge amb l'altre cònjuge,¹⁸ era possible que l'autoritat judicial li atribuís l'ús sobre aquest últim.¹⁹

Mentre que algunes sentències aplicaven l'atribució de l'ús d'altres residències amb un cert caràcter automàtic, per tal d'assegurar que els dos membres de la parella

13. La posició defensada en aquesta Sentència s'ha mantingut posteriorment en la Sentència del TSJC de 30 de juliol de 2012, així com en la Interlocutòria de 17 de desembre de 2012.

14. Algunes audiències provincials havien considerat també com a causes justificades: «razones de orden público (reparto de la custodia de los hijos menores entre los cónyuges), económicas (destino de la finca a actividades productivas indispensables para la familia), o de equidad» (Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 29 de juliol de 2002).

15. Per aplicació de l'interès superior del menor, entès com allò que «objetivamente sea mejor para él»; vegeu M. del Carmen GETE-ALONSO, Maria YSÀS i Judith SOLÉ RESINA, *Derecho de familia vigente en Cataluña*, València, Tirant lo Blanch, 2010, p. 97-98.

16. En la Sentència de 3 de març de 2005 el TSJC es va manifestar en els termes següents: «nada obsta que a la esposa —con las hijas— el Juez le otorgue la segunda residencia [...], máxime cuando muy cerca de ella viven los padres de aquélla, estudian las hijas y trabaja la mujer». En la Sentència de 30 de juliol de 2012 el TSJC va realitzar la següent ponderació: «Es por ello que el presente supuesto exige que se pondere entre la necesidad de que la hija menor de las partes cuente con una vivienda estable en la que residir, que haría inidónea la atribución de la vivienda familiar utilizada por el matrimonio a precario, y el legítimo interés económico de los litigantes en liquidar el patrimonio común sin cargas adicionales. [...] Esa ponderación ha de resolverse lógicamente, en este caso, a favor del superior interés del menor».

17. Vegeu la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 22 de novembre de 2005.

18. Vegeu la Sentència de la Secció Segona de l'AP de Girona de 27 de juny de 2011; la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 17 de febrer de 2004; la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 22 de novembre de 2005; la Sentència de la Secció Segona de l'AP de Girona de 27 de juny de 2011; la Sentència de la Secció Primera de l'AP de Tarragona de 4 de maig de 2012, i la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 3 de juliol de 2012 (confirmada per la Interlocutòria del TSJC de 17 de desembre de 2012, per la qual no s'admet el recurs a tràmit).

19. Aquesta posició fou confirmada pel TSJC en la Sentència de 3 de març de 2005: «Es cierto que el Codi parte de la atribución al esposo o a la esposa del *habitatge familiar*, pero si éste es atribuido, expresa o tácitamente, al primero, cual es el caso, nada obsta que a la esposa —con las hijas— el Juez le otorgue la segunda residencia (porque así lo permite la ley)».

tinguessin garantit el dret d'habitació,²⁰ en d'altres sí que s'entrava a valorar de manera més detallada la necessitat (p. ex., si es podia permetre econòmicament accedir a un altre habitatge)²¹ i la pertinència de la decisió (p. ex., si es corresponia amb el municipi en el qual s'estava desenvolupant l'activitat laboral retribuïda).²²

És important posar de manifest que la Sentència del TSJC objecte d'anàlisi ha estat especialment trencadora en aquest aspecte, atès que al progenitor que no té la guarda i custòdia dels fills comuns se li atribueix l'ús d'una residència propietat de l'altre cònjuge. Fins aleshores, com s'ha comentat abans, la jurisprudència de les audiències provincials no havia atribuït l'ús dels habitatges de titularitat única del cònjuge que tenia atribuïda la guarda i custòdia dels fills comuns a l'altre cònjuge, llevat que hagués estat pactat per les parts.²³

Aquest posicionament en la Sentència objecte d'anàlisi es va justificar pel fet que el pare no disposava de cap residència on pogués portar a terme el règim de visites i comunicació amb els fills. En el cas de la sentència d'apel·lació es va fer una ponderació entre els interessos del pare i els fills en disposar d'un habitatge enfront dels interessos econòmics de la mare com a propietària, i va concloure que predominaven els primers.²⁴

Per altra banda, aquest precepte també s'ha aplicat per a substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la de l'ús d'altres residències.²⁵ Aquesta situació es

20. Vegeu la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 28 de juliol de 2009: «[...] ello permite además garantizar a los dos miembros de la pareja el derecho de habitación sin perjuicio del otro y con la consiguiente disminución de los gastos para aquél que se ha visto condicionado a abandonar el domicilio familiar». En aquest mateix sentit es va pronunciar la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 29 de desembre de 2009 (cassada per la Sentència del TSJC de 16 de desembre de 2010, tot i que el pronunciament es va mantenir respecte de les altres residències), així com la Sentència de la Secció Primera de l'AP de Tarragona de 4 de maig de 2012.

21. Vegeu la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 18 de maig de 2006 i la Sentència de la Secció Segona de l'AP de Girona de 27 de juny de 2011.

22. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 29 de juliol de 2002.

23. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 27 de març de 2012.

24. En la Sentència de la Secció Primera de l'AP de Tarragona de 13 d'abril de 2011 es va considerar que «en tanto en cuanto que la asunción de la obligación de acomodar a los choferes de la empresa [...], que no alza azafatas [...], no es imprescindible que se cumpla en el referido piso, [...], al tiempo que los intereses de los hijos y de su padre a una vivienda digna se impone por encima de unos intereses económicos de la apelada».

25. Es considerava que l'atribució de l'ús d'altres residències per tal d'assegurar que els fills comuns en poguessin fer ús durant els períodes de vacances no estava justificada per «razones suficientes cuya finalidad sea la protección de la familia o al menos de alguno de los núcleos en que aquella se divide tras la separación matrimonial» (Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 5 de juliol de 2005). En el mateix sentit s'havia posicionat anteriorment la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 20 de maig de 2002 (cassada per la Sentència del TSJC de 10 de febrer de 2003, però el pronunciament efectuat es va mantenir respecte de les altres residències): «sólo pueden asignarse las otras residencias cuando efectivamente se precisan, esto es, en concepto de residencia habitual y permanente». Trobem un altre exemple d'aquesta posició en la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de

produïa quan era o havia esdevingut inviable l'ús de l'habitatge familiar,²⁶ tot i que també hi havia supòsits en què es considerava que l'atribució de l'ús d'altres residències era més idònia que no pas la de l'habitatge familiar mateix.²⁷ Els motius en aquest cas podien ser la proximitat de familiars propers que poguessin auxiliar en l'atenció als fills,²⁸ haver estat contractat laboralment per a desenvolupar tasques remunerades,²⁹ el lloc d'escolarització dels fills o qüestions d'arrelament.³⁰ En qualsevol cas, aquestes altres residències podien ser tant de titularitat compartida³¹ com de titularitat única.³²

2.3. QÜESTIONS PLANTEJADES

El recurs de cassació plantejat per l'esposa es va admetre perquè presentava interès cassacional, atès que el TSJC tan sols s'havia pronunciat una única vegada

Barcelona de 20 de gener de 2003, que va establir que «certament l'article esmentat [art. 76.3a CF] no pretén una atribució en ús a temps compartit com si d'una mena de multipropietat es tractés sinó fonamentalment de proveir cada part d'un habitatge habitual i permanent havent-n'hi dos en copropietat i en ús arrendatí en el patrimoni familiar».

26. Per exemple, en el cas de la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona d'11 de novembre de 2010, posteriorment confirmada per la Sentència del TSJC de 29 de febrer de 2012, com que l'habitatge familiar havia estat subhastat per impagament del crèdit hipotecari, es va atribuir l'ús d'una altra residència de propietat comuna a les filles i a la mare (que tenia atribuïda la guarda i custòdia d'aquestes). Trobem un altre exemple en la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 27 de març de 2012, en la qual els fills i l'esposa (tenia atribuïda la guarda i custòdia d'aquests) havien estat desallotjats de l'habitatge que havia estat fixat per la Sentència de Primera Instància com a habitatge familiar, com a conseqüència de l'impagament de les rendes per part de l'espòs, i en substitució d'aquest se'ls va atribuir l'ús d'un altre habitatge de titularitat compartida.

27. En aquest sentit trobem la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 25 de maig de 2004: «nos parece razonable atribuir el uso de esa vivienda a la esposa, para que la ocupe con las hijas de los litigantes, en vez de atribuir a la señora B. el uso del piso de Barcelona [era l'habitatge familiar]». Aquesta posició fou confirmada per la Sentència del TSJC de 30 de juliol de 2012.

28. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 25 de juny de 2004: «Los padres de la esposa residen en Guissona, localidad muy próxima a Torrefeta, en la que las hijas están escolarizadas, lo que permite que dichos señores auxilien a la esposa en el cuidado de las menores, lo que es conveniente que ocurra dado que, necesariamente, la esposa ha debido ponerse a trabajar y deberá seguir haciéndolo».

29. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 25 de juny de 2004.

30. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 25 de juny de 2004, així com la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 27 de març de 2012: «[...] además debe considerarse que los hijos comunes están escolarizados en Sant Cugat, donde tienen su arraigo y desarrollan todas sus actividades de formación y ocio».

31. Vegeu la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona d'11 de novembre de 2010 (confirmada per la Sentència del TSJC de 29 de febrer de 2012) i la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 27 de març de 2012.

32. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 25 de juny de 2004.

sobre la possibilitat d'atribuir l'ús d'altres residències per tal de garantir que ambdós cònjuges tinguessin satisfeta la necessitat d'habitatge, cosa que havia fet en la Sentència de 3 de març de 2005.³³

La Sentència del TSJC resol els dos motius que s'havien plantejat en el recurs de cassació, els quals versaven sobre si s'havia de temporalitzar o no l'atribució de l'ús de les residències diferents de l'habitatge familiar i si l'atribució de la facultat d'ús incloïa també la de gaudi.

2.3.1. *Temporalització en l'atribució d'ús d'altres residències*

Abans de res, cal matisar que si bé en la jurisprudència dictada per les audiències provincials existia consens sobre la necessitat d'atribuir l'ús d'altres residències amb caràcter temporal, no resultava clar si la mateixa protecció jurídica de què gaudia l'habitatge familiar resultava extensible a les altres residències. La raó és que, atès que es negava l'atribució de l'ús de les segones residències amb caràcter vitalici sobre la base que no es podia anar més enllà de les previsions de l'article 83 CF,³⁴ s'havien pogut originar incerteses respecte de l'equiparació de la protecció de l'habitatge familiar amb la de les altres residències.³⁵

Per tal d' aclarir aquesta incertitud, el TSJC va puntualitzar en la Sentència objecte d'anàlisi que «el uso de esta segunda residencia no tiene la misma condición jurídica, ni goza de idéntica protección, a efectos de terceros, que el uso del domicilio familiar propiamente dicho, en cuanto éste es el único que constituye la sede del hogar familiar».³⁶ De fet, aquesta diferència de protecció té la seva plasmació en la fixació del període de temps pel qual s'atribueix l'ús de les altres residències.

33. No obstant això, s'havia pronunciat més vegades sobre l'últim incís de l'article 76.3a CF, però havia estat sobre altres qüestions. Vegeu la Interlocutòria de 3 de desembre de 2007, la Sentència de 29 de febrer de 2012, la Sentència de 30 de juliol de 2012 i la Interlocutòria de 17 de desembre de 2012.

34. En aquest sentit, vegeu la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona de 22 de novembre de 2005: «Nunca podría ser estimada en los términos solicitados, es decir, con carácter exclusivo y vitalicio, pues si el CF, al regular el uso de la vivienda familiar, deja claro el carácter temporal de dicho uso, carecería de sentido una atribución del derecho de uso de otra residencia sin límite temporal». En el mateix sentit es va posicionar la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona d'11 de novembre de 2010 (fou confirmada per la Sentència del TSJC de 29 de febrer de 2012): «No puede en la atribución del uso de otras residencias, de carácter excepcional, ir más allá de las previsiones que el artículo 83 del CF contiene para la vivienda habitual».

35. De fet, en la Sentència de la Secció Segona de l'AP de Girona de 27 de juny de 2011 es reconeix: «És cert que aquesta norma [art. 83.2b CF] està pensada per a l'habitatge familiar, no per a l'ús d'una segona residència. No obstant, atès el que preveu l'article 76.3.a del CF, que fa esment a *les altres residències*, no trobem cap inconvenient en aplicar el mateix criteri».

36. En aquest mateix sentit ja s'havien posicionat anteriorment la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 29 de juliol de 2002, la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona d'11 de març de 2004 i la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 27 de març de 2012.

Quan l'atribució de l'ús de les altres residències es fa a un dels cònjuges per tal de satisfer la necessitat d'habitatge d'ambdós esposos, la regla general és que s'atribueixi fins a la divisió dels béns que els cònjuges tenen en comunitat ordinària indivisa, com a conseqüència de l'exercici de l'acció de divisió de la cosa comuna,³⁷ a diferència del que passa amb l'habitatge familiar, l'ús del qual s'atribueix per a tot el temps que duri la necessitat que l'ha motivada. La raó que s'atribueixin les altres residències per un període de temps menor és que es puguin transmetre els béns immobles lliures de la càrrega d'un dret d'ús.

En aquest mateix sentit es va posicionar la Sentència objecte d'anàlisi, ja que va atorgar l'ús de la segona residència al pare, si bé fins a la liquidació de la comunitat de béns, pròpia del règim holandès. Aquesta temporalització es va justificar amb el fet que es va considerar que en aquell moment la situació econòmica de l'espòs hauria millorat i ja disposaria de mitjans suficients per a tenir un habitatge on podria portar a terme el règim de visites i comunicació amb els fills comuns.

En canvi, quan l'atribució de l'ús de les altres residències es fa per a substituir la de l'habitatge familiar i l'espòs beneficiari té atribuïda la guarda i custòdia dels fills comuns, s'acostuma a atorgar generalment pel temps que aquesta duri, amb independència de si l'habitatge és de titularitat única o de titularitat compartida.³⁸

No obstant això, a diferència de l'atribució de l'habitatge familiar, es valora en les sentències si el progenitor al qual s'ha atribuït l'ús disposa d'altres habitatges de la seva propietat, tot i que en la majoria dels casos l'atribució es manté durant el temps que duri la guarda.³⁹ Aquesta postura més flexible es justifica amb el fet que, com s'ha comentat abans, la previsió de l'article 76.3a *in fine* CF havia estat emprada quan l'ús de l'habitatge familiar era o havia esdevingut inviable.

37. Vegeu la Sentència de la Secció Divuitena de l'AP de Barcelona d'11 de novembre de 2010 (fou confirmada per la Sentència del TSJC de 29 de febrer de 2012), així com la Sentència de la Secció Primera de l'AP de Tarragona de 4 de maig de 2012.

38. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 25 de juny de 2004 (l'habitatge era titularitat de l'altre cònjuge), així com la Sentència del TSJC de 30 de juliol de 2012 (l'habitatge era de copropietat).

39. Vegeu la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 25 de juny de 2004: «[...] esos inmuebles [vivienda y un local de negocios] están arrendados y Dña. B. percibe las rentas desde hace ya bastantes años, cedidas por sus padres, sin que la economía de la familia aconseje que, en la actualidad, se prescindiera de esas rentas, en lo que el propio señor N. tiene interés, como medio de evitar que las prestaciones puestas a su cargo sean superiores». En sentit contrari trobem la Sentència de la Secció Dotzena de l'AP de Barcelona de 27 de març de 2012, en la qual l'atribució de l'ús es va limitar fins al moment de la divisió efectiva i, en qualsevol cas, per un termini màxim de dos anys, perquè es va valorar que disposava d'un habitatge de propietat sobre el qual s'havia constituït un arrendament.

2.3.2. *Facultat de gaudi*

El segon motiu del recurs de cassació versava sobre si l'atribució de l'ús d'altres residències, prevista en l'article 76.3a *in fine* CF, incloïa la facultat de gaudi. Per tant, si resultava possible la constitució d'un dret real d'usdefruit en lloc d'un dret real d'ús. La qüestió va sorgir com a conseqüència del fet que la sentència dictada en apel·lació per l'Audiència Provincial de Barcelona va establir que «se atribuya al apelante el uso y disfrute de la vivienda». Cal tenir en compte que mentre que el dret d'usdefruit reconeix la facultat d'ús (*uti*) i de gaudi (*frui*), el dret d'ús tan sols inclou el primer.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va concloure que l'atribució de l'ús d'altres residències, igual que l'atribució de l'ús dels habitatges familiars, en cap cas inclou la facultat de gaudi.⁴⁰ Així, els beneficiaris de l'atribució són titulars d'un dret real d'ús i, per tant, només poden utilitzar el bé allè de manera suficient per a atendre llurs necessitats i les dels qui convisquin amb ells (art. 562-6 CCCat).

3. CONSIDERACIONS FINALS

L'aplicació del CF per part dels jutjats i tribunals catalans per a regular els efectes de la nul·litat del matrimoni, el divorci i la separació judicial serà cada vegada menor, atès que els processos matrimonials iniciats a partir de l'1 de gener de 2011 ja es resolen conforme amb el llibre segon del Codi civil de Catalunya.⁴¹ Cal manifestar que la nova regulació ha modificat substancialment la normativa anterior.

Per una banda, ha limitat el nombre de supòsits en els quals resulta possible l'atribució de l'ús d'altres residències. En l'article 233-4 CCCat, en el qual s'estableixen les mesures que han de ser acordades per l'autoritat judicial en els processos matrimonials contenciosos i en cas que els cònjuges no hagin assolit un acord sobre el contingut del conveni regulador, no es fa cap referència a les altres residències. Aquestes tan sols es troben regulades en l'article 233-20.6 CCCat, el qual estableix que l'autoritat judicial pot substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge per la d'altres residències sempre que resultin idònies per a satisfer la necessitat d'habitatge del cònjuge i els fills. Per tant, es pot concloure que en el Codi civil de Catalunya, a diferència del Codi de família, l'autoritat judicial ja no pot atribuir l'ús d'altres residències amb l'objectiu d'assegurar que ambdós cònjuges tinguin coberta la necessitat d'habitatge.

Per altra banda, la possibilitat legal de substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències es troba recollida en el mateix article que regula

40. Es va manifestar en els termes següents: «Por tanto y sin necesidad de ninguna otra argumentación, dada la claridad de la cuestión debatida, debe admitirse la pretensión de la recurrente de atribuir al conviviente sólo el uso —y no el disfrute— de la referida vivienda».

41. Disposicions transitòria tercera i final cinquena del llibre segon del Codi civil de Catalunya.

l'atribució de l'habitatge familiar (art. 233-20 CCCat), de manera que les disposicions previstes en aquest article li resulten aplicables.

De tota manera, malgrat els canvis legislatius introduïts, cal manifestar que no s'ha produït una completa confluència regulativa amb el dret civil estatal. Si bé ja no resulta possible en els processos matrimonials contenciosos l'atribució de l'ús d'altres residències per a assegurar que ambdós esposos tinguin coberta la necessitat d'habitatge, sí que es pot substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències, a diferència del que passa en el dret civil estatal, en el qual en cap cas l'autoritat judicial pot atribuir l'ús d'un habitatge que no sigui el familiar.⁴²

42. Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2012. Es va considerar que en l'article 91 CC, en el qual es determinen les mesures que ha d'adoptar l'autoritat judicial en les sentències de nul·litat, separació o divorci en cas que les parts no hagin arribat a un acord, només es fa referència a l'habitatge familiar, el qual s'ha d'atribuir conforme amb els criteris previstos en l'art. 96 CC, de manera que la previsió continguda en aquest precepte no resulta aplicable a altres habitatges o locals.