

Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia (1)

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid - CUNEF

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PRINCIPAL TIPOLOGÍA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN GRATUITA DE LA VIVIENDA:
 - 1. COMODATO.
 - 2. PRECARIO.
- III. CRISIS MATRIMONIAL Y CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA:
 - 1. CESIÓN GRATUITA: ¿PRECARIO O COMODATO?
 - 2. ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA:
 - A) *Vivienda inicialmente cedida en concepto de precario.*
 - B) *Vivienda inicialmente cedida en concepto de comodato.*

BIBLIOGRAFÍA.

SENTENCIAS ESTUDIADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, como manera de solventar la considerable dificultad que entraña adquirir una vivienda donde establecer el hogar familiar, resulta bas-

(1) Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER 2010/17847, sobre «La nueva familia ante el Derecho Público y Privado», cuya investigadora principal es Matilde CUENA CASAS.

tante frecuente hallar progenitores que de modo altruista ceden el uso de un bien inmueble propio a alguno de sus hijos, en aras a que éste establezca en el mismo su domicilio. Seguramente esta práctica, cuyo arraigo en nuestra realidad social y jurídica no resulta reciente, se está viendo desgraciadamente favorecida y potenciada por las arduas circunstancias económicas imperantes en los últimos años. Como consecuencia de ello, son muy numerosos los propietarios que permiten a sus descendientes comenzar en sus inmuebles su vida en pareja, o bien prolongarla tras una fase de dificultades de índole patrimonial.

Al margen de la repercusión económica y familiar que la cesión del uso de tales viviendas tiene, también goza de unas nada desdeñables consecuencias en la esfera jurídica. De la configuración que las partes den a esta peculiar cesión gratuita del bien inmueble depende directamente la verificación de determinados efectos jurídicos, cuya diversidad no resulta en absoluto trivial. Si bien el propósito práctico último de esta suerte de cesiones es coincidente, con independencia de la figura empleada a tal efecto, las repercusiones que en el ámbito jurídico se desprenden de los diferentes modos a los que técnicamente cabe recurrir para su concepción distan de manera radical; en este sentido, hemos de advertir que las facultades inherentes a los titulares del dominio sobre la vivienda varían absolutamente en función de la configuración que las partes hayan procurado a la cesión gratuita de la misma.

La cuestión deviene más compleja y se ve impregnada por relevantes matices cuando los cesionarios del inmueble interrumpen su convivencia conyugal. En estas hipótesis, como atinadamente observa GUILARTE GUTIÉRREZ (2), se producen frecuentemente consecuencias de índole patrimonial que exceden el marco conyugal y que gozan de proyección sobre terceras personas ajenas a dicho conflicto. En concreto, este autor hace alusión a los propietarios cedentes de la vivienda, quienes, por definición, carecen de legitimación para intervenir en el procedimiento donde se ventilan los efectos de la crisis conyugal, pero que pueden resultar afectados por lo que en éste se determine.

En relación con esta cuestión, entendemos que resulta interesante hacer referencia a dos preceptos de nuestro Código Civil: el artículo 90 (*«El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: ...C. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar»*) y el artículo 96 (*«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá*

(2) GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994, T. III, vol. I, 1.ª ed., pág. LXXIII.

acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección...»).

De las normas transcritas se desprende, según advierte RAMS, que nos hallamos frente a un «defecto formal importante de la Ley de 7 de julio de 1981, porque construida la norma sobre una única hipótesis de trabajo —la vivienda en propiedad— ha abandonado a su suerte las restantes posibilidades de tenencia o disfrute de una vivienda» (3). Así pues, parece que los referidos preceptos presuponen que el dominio de la vivienda familiar pertenece a los cónyuges o, incluso, como señala algún autor, a uno solo de ellos, y disponen las pautas que ha de seguir el juzgador en aras a determinar la atribución de su uso en las hipótesis de crisis matrimonial (4).

Sin embargo, la realidad nos muestra cómo, en ocasiones, las decisiones judiciales adoptadas en el seno de un procedimiento de índole matrimonial son susceptibles de afectar los legítimos intereses de terceras personas, precisamente, por ser éstas las propietarias del inmueble donde se halla instaurado el hogar familiar de los litigantes. Es a esta cuestión a la que vamos a prestar atención en este trabajo, dados los perniciosos efectos que a estos terceros podría llegar a ocasionar la cesión gratuita del inmueble si ésta no se configura de la manera más respetuosa con sus intereses. En definitiva, el núcleo del problema reside en la determinación de los efectos que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los consortes acarrea; en concreto, la cuestión ha de centrarse en analizar hasta qué punto tal atribución judicial resulta perdurable y oponible cuando los esposos venían habitando la vivienda en virtud de una cesión gratuita de sus auténticos propietarios.

(3) RAMS ALBESA, Joaquín, «Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 1992», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1992, pág. 1081. Hay que aclarar que el mencionado autor alude al antiguo artículo 90.B del Código Civil, cuya redacción coincidía plenamente con la conferida al vigente artículo 90.C del mismo cuerpo legal, como consecuencia de la introducción de una nueva letra B en virtud de la «Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos». Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier («El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *AC*, núm. 19, semana del 5-11 de mayo de 1986, pág. 1330) pone de manifiesto que nuestro Código Civil tampoco prevé el problema que se suscita cuando la familia carece de vivienda, como acontece con frecuencia, por ejemplo, cuando sus miembros viven con los padres de uno de ellos, y el dominio del inmueble es, precisamente, de tales progenitores. Cfr., asimismo, SAP de Jaén de 25 de abril de 1996.

(4) ESPIAU ESPIAU, Santiago, «Comentario a la sentencia de 31 de diciembre de 1994», en *CCJC*, abril/agosto de 1995, pág. 671. Como explica este autor, cuando afrontamos una crisis matrimonial, la titularidad sobre la vivienda goza de una relevancia secundaria y se subordina siempre al interés que se considere preferente —ya sea el de los hijos, ya sea el del consorte más desfavorecido—, de tal forma que cabe la atribución de su uso a quien no sea su titular.

II. PRINCIPAL TIPOLOGÍA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN GRATUITA DE LA VIVIENDA

Naturalmente, el uso del inmueble donde la familia ha establecido su hogar puede haber sido constituido a título oneroso. Resulta muy habitual, por ejemplo, que habiten una casa ajena en virtud de un contrato de arrendamiento. Aunque este concreto supuesto ha dado lugar a numerosos e interesantes pronunciamientos judiciales (5), donde se analizan las consecuencias de la atribución del

(5) En torno a la configuración del derecho al uso de la vivienda del cónyuge no arrendatario, judicialmente atribuido en virtud de sentencia dictada en situaciones de crisis matrimonial, se han producido numerosos pronunciamientos. En relación con esta cuestión, podemos destacar la SAP de León, de 15 de abril de 1993, en la que se asevera «que el Tribunal Constitucional entiende que la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar se realiza en base al reconocimiento a ambos cónyuges de una especie de cotitularidad, independientemente de quién sea el titular formal de la misma, que puede convertirse en titularidad exclusiva por acuerdo de los interesados o por decisión judicial, como ocurre en el caso que nos ocupa en el que el arrendamiento se concertó vigente el matrimonio, bajo el régimen de gananciales, aunque el contrato lo firmase sólo el esposo, por lo que, al atribuirse en exclusiva el uso a la esposa a raíz de la separación, no existe en modo alguno cesión o subrogación, pues la esposa ya era titular junto al marido, sino especificación o exclusión, por cierto, sólo temporal en tanto no se modifique la medida judicial» (esta parece ser, asimismo, la solución adoptada por el legislador francés, en el artículo 1751 del Code Civil: «*Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux. En cas de divorce ou de séparation de corps, ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux...*»). En este mismo sentido, se argumenta en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de julio de 1994: en estas situaciones, cuando se «produce la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada, que constituya el domicilio conyugal, a uno de los cónyuges, en los procesos de separación o divorcio, cuando éste no es precisamente el que celebró el contrato de arrendamiento y lo ha hecho en el sentido de que el abandono de la vivienda por el esposo contratante y la continuación en el disfrute de la misma por el otro —normalmente con los hijos comunes— no implica subrogación o cesión arrendaticia, ni total ni parcial, siguiendo la doctrina establecida por la STC de 31 de octubre de 1986 (RTC 1986/135), según la cual, “la moderna técnica legal de protección del interés familiar... viene a configurar la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario” en la relación arrendaticia, y es que el destino de la vivienda a hogar familiar supone la aplicación de todas sus posibilidades y servicios a satisfacer las necesidades básicas sentidas por todos y cada uno de los miembros en su vida común, sin separación de partes materiales ni atribución de cuotas ideales, lo que ha llevado a la sentencia referida a señalar que en los contratos de arrendamiento de vivienda familiar, aunque hayan sido exclusivamente firmados por el marido, no se puede negar a la esposa su participación en la titularidad material arrendaticia y en la posesión, de suerte que “los cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura”, aunque el marido contratante posea “la titularidad formal a los efectos de tercero e incluso procesal caso de contienda”, añadiendo —Fundamento 7.º— que el artículo 96 del Código Civil ha creado un litisconsorcio pasivo necesario “al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación

uso de la vivienda arrendada al cónyuge del arrendatario, su estudio desborda

jurídica contractual”, de donde resulta claro que si la esposa es tan titular del arrendamiento como el marido que firmó el contrato, la atribución judicial del uso de la vivienda a ésta, sea por aprobación de un convenio presentado en proceso seguido de mutuo acuerdo o por decisión fundada en la prueba practicada, no produce cesión alguna». En esta misma línea, vid., entre otras, la SAP de Asturias, de 11 de septiembre de 1996; la SAP de Cantabria, de 26 de octubre de 1998; la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de enero de 1999. Esta solución —según manifiesta BELLO JANEIRO, Domingo («Comentario a la sentencia de 18 de octubre de 1994», en *CCJC*, enero/marzo de 1995, pág. 340)— resultó legalmente consagrada en el artículo 15 LAU («1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda»), si bien, en nuestra opinión, se ha añadido el formalismo de la notificación al arrendador en aras a preservar de manera definitiva la seguridad jurídica. Según afirman ALONSO SAURA, M.^a Pilar, y CARRILLO VINADER, Francisco («Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario», en *Revista de la Fundación Mariano Ruiz-Funes*, núm. 44/2010, pág. 107), se trata del mismo arrendamiento, «aunque habiéndose producido una modificación subjetiva en la titularidad de la posición contractual del arrendatario, que no es automática, sino opcional para el cónyuge no arrendatario». No obstante, el valor de dicha notificación es relativo, según la SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000: «la Ley no confiere la condición de arrendatario al cónyuge al que se atribuye la vivienda por resolución judicial, dicha comunicación a la que viene obligado no puede consistir en un requisito imprescindible para suceder en el arrendamiento, de tal forma que su falta no puede integrar un supuesto de cesión inconsentida, como tampoco puede consistir en un requisito imprescindible para continuar en el uso de la vivienda porque como también hemos señalado este derecho se concede “ope legis”, sin que quede condicionado a la comunicación». A diferencia de la línea jurisprudencial anteriormente expuesta, en esta decisión de la Audiencia Provincial de Álava se indica que la atribución al cónyuge del arrendatario «es un derecho fundado en la propia Ley sin necesidad de recurrir a las ideas de cotitularidad o cesión del contrato, de manera que a todos los efectos seguirá siendo arrendatario el cónyuge que celebró el contrato». En similares términos, vid. SAP de Córdoba, de 19 de diciembre de 2000: «Esta regulación legal [art. 15 LAU 1994] rechaza implícitamente la postura doctrinal y de algunas audiencias (y que incluso podía inferirse de la STC 235/1986) que entendía que el contrato de arrendamiento se consideraba celebrado por ambos cónyuges, aunque tan sólo uno de ellos lo firmara, por lo que la atribución del uso al cónyuge no firmante no era más que el reconocimiento de un derecho que ya poseía...». En la SAP de Barcelona, de 27 de febrero de 2002, se manifiesta que lo que se concede judicialmente al cónyuge del arrendatario es su derecho a usar y disfrutar la vivienda, sin que ello suponga modificación en relación con la titularidad del contrato, ni con las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y que de ningún modo supone una cesión del contrato, pues el arrendatario sigue siéndolo —con sus deberes contractuales— aunque se le prive del derecho a usar el inmueble. No nos hallaremos, pues, frente a un supuesto de novación. Vid., en este mismo sentido, la interesante SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2003. En contra de esta apreciación parece expresarse, por ejemplo, el legislador italiano, en la segunda frase del artículo 6 de la «Legge de 27 de luglio de 1978, n. 392», donde se habla de sucesión en el contrato de arrendamiento: «In caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione

el propósito de este trabajo, pues en él nos centraremos en las hipótesis en las que la vivienda ajena es habitada a título gratuito.

En el restringido ámbito que constituye el marco propio de nuestra investigación, la cesión gratuita de la vivienda —por los terceros propietarios de la misma— que precede a la crisis matrimonial puede conformarse, principalmente, como préstamo de uso o como precario.

1. COMODATO

En los artículos 1741 a 1752 del Código Civil se contempla el contrato de comodato o préstamo de uso, cuya descripción, a grandes rasgos, resulta desarrollada en el primero de tales preceptos: «*El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato*». Así pues, se trata de un contrato en virtud del cual el propietario de una determinada cosa confiere graciosamente su posesión y uso a otro sujeto. La esencial gratuidad de esta figura contractual tiene su fundamento en una *benevolentiae causa* o en una *affectionis vel amicitiae causa*. De esta manera, por ejemplo, los propietarios de una vivienda pueden ceder su uso a uno de sus hijos en virtud de un con-

succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo».

En cualquier caso, con independencia de la construcción jurídica que se sostenga en nuestro Derecho, cabe apreciar que en caso de crisis matrimonial se reconoce plenamente la eficacia frente al arrendador de la atribución judicial del uso de la vivienda al cónyuge que no celebró el contrato de arrendamiento. En otro orden de cosas, en un recurso de amparo, la STC (Sala 1.ª) de 4 de octubre de 1993 se pronuncia sobre un procedimiento de desahucio desarrollado contra el arrendatario, sin citación al excónyuge a quien previamente se había atribuido, en procedimiento de divorcio, el uso de la vivienda arrendada por su exmarido para el establecimiento de su hogar familiar. El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado con la siguiente argumentación: «Los intereses legítimos de la señora M., derivados del contrato de arrendamiento firmado por su marido, quedaron en el caso presente suficientemente protegidos por el emplazamiento efectuado en el domicilio familiar. Y el derecho a usar la vivienda, concedido por la sentencia de divorcio, quedó desatendido por causa imputable a ella misma, al no haber notificado al arrendador dicha resolución judicial (STC 126/1989)». O'CALLAGHAN («El derecho...», cit., págs. 1332, 1335 y 1336) llama la atención sobre un interesante supuesto particular: cuando la vivienda es habitada por una familia como consecuencia de un arrendamiento por razón del cargo que desempeña uno de los cónyuges. En estas hipótesis, el mencionado autor manifiesta —en nuestra opinión, acertadamente— que al arrendador no puede afectarle la resolución judicial de nulidad, separación o divorcio, ya que el contrato de arrendamiento se estableció a favor de una determinada persona, en atención al concreto cargo que ocupa; por consiguiente, «esta ocupación en arrendamiento o precario es personalísima y no cabe su desdoblamiento y ocupación por el cónyuge de quien ostenta tal cargo».

trato de comodato, sin contraprestación alguna, para que establezca en ella su hogar familiar.

El comodato, además de esencialmente gratuito, es necesariamente temporal (6). El concreto plazo de duración de esta cesión del uso de la cosa prestada, según se infiere del texto de los artículos 1749 y 1750 del Código Civil, puede determinarse de dos modos: ya sea mediante el pacto del uso preciso que haya de darse al bien prestado, ya sea a través del establecimiento de la determinada duración de este negocio jurídico (7). Como consecuencia de ello, el comodatario habrá de restituir el objeto al comodante cuando haya finalizado el uso convenido o bien cuando llegue la fecha acordada, según cuál haya sido el modo de fijar su duración (8). Con anterioridad a ese momento, el comodante únicamente podrá exigir la restitución de la cosa prestada si tuviere *urgente necesidad de ella*. Por consiguiente, si se ha configurado la cesión de

(6) Este carácter temporal es justificado por VIVAS TESÓN, Inmaculada (*El contrato de comodato*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 41), al aseverar que «no siendo un negocio transmisivo de la propiedad, la entrega de cosa cierta con carácter gratuito y por largo tiempo o tiempo indefinido —partiéndose de que el legislador no ha fijado ningún límite de tiempo ni de objeto al comodato— podría llegar a plantear algunos problemas de delimitación entre el comodato y la donación».

(7) Sin embargo, como pone de relieve PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (*El contrato de comodato*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 224), el «pacto por el que se establezca una determinada duración temporal del negocio, no constituye un requisito para la validez del comodato». De hecho, según señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo («Comentario al artículo 1750», en *Comentario del Código Civil*, dir. por L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES, T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1618), podría admitirse la hipótesis donde la duración no haya sido objeto de una determinación explícita, cuando pueda llegarse a evidenciar por el intérprete en aplicación de los criterios hermenéuticos generales contenidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil. Por otra parte, este autor concluye: «Si no se convino plazo ni se acordó expresamente el uso a la cosa había destinarse, se requiere la previa determinación de cuál haya de ser el uso permitido al comodatario para, a partir de ahí, deducir o extraer la duración del comodato, que habrá de ser la necesaria o suficiente para que ese uso pueda tener lugar eficaz o satisfactoriamente. Para este último caso, el presente artículo 1750 establece que el criterio para aquella determinación es “la costumbre de la tierra”». En parecido sentido, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de octubre de 1993, se indica que «el uso puede resultar determinado por la costumbre de la tierra» (no obstante, la referida Audiencia extrae unas conclusiones muy discutibles de esta característica, como tendremos ocasión de exponer más adelante). En parecidos términos, en la STS de 13 de abril de 2009 se señala: «Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso». Vid., asimismo, STS de 2 de octubre de 2008.

(8) Así se preveía ya en la Ley IX del Título II de la Partida V de Alfonso X: «*Para servicio cierto ó fasta tiempo señalado rescibiendo alguno dotri caballo ó otra cosa semejante emprestada, luego que el servicio ó el tiempo fuere cumplido, tenuto es de la tornar á su señor...*».

la vivienda como un contrato de comodato, los propietarios deberán esperar a la finalización del uso o del plazo pactado, salvo en el caso de verse afectados por la referida *urgente necesidad* (9). Parece evidente que esta manera de conformar la cesión gratuita de la vivienda puede irrogar unos considerables perjuicios a los comodantes, pues, a pesar de no recibir contraprestación alguna, les está vedado exigir la cesación *ad nutum* del comodato con anterioridad al momento inicialmente previsto.

En relación con la prueba de la existencia del plazo, por un lado, y de la verificación de la aludida hipótesis de urgente necesidad, por otro, se manifiesta de modo lógico y palmario nuestra jurisprudencia en la STS de 30 de junio de 2009: «La carga de la prueba de la existencia y duración del plazo o del uso incumbe al comodatario (art. 1750, párrafo segundo), y la carga de la prueba de la urgente necesidad, en el caso de que se pretenda la restitución anticipada, corresponde al comodante, que es quien invoca el hecho constitutivo de su acción o excepción, y, asimismo, para quien se produce el efecto jurídico favorable de la realidad del dato fáctico que afirma (art. 217 LEC), lo que implica una cuestión de hecho, con independencia de que la calificación de unos hechos como de «urgente necesidad» pueda ostentar un cierto aspecto de “*questio iuris*” (*sic*) por tratarse de un concepto jurídico normativo indeterminado».

Se ha planteado, principalmente en la doctrina extranjera (10), la cuestión relativa a las consecuencias que han de desprenderse de la desconexión o falta de coincidencia entre el uso y el plazo expresamente previstos. En este sentido, las partes pueden haber convenido que el bien prestado habrá de ser destinado a un uso determinado y, además, haber pactado explícitamente un plazo de duración concreto. En estos casos, ¿goza de preferencia el plazo sobre el uso,

(9) STS de 30 de junio de 2009: «La cesión de un bien no fungible efectuada por una persona a otra para que pueda ser utilizado por el que lo recibe, a título gratuito —esto es, sin emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso—, se halla regulada como préstamo de uso con la denominación de comodato en los artículos 1740 y 1741 a 1752 del Código Civil. De la normativa legal de los artículos 1749 y 1750 resultan dos posibilidades con perspectivas diferentes en cuanto a la extinción. La primera se presenta cuando se pacta un plazo de duración (sentencias de 18 de junio de 1900 y 16 de marzo de 2004), o bien un uso a que ha de destinarse la cosa cedida, pudiendo éste resultar determinado por la costumbre. En tal caso la especialidad radica en que el comodante solo puede reclamar la restitución de la cosa cuando haya terminado el plazo o el uso pactado, salvo que antes el comodante ejerciere la facultad de resolución unilateral lo que exige como presupuesto que concurra una urgente necesidad de utilizar la cosa. La segunda posibilidad es que no haya plazo, ni uso en los términos expuestos, en cuyo caso puede el comodante reclamarla a su voluntad».

(10) Vid., por todos, POTHIER, Robert Joseph, *Oeuvres de R.-J. Pothier contenant les Traités du Droit Français*, T. III, «Traité des contrats de bienfaisance, de prêt de consommation, de dépôt, de mandat, de louages maritimes, d'assurance, de prêt, du jeu, du contrat de mariage, du douaire, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles», Chez H. Tarlier Libraire-Editeur, Bruselas, 1831, págs. 7 y 8.

o, por el contrario, ha de respetarse el comodato hasta la finalización del uso, con independencia de la duración acordada? (11)

Cuando el uso pactado finaliza con anterioridad a la fecha fijada en el contrato de comodato, la doctrina, de manera prácticamente unánime, estima que el comodante tiene la facultad de exigir la devolución de la cosa prestada al comodatario, pues la razón de ser de la cesión gratuita se ha visto cumplida; no obstante, el comodante deberá esperar hasta la finalización del plazo acordado cuando éste ha sido establecido por cualquier otra razón ajena al uso previsto. Obviamente, recaerá sobre el comodatario la carga de la prueba, en aras a evidenciar la existencia de esos otros motivos que llevaron a las partes a pactar el concreto plazo cuyo respeto solicita, a pesar de haber finalizado ya el uso previsto.

La hipótesis contraria resulta más problemática y compleja, y se ha planteado en los siguientes términos: aunque el plazo pactado ya haya vencido, ¿debe continuar produciendo sus efectos jurídicos el contrato de comodato hasta que concluya el uso para el que se prestó la cosa?

Son varios los autores —principalmente, franceses— que consideran que el comodato habrá de prolongar sus efectos hasta la finalización del uso acordado, aunque el plazo explícitamente determinado haya concluido, dados los perjuicios que podría soportar el comodatario en caso contrario. Sin embargo, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL sostienen la posición contraria, pues entienden que el comodante sufriría un menoscabo, al hallarse obligado a tolerar una extensión de los efectos del contrato que, por otra parte, se celebró a título gratuito (12). A nuestro modo de ver, salvo que el comodatario logre demostrar de manera

(11) Vid., la interesante exposición efectuada por PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, págs. 225 a 229.

(12) En contra de la opinión vertida por POTHIER, se manifiestan BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y WAHL, Albert, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIII (De la société, du prêt, du dépôt), 3.^a ed., Ed. L. Larose & L. Tenin, París, 1907, pág. 396: «le prêteur n'a pu vouloir rendre service à ses propres dépens; aucune considération semblable ne peut être invoquée en faveur de l'emprunteur; ce dernier ne peut donc garder la chose après le terme fixé, même avec l'autorisation du tribunal, si l'usage n'en est pas terminé, si la restitution doit lui causer un préjudice sérieux, et si la prolongation du prêt ne cause aucun préjudice au prêteur; l'emprunteur est, du reste, lié par le contrat, qui lui impose la restitution au terme fixé; enfin l'équité ne milite pour lui qu'en apparence, car il est injuste alors que le prêteur a rendu un service purement gratuit, de l'obliger à rendre un service plus grand encore. C'est une objection bien singulière que de dire que le tribunal interprétant le contrat dans un sens différent ne fait qu'apprécier la volonté des parties; on ne peut, sans dénaturer cette volonté, prolonger une convention au delà du terme expressément fixé. Songerait-on à donner le même droit au tribunal dans le contrat de louage? Évidemment non; et l'on sait que le commodat n'est qu'un louage où le locataire reçoit un service gratuit et, par suite, doit être tenu beaucoup plus scrupuleusement encore que dans le louage de respecter la convention. L'autorité de POTHIER, qu'on a invoquée en sens contraire, est insignifiante, car POTHIER n'était pas lié par un texte; d'autre part, il se basait "sur les devoirs de l'amitié qui ont porté le prêteur à faire le prêt"; ce qui revient à dire que par cette seule raison que le prêteur s'est montré généreux, il doit se montrer plus généreux encore».

palmaria que el plazo contemplado en el contrato resulta insustancial y accesorio, y que lo realmente relevante fue la contemplación del uso para el que se pactó el comodato, éste resultará extinguido al llegar la fecha prevista.

En nuestra opinión, pues, no cabe aseverar, con carácter general, que el plazo tiene preeminencia sobre el uso, o viceversa. La conclusión depende, según hemos expuesto, de las circunstancias que rodean la concreta hipótesis analizada. Para hallar la solución a cada caso estudiado, hemos de recurrir a los criterios hermenéuticos recogidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, y, de este modo, lograr desentrañar cuál fue la verdadera intención de las partes. El problema con el que habitualmente nos encontramos en estas hipótesis radica en la falta de documentación de esta suerte de contratos, pues suelen perfeccionarse de forma verbal; tal circunstancia, admisible como directa consecuencia del principio espiritualista imperante en nuestro Código Civil (*ex art. 1278 CC*), dificulta enormemente la percepción de la verdadera voluntad de las partes contractuales.

De cualquier modo, en caso de duda sobre su intención, entendemos que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1289 del Código Civil, de tal forma que dicha incertidumbre se resolverá *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses*. Dado el carácter esencialmente gratuito inherente al contrato de préstamo de uso, si la voluntad de las partes no resulta segura tras la aplicación de los criterios contenidos en los preceptos anteriores, la solución habrá de ser la menos gravosa para el comodante. Como consecuencia de ello, si el uso finaliza antes de llegar la fecha prevista, el comodatario no podrá retener la posesión de la cosa prestada; asimismo, a pesar de no haber concluido el uso pactado, hemos de entender que el comodato se extingue al llegar el día acordado para su terminación. De este modo se consagraría la cabal aplicación del razonable criterio acogido en el precepto transcrito.

2. PRECARIO

Tal y como pone de relieve GARCÍA GOYENA (13), en el Derecho Romano el contrato de comodato debía ser por tiempo cierto o determinado, en aras a deslindarlo del precario. En virtud de esta última institución, un sujeto posee alguna cosa ajena sin pagar merced alguna (14) y sin que se haya fijado plazo

(13) GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de Zaragoza, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, pág. 858.

(14) Como rotundamente se asevera en la STS de 22 de octubre de 1987, «el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista, no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de renta o de alquiler del arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que pesen sobre el ocupante de los

ni uso determinado, si bien estará obligado a restituirla al legítimo titular del dominio (u otro derecho real) cuando éste lo reclame. Así pues, la duración del precario, a diferencia de la del comodato, depende por completo de la voluntad del titular de la cosa. En consonancia con esta nota característica, ULPiano ofrece la siguiente definición del precario: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur* (Dig. 43.26.1) («Precario es lo que se concede en uso al que lo solicita con “preces”, y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente») (15).

Esta institución, que adquirió carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico en 1881, a través del artículo 1565.3 LEC, se ha visto siempre afectada por la ausencia de preceptos específicamente destinados a su regulación. Tal circunstancia ha propiciado que el precario, a pesar de su incontestable relevancia doctrinal y práctica, haya deambulado por nuestros ordenamientos civil y procesal como un «fantasma jurídico», pues no ha sido definido ni en la legislación procesal ni en el Código Civil (16), como tampoco lo fue en nuestro Derecho histórico (17).

Aunque en los textos romanos podemos hallar tanto fragmentos donde se aleja esta institución de la naturaleza contractual (18) como pasajes donde

bienes por otros conceptos y en su propia utilidad (luz, contribuciones, gas, calefacción, conservación, etc.).» Cfr., también, SSTs de 18 de junio de 1900, 30 de junio de 1953 y 30 de octubre de 1986.

(15) Traducción extraída de *El Digesto de Justiniano*, T. III, por A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESeca, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, pág. 436. «Preces» puede ser traducido como «ruegos» o «súplicas».

(16) LATOUR BROTONS, Juan, «El precario», en *RDP*, T. XLIII, enero-diciembre de 1959, pág. 1065. Podemos hallar alusiones a esta figura en los artículos 444 y 1942 del Código Civil, si bien no se puede concluir, en nuestra opinión, que sean únicamente las hipótesis contempladas en esos preceptos las que cabe incluir dentro de la amplia institución del precario.

(17) Vid. FERRER MARTÍN, Daniel, «El precario y el juicio de desahucio por causa de precario», en *RDP*, T. XXXVI, enero-diciembre de 1952, págs. 303 y 304.

(18) Dig. 43.26.14 (PAULO): «*Interdictum de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio*» (El interdicto de precario fue introducido con motivo, pues no hay ninguna acción civil por esa causa, ya que la condición del precario se parece más a las donaciones y a la causa de liberalidad que a la de un negocio contraído). POTHIER (*op. cit.*, pág. 23) pone de manifiesto la separación del Derecho francés en relación con este texto de PAULO, y admite expresamente el carácter contractual del precario en Francia: «Ces principes du droit romain n'étant pas reçus parmi nous, et toute convention, par laquelle les parties, ou l'une d'elles, promet à l'autre de lui donner, ou de faire, ou de ne pas faire quelque chose, étant, selon la simplicité de notre droit, un vrai contrat, la convention de *précaire* n'est pas moins un vrai contrat que le *prêt à usage*. Il produit des obligations semblables à celles que produit le prêt à usage; sauf que, dans le *précaire*, celui, qui a accordé *précairement* l'usage d'une chose, n'est pas obligé, comme dans le prêt à usage, de la laisser pendant un certain temps à celui à qui il l'a accordée; mais il peut en demander la restitution dès le lendemain, et toutes fois et quantes il lui plaira».

se aproxima a ella (19), finalmente se incardinó en la categoría de los contratos innominados, con carácter de relación obligatoria (en contraposición a su antigua configuración como relación de hecho, donde se tutelaba una situación posesoria o cuasi-posesoria mediante interdictos) (20).

Por cuanto a la naturaleza jurídica del precario se refiere, dentro de nuestra jurisprudencia, cabe identificar diferentes tendencias.

A tenor de la primera de ellas, se acoge un concepto restringido de precario, como una subespecie del contrato de comodato (en la STS de 22 de octubre de 1987 se asume esta idea: «de ahí que la doctrina científica considere que hoy, el antiguo precario, no es sino un comodato con duración al arbitrio del comodante») (21). Por lo tanto, esta línea jurisprudencial acomoda el precario en el seno del artículo 1750 del Código Civil: «*Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a*

(19) Dig. 50.17.23 (ULPIANO): «*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gestia: in his quidem et diligentiam (...)*» (Algunos contratos tan sólo exigen la responsabilidad por dolo malo y otros por dolo y culpa: por tan sólo dolo, el depósito y el precario; por dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, asimismo la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia...).

(20) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T. III, vol. 1.º, 2.ª ed., revisada y puesta al día por A. LUNA SERRANO, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 73: «La doctrina del Derecho común llama *precarios* a todos estos poseedores que reconocen un titular superior; si bien en el Derecho romano únicamente es *precario* la cesión de una cosa con licencia para usarla pero con obligación de restituirla sin demora cuando la reclame el dueño: *precarium est quod precibus petenti utendum conceditur*». GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, «Observaciones a propósito de la relación de precario», en *Anales de la Universidad de Cádiz*, 1992-1993, núm. 9-10, pág. 138: «Las transformaciones realizadas en época justinianeas produjeron una aproximación del precario a la categoría de los contratos, lo que llevó a una serie de contradicciones entre textos que sufrieron diversos tipos de interpolaciones. Mientras en unos —como D. 47,2,14,11— se le niega una *actio civilis*, en otros —por ejemplo, D. 43,26,2,2— se le concede la *actio praescriptis verbis*. Esta acción había tenido origen cuando los antiguos contratos, típicos y de número limitado, fueron sustituidos por una categoría, basada en la *conventio*, en la que se consideraba que existía contrato siempre que mediante un acuerdo de voluntades se constituyese un vínculo, y en la que ya no se iba a exigir la existencia de una *actio* determinada para el reconocimiento de una *obligatio*, sino que cuando las partes estuviesen conformes en el nacimiento de la misma, si no tenía una reconocida, se le concedería siempre la misma, la *praescriptis verbis*». Según manifiesta IGLESIAS SANTOS, Juan (*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9.ª ed., Ed. Ariel, 1985, págs. 471 y 472), el precario adquirió carácter contractual en el Derecho postclásico.

(21) Vid., en el mismo sentido que la decisión transcrita, la STS de 21 de junio de 1934, donde se indica que cuando no se pacta la duración ni puede ésta determinarse por la costumbre de la tierra, nos hallamos frente a la especie precario dentro del género comodato. Cfr., también, STS de 23 de mayo de 1989.

su voluntad (...)». Esta postura ha sido compartida por un importante sector doctrinal, que entiende que el comodato en el que no se determina la duración —regulado en el referido precepto— no puede ser sino una manifestación de la institución romana del *precarium*, que, por consiguiente goza de carácter contractual (22) (en la doctrina italiana, v.gr., suele hablarse de «comodato precario» en estas hipótesis).

En relación con la naturaleza negocial de esta institución, cabe hacer alusión, como antecedente relevante de nuestro Código, a los comentarios que GARCÍA GOYENA (23) efectuó a su Proyecto de Código Civil de 1851. En la exégesis del artículo 1641 de dicho Proyecto, donde se recogía un texto prácticamente idéntico al vigente artículo 1750 del Código Civil, el precitado autor reconoció que en aquel precepto se acogía de manera explícita «el precario romano». Por otra parte, ubicó directamente el germen de esta norma en los §§ 974 y 975 ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* de Austria), donde se alude expresamente a la figura del *Precarium* (24).

No obstante, esta configuración distó mucho de resultar pacífica, tanto a nivel jurisprudencial (25) como en el ámbito doctrinal, donde podemos hallar

(22) Vid., v. gr., CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, 15.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1993, págs. 447 a 450; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 1959, pág. 354; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, 5.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 589; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1972, pág. 831 (este precepto recoge el precario, aunque no le dé ese nombre; «nunca mejor aplicado el viejo proverbio francés de *le nom ne fait rien à la chose*»). Según ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel (*Derecho Civil*, T. II, 14.ª ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2011, pág. 804), es de sentido común admitir que en el contrato de comodato se incluya una cláusula en la que se imponga al comodatario el deber de restituir la cosa cuando se la reclame el comodante (cita, en su apoyo, las SSTs de 18 de junio de 1900 y 30 de junio de 1953; en esta última se señala: «aun en una hipotética admisión de la tesis del comodato, [...] el demandado señor D. habría de devolver la cosa entregada gratuitamente para su uso y disfrute, cuando el dueño de ella la reclamase, por imperio del artículo 1749 del Código Civil, aunque no hubiese terminado el plazo establecido, si el dueño la necesitaba, o bien si, como ocurre en el presente caso, se hubiese estipulado la devolución de lo entregado tan pronto lo reclamase el comodante»). El propio ALBALADEJO señala que el antiguo precario es hoy «un comodato con duración al arbitrio del comodante».

(23) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 858.

(24) §§ 974 ABGB: «*Hat man weder die Dauer, noch die Absicht des Gebrauches bestimmt; so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen (Precarium), und der Verleiher kann die entlehnte Sache nach Willkühr zurückfordern*». Si bien en él se expone que no se trata de un verdadero contrato, se alude directamente al comodante (*Verleiher*), y su regulación se halla contenida en sede del contrato de comodato (*Von dem Leihvertrage*). En cualquier caso, a nuestro juicio, goza de carácter negocial.

(25) Otras sentencias se alejan de este planteamiento, y en ellas se entiende que no cabe identificar el precario en el artículo 1750 del Código Civil [cfr., v. gr., STS de 16 de diciembre de 1965: «el comodato (...), aunque tiene evidentes analogías con el precario, no puede confundirse con éste»].

a otros autores que niegan rotundamente el cariz contractual de esta institución, al entender que se trata de una mera situación posesoria (26).

La opinión más extendida, tanto en el seno de la doctrina como de la jurisprudencia, es la que propugna una concepción amplia del precario, que, como advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «se califica más por sus efectos que por la causa de los mismos». En este sentido, tales autores consideran que el precario es una situación posesoria cuyo origen puede hallarse en una variedad del contrato de comodato, o bien en otras causas de naturaleza diversa: v.gr., tolerancia, beneplácito, falta de título, etc. (27). Esta misma línea se sigue, por ejemplo, en la STS de 29 de febrero de 2000: «la jurisprudencia ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender, no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva» (28).

(26) Vid., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, Miguel, *El precario*, 2.ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, págs. 318 a 322 (califica el art. 1750 del CC como «antijurídico y prácticamente inútil»); MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo, «El comodato en nuestros días», en *ADC*, T. VI, fascículo 4, octubre-diciembre de 1953, págs. 854 a 856; JORDANO BARRA, Juan Bautista, *La categoría de los contratos reales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 67 a 70; Latour, *op. cit.*, págs. 1070 a 1072; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La posesión*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 456 y 457; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 1619. Este sector doctrinal llama la atención sobre la debilidad de la posición del precarista, ya que el titular del bien puede reclamar su devolución en cualquier momento; en opinión de estos autores, tal circunstancia impide el reconocimiento del carácter contractual del precario, dados los taxativos términos en los que se expresa el legislador en el artículo 1256 del Código Civil. En contra de esta opinión, LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 2.º, 3.ª ed., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 169) entiende que «cuando hay verdadera concesión y puesta en posesión de la cosa comodada, se forma entre precarista y concedente un tejido de relaciones que son propiamente contractuales, y a las que se aplican los preceptos del comodato. Tampoco se puede afirmar que la libre recuperabilidad de la cosa elimine la idea de contrato, por quedar el cumplimiento al arbitrio de una de las partes (art. 1256): queda a él, sí, el cese de la relación contractual, mas no la existencia de obligaciones entre las partes mientras la posesión precaria se halle pendiente. El acuerdo entre concedente y precarista justifica y titula a la posesión con algo más que la mera tolerancia de quien, simplemente, ve ocupar su finca sin impedirlo». En este mismo sentido, PÉREZ DE ONTIVEROS (*op. cit.*, pág. 249) considera que la gratuidad del precario justifica la facultad que el artículo 1750 del Código Civil confiere al comodante de poner fin a la relación cuando no puede determinarse la duración del comodato.

(27) DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN, BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 404 y 405. Vid., también, ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Comentario a la sentencia de 30 de octubre de 1986», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1986, pág. 4105; O'CALLAGHAN, *Comentario al artículo 1750, Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2008, pág. 1817.

(28) Como se pone de relieve en la STS de 30 de octubre de 1986: «...conforme a repetida jurisprudencia, el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la

Así pues, en virtud de esta ampliación en la configuración del precario, superadora del concepto estricto propio del Derecho Romano, aquél puede tener su origen en un contrato (*ex art. 1750 CC*), o bien en la mera tolerancia de una posesión sin título o con un título que perdió la eficacia precisa para fundar dicha posesión (29).

De conformidad con la construcción mayoritariamente admitida tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia, los propietarios de la vivienda pueden conceder en precario su utilización a su hijo, en aras a que en ella establezca su hogar familiar graciosamente, es decir, sin pagar renta ni merced alguna (con independencia de que el mencionado hijo satisfaga los gastos inherentes al uso del inmueble, como pueden ser los pagos de suministros, etc). En el caso de acudirse a esta institución, los propietarios de la vivienda, tal y

posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y, como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella (...).

(29) Como caso paradigmático de esta tendencia, suele citarse la STS de 31 de diciembre de 1992: «...distingue la doctrina —y de tal distinción se ha hecho eco la jurisprudencia— el contrato de precario que aunque diferenciado en el Derecho romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido o tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha destinarse la cosa pactada (art. 1749 del CC), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario “strictu sensu” (*sic*) que extiende los casos de precario, fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. La concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho». Vid., asimismo, SSTS de 26 de junio de 1947, 13 de febrero de 1958, 31 de enero de 1995 y 29 de febrero de 2000, entre otras. Según advierten ALONSO y CARRILLO (*op. cit.*, pág. 103), tras la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en el artículo 250 de dicha norma parece restringirse el concepto del precario a la institución romana —contractual—, pues en él se dispone: «1. *Se decidirá en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: ...2. Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca (...)*». La expresión «cedida en precario» ha provocado que en algunas sentencias se haya defendido el retorno al concepto restrictivo del precario (v.gr., SAP de Zamora de 16 de junio de 2009, donde se afirma expresamente que en el precepto transcrito, «el legislador ha vuelto al antiguo [concepto restringido de precario] definido por el Digesto»; vid. también, SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 y las en ella citadas: SAP de Murcia de 25 de noviembre de 2005, SAP de Islas Baleares de 8 de septiembre de 2006, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de diciembre de 2007). En contra de esta postura, en las SSAP de Málaga de 16 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2009 se sostiene que, pese a la aparente dicción del artículo 250.1.2 LEC, el concepto de precario sigue abarcando más hipótesis que la puramente contractual; defienden, pues, el concepto amplio de esta figura. En relación con este tema, ALONSO y CARRILLO (*op. cit.*, pág. 104) ponen de manifiesto que «la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo no permite fijar cuál es el criterio a seguir, pues no se ha pronunciado aún sobre tal cuestión».

como hemos expuesto, podrán reclamar a su hijo la devolución en cualquier momento. Por lo tanto, la configuración de la cesión gratuita del inmueble como precario resulta notoriamente más beneficiosa para los propietarios que el comodato, donde, salvo en las hipótesis de urgente necesidad, no podrían exigir la devolución de la vivienda hasta que llegase el día pactado o el final del uso acordado o determinado por la costumbre de la tierra.

III. CRISIS MATRIMONIAL Y CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA

Como expusimos al comienzo de este trabajo, en ocasiones, el hijo al que se ha cedido gratuitamente el uso de la vivienda puede verse inmerso en un procedimiento de crisis matrimonial. Es relativamente frecuente, asimismo, que en la resolución judicial dictada en dicho procedimiento se atribuya el uso del inmueble al exconsorte del descendiente de los propietarios. Ante esta eventualidad, los titulares del dominio sobre la vivienda suelen plantear una acción de desahucio con el propósito de obtener su restitución. Como respuesta a tal exigencia, el excónyuge a quien se ha atribuido el uso del inmueble normalmente opone la firmeza de la resolución judicial en la que el mismo le fue conferido.

En este escenario brotan dos cuestiones de cuya resolución dependen las consecuencias que la crisis matrimonial puede originar en los legítimos propietarios de la vivienda: cuando nada se ha manifestado expresamente, ¿la cesión gratuita debía considerarse efectuada como precario o a título de comodato?, ¿es oponible la sentencia del procedimiento matrimonial a los titulares del inmueble?

1. CESIÓN GRATUITA: ¿PREARIO O COMODATO?

Lo normal, cuando los propietarios de la vivienda ceden su uso gratuitamente a uno de sus hijos, es que las partes no documenten por escrito los pactos que habrán de regir en lo sucesivo la situación en relación con dicho inmueble. Ante tales circunstancias, resulta muy común que directamente emerja una cuestión de trascendental relevancia: ¿nos hallamos frente a un precario o ante un comodato?

La respuesta a esta duda depende directamente del uso que justifica la cesión de la vivienda. Si se prueba que el inmueble se cedió con una duración determinada o con un uso concreto que especifica el tiempo durante el cual el cesionario puede utilizarlo, habrá que subsumir la hipótesis en la institución del contrato de comodato, con las enormes limitaciones para el comodante que tal configuración lleva inherentes. Por el contrario, cuando las partes no han acordado plazo de duración alguno ni el particular uso al que ha destinarse la cosa prestada, debe considerarse que nos encontramos frente a un precario (*ex art. 1750 CC*).

Es en este ámbito donde nuestra jurisprudencia ha mostrado en las últimas décadas una inquietante e intolerable ausencia de criterio uniforme, que ha venido irrogando un irreparable menoscabo al principio de seguridad jurídica (30). Frente a similares circunstancias, unas veces se ha apreciado la existencia de un préstamo de uso, mientras que en otras ocasiones se ha entendido que se trata de una hipótesis de precario. Tal desatino jurídico impulsó a nuestro Alto Tribunal a tratar de poner fin a esta situación de injustificable indefinición, con la polémica STS de 2 de diciembre de 1992. Según se sostiene en esta decisión jurisprudencial, «el motivo o causa de la cesión cual es el servir de vivienda, es decir, para habitarla los esposos con sus hijas —nietas de los actores— (...) viene a desvirtuar la calificación de la Sala “a quo” en cuanto que niega la determinación del uso de la vivienda; en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal “uso preciso y determinado” lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del CC), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la “necesidad urgente” de los dueños para recuperar el piso...» (31). Así pues, entendió el Tribunal Supremo que en estos casos ha de estimarse la presencia de un préstamo de uso (32).

Con el objetivo de justificar la presencia de un contrato de comodato en los supuestos analizados en este trabajo, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de octubre de 1993 se aporta la siguiente argumentación: «el uso puede

(30) Como indica GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXV), la doctrina jurisprudencial —al menos, hasta el año 1994, que es cuando este autor expresa su opinión— ha sido excesivamente contingente y poco proclive a su generalización, de tal forma que se ha producido una acusada y perniciosa dispersión jurisprudencial.

(31) En esta misma línea, vid., entre otras, la SAP de Las Palmas de 2 de febrero de 2001, SAP de Madrid de 28 de octubre de 2000 [...resulta probado el uso específico para y por el que se cedió la vivienda, sin que pueda compartirse la tesis, por algunos defendida, de que dicho uso no es “un uso preciso y determinado” porque la misma también pudo destinarse a otra finalidad distinta de la de servir de hogar familiar (despacho profesional, oficina, etc.), por lo que no puede decirse que dicho destino es el genérico y propio del inmueble], SAP de Salamanca de 7 de septiembre de 2000, SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de noviembre, 5 de junio y 6 de marzo de 1999, SAP de Málaga de 4 de febrero de 1999, SAP de Asturias de 20 de enero de 1999, SAP de Albacete de 18 de enero de 1999, SSAP de Cádiz de 13 de enero de 1997 y 2 de febrero de 1995, SAP de Soria de 12 de diciembre de 1996, SAP de Huesca de 13 de marzo de 1996, SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995, SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994.

(32) No obstante, según explica HORNERO MÉNDEZ, César [«Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (estudio jurisprudencial de una polémica)», en *RDPatr.*, pág. 136], la hipótesis juzgada en esta decisión goza de ciertas peculiaridades que la hacen difícilmente extrapolable.

resultar determinado por la costumbre de la tierra, y es una realidad en nuestra sociedad actual el hecho de que los padres acomodados, atendida la escasez y alto coste de las viviendas, así como las dificultades que encuentran los hijos para lograr una economía suficiente y capaz para adquirirlas, faciliten su independencia y posibilidad de crear un hogar familiar mediante la cesión del uso de una vivienda de su propiedad hasta que posean capacidad económica idónea para lograr una autonomía real frente a sus progenitores». A nuestro modo de ver, el razonamiento desarrollado en esta decisión resulta absolutamente burdo e inadmisibles, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

Sin embargo, tal y como hemos indicado, antes de 1992 podíamos hallar en nuestra jurisprudencia decisiones donde se sostenía la calificación de estas hipótesis como precario (vid., v.gr., STS de 21 de mayo de 1990) (33). En la paradigmática STS de 30 de noviembre de 1964, expresamente se puso de manifiesto que «aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario (...) que cesará cuando a él quieran ponerle fin, el cedente o el cesionario»; como conclusión, «la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente».

No obstante la loable pretensión de nuestro Alto Tribunal de ofrecer un criterio definitivo en la sentencia de 2 de diciembre de 1992, fueron muchas las resoluciones jurisprudenciales posteriores que contradijeron la configuración de esta situación como contrato de préstamo de uso, de tal modo que el panorama, lejos de aclararse, continuó sumido en la indefinición y en la inseguridad jurídica (34).

Ante los argumentos favorables a la figura del préstamo de uso expuestos en las sentencias anteriormente transcritas, la tendencia jurisprudencial que se opone a dicha configuración aduce que en el comodato es imprescindible la entrega gratuita de la vivienda durante un tiempo concreto o para un uso determinado, y no basta su cesión *in genere* como inmueble donde el beneficiario

(33) En la jurisprudencia menor, v.gr., la Audiencia Provincial de Navarra en sendas sentencias de 22 de enero de 1992.

(34) Se entendió que se trataba de un precario, entre otras muchas, v.gr., en la STS de 31 de diciembre de 1994, SAP de Navarra de 22 de diciembre de 1998, SAP de Islas Baleares de 31 de julio de 1997, SAP de Jaén de 17 de junio de 1997, SAP de Pontevedra de 7 de mayo de 1997, SAP de Gerona de 14 de octubre de 1996, SAP de Jaén de 25 de abril de 1996, SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995, SAP de Pontevedra de 26 de septiembre de 1994, SAP de Cantabria de 16 de diciembre de 1993 y SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993.

instalará su hogar familiar. El problema, por lo tanto, reside en decidir si cabe considerar dicha cesión como un «uso determinado», en aras a calificar esta figura como contrato de comodato.

Según se señala atinadamente en la SAP de Asturias de 2 de septiembre de 1999, en relación con la cesión gratuita entre familiares de una vivienda, hay que evitar que «el simple dato de que se produzca con la intención de cubrir las necesidades de una familia sirva sin más para calificarla de comodato (...) pues, como afirma la sentencia de esta Audiencia Provincial de 2 de septiembre de 1993 (Sección 5.ª), una vivienda, a diferencia de otros bienes, sólo puede ser legalmente destinada a la habitabilidad humana, siendo el domicilio una noción jurídica posterior al hecho de la habitación». En esta misma línea se muestra muy categórica la SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2005: «...la cesión del uso de la vivienda para servir de hogar familiar para el matrimonio constituido por los demandados sin ninguna otra circunstancia adicional, ni uso preciso, no supone que se pactase un uso específico y determinado distinto de la utilización del inmueble como vivienda, que constituye su destino o finalidad normal por sus propias características, cuyo ejercicio viniera a implicar duración determinada como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de duración para el fin convenido al plazo de duración, en cuyas circunstancias concurrentes no procede estimar que la ocupación de la vivienda por los demandados tenga lugar en virtud de un contrato de comodato, justificando la relación de parentesco la prolongación temporal de la ocupación...» (35).

La solución contraria llevaría inherente, a nuestro modo de ver, unos efectos funestos para los cedentes de las viviendas, tal y como se apunta en la SAP de Madrid de 14 de marzo de 2000: «En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un “uso” determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él)» (36).

(35) En este mismo sentido, v.gr., SAP de Málaga de 7 de septiembre de 2006, SAP de Murcia de 22 de octubre de 2002, SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993.

(36) Muy interesante resulta, asimismo, la argumentación ofrecida en la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993: «A estos efectos es importante diferenciar entre el concreto “uso” de la cosa para el cual se presta o el “destino” específico o “finalidad” de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir, una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el “uso” al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no

De manera resumida, en la SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995 se concluye que la cesión del inmueble para que el hijo y la nuera lo ocupasen como vivienda familiar, «constituye el destino y finalidad genéricos del inmueble y por ende no implica la existencia de “uso” en el sentido que a la expresión otorga el artículo 1750 del Código Civil». Desde la perspectiva del beneficiario de la cesión del inmueble, destinar una casa a satisfacer la función de vivienda familiar no constituye un uso específico distinto del que la cosa puede tener en sí misma considerada; asimismo, no cabe conciliar la vocación de permanencia que tiene el domicilio familiar con la temporalidad propia del contrato de comodato (37).

Esta misma doctrina, que sostiene que en estos supuestos nos hallamos frente a un precario, es actualmente seguida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (38), especialmente, tras la importante STS de 26 de diciembre de

implican que por falta de pacto sobre el “uso” pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse. En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un “uso” determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él)». Se hace eco de esta doctrina jurisprudencial, entre otros, COSTAS RODAL, Lucía, «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2010 (recurso electrónico).

(37) Vid., entre otras, SAP de Málaga de 23 de marzo de 2006. En este mismo sentido, podemos comprobar cómo en la jurisprudencia italiana se excluye que la duración del comodato pueda inferirse de la *destinazione abitativa*, a la que la vivienda se halla destinado por naturaleza (vid., v.gr., Cass. de 8 de ottobre de 1997, n. 9775; Cass. de 8 de marzo de 1995, n. 2719; Cass. de 22 de marzo de 1994, n. 2750; Cass. de 18 de gennaio de 1985, n. 133).

(38) Resultan interesantes los términos en los que se expresa la STS de 30 de octubre de 2008: «Lo que sucede es que faltan aquí las circunstancias que permiten calificar la situación de hecho como la propia de un préstamo de uso, pues el que se refiere a la vivienda cedida carece de las notas de concreción y determinación que caracterizan el comodato frente a una situación de mero precario; de suerte que ni el hecho en sí mismo de haber cedido la vivienda para su uso por el matrimonio sirve para definir los derechos y obligaciones propios de una relación de comodato, ni ésta se infiere de tal hecho, cuando no se ha concretado y determinado el uso específico de la vivienda cedida, más allá del genérico que le es propio de servir de morada o lugar de residencia». En este mismo sentido, entre otras muchas, SSTs de 18 de marzo de 2011, 11 de noviembre de 2010, 14 de julio de 2010, 18 de enero de 2010 (Pleno de la Sala 1.ª para unificar doctrina), 14 de enero de 2010 (Pleno de la Sala 1.ª para unificar doctrina), 22 de octubre de 2009, 30 de junio de 2009, 14 de noviembre de 2008 y 2 de octubre de 2008. Esta tesis es mayoritariamente mantenida también en nuestra doctrina: vid., v.gr., SÁNCHEZ-CALERO ARRIAS, Blanca, «Atribución del uso de la vivienda familiar», en AC, núm. 3, Sección Informe de Jurisprudencia, 1 al 15 de febrero de 2006, T. 1, págs. 343 y sigs. (recurso electrónico); MORENO VELASCO, Víctor, «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», en *Diario La Ley*, de 13

2005, donde, tras examinar anteriores resoluciones recaídas en hipótesis similares, sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse esta suerte de controversias en lo sucesivo: «...debemos concluir que para solucionar aquellas reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, habrá que examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de este contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista» (39).

Esta decisión de nuestro Alto Tribunal ejerció una notable influencia sobre la jurisprudencia posterior, de tal forma que desde el año 2006 la mayor parte de las sentencias, no sólo del propio Tribunal Supremo, sino también de los tribunales inferiores de todo el país (40), asume las tesis desarrolladas en la resolución de 2005 transcrita. No obstante, todavía después de esta fecha algunas Audiencias Provinciales dictaron, aislada e incomprensiblemente, sentencias en

de junio de 2006, págs. 1 a 3; CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 125 a 127; DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en AC, 1998, T. 2, págs. 376 y 377; BELLO, *El precario. Estudio teórico práctico*, 2.^a ed., Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 67.

(39) Se describe perfectamente el escenario en la SAP de Gerona de 3 de octubre de 2000: «Así planteada la cuestión, se pueden fijar los siguientes criterios, recogidos en otras sentencias (AP de Zamora 30/3/1995; AP de Córdoba 16/7/1996):

1. Que se debe estar a la intención de las partes sobre el carácter de la cesión del uso del tiempo de duración que hacen los propietarios de las viviendas a sus hijos con ocasión del matrimonio.
2. Que estaremos en presencia de un contrato de comodato cuando el comodante, conservando la propiedad de la vivienda, ceda, con una duración o uso determinado, su uso al comodatario, que adquiere tal uso, pero no los frutos, sin emolumento alguno (art. 1741 CC).
3. Que estaremos en presencia de precario cuando la cesión de uso se hace por mera liberalidad o condescendencia, en cuyo caso éste puede reclamar a su voluntad la finca, poniendo término a su propia tolerancia (SSTS de 21 de junio de 1934, 22 de octubre de 1987 y 31 de diciembre de 1992).
4. Que mientras no exista prueba alguna del plazo o del uso específico, la cesión de la cosa vendrá definida como precario.

Así las cosas, no cabe afirmar que el Tribunal Supremo ha cambiado radicalmente el criterio, en el sentido de calificar toda cesión entre padres e hijos de la vivienda familiar como un comodato, sino que habrá que analizar en cada caso concreto sus características».

(40) Vid., a modo meramente ejemplificativo, SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2011, SAP de Sevilla de 3 de julio de 2007, SAP de Las Palmas de 28 de junio de 2007, SAP de Valencia de 21 de febrero de 2007, SAP de Valladolid de 14 de febrero de 2007, SAP de Gerona de 21 de noviembre de 2006, SAP de Pontevedra de 28 de junio de 2006, SAP de Asturias de 23 de mayo de 2006, SAP de Burgos de 3 de mayo de 2006, SAP de Granada de 7 de abril de 2006, SAP de Orense de 17 de marzo de 2006, SAP de Madrid de 15 de marzo de 2006 y SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2006, etc.

contra de esta doctrina jurisprudencial, y apreciaron la existencia de un contrato de préstamo de uso (41).

En nuestra opinión, la exégesis correcta de lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil es la preconizada por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, pues, para poder hablar de comodato, el «uso» pactado ha de tener una duración finita, aunque en el momento inicial no se conozca con exactitud cuándo se extinguirá, de tal forma que el comodante no puede reclamar la restitución de la cosa prestada antes del final de la utilización prevista (salvo que la necesite urgentemente).

Cuando el inmueble se cede para su uso genérico como vivienda familiar, la duración de tal cesión resulta indefinida. Si aceptáramos que tal finalidad constituye un uso específico y determinado, y, por consiguiente, su configuración como comodato, la duración de esta cesión gratuita se dejaría al exclusivo arbitrio del comodatario; el propietario del inmueble, por su parte, se vería inerte y desposeído del mismo de manera ilimitada, ya que su duración se dilataría mientras la vivienda sirviera a tales fines (42). Ello resulta de todo punto inaceptable, dada la prohibición de las vinculaciones perpetuas en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. art. 1128 CC). Por otro lado, si en estos supuestos se considerara que nos encontramos frente a un comodato, se verificaría una situación que colisionaría frontalmente contra el principio básico de seguridad jurídica, dada la evidente indeterminación predicable en relación con su dura-

(41) Entre otras, SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2007 (casada por STS de 18 de marzo de 2011), SAP de Alicante de 29 de marzo de 2007 (donde, pese a admitir el desahucio por ciertos motivos, considera que se trataba de un comodato), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de julio de 2006 (que se apoya en el concepto restringido que del precario se deriva, según la sentencia, de la nueva regulación del art. 250 LEC), SAP de Alicante de 28 de febrero de 2006.

(42) SAP de Málaga de 15 de junio de 2005: «...no puede alegarse, sin más, que se disfruta la vivienda en concepto de comodato, sin concreción de uso o tiempo determinado (...); no es de recibo, de aceptarse la figura del comodato, permitir a una persona no titular, disfrutar de una vivienda de forma vitalicia, frente a quienes sí acreditan, los actores, la titularidad dominical; de lo contrario, bastaría con alegar una ocupación que podría desembocar en vitalicia, también para los descendientes venideros, constituyendo un verdadero gravamen perpetuo sobre la propiedad». En palabras de MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús («Comentario a la sentencia de 2 de octubre de 2008», en *CCJC*, mayo/agosto de 2009, págs. 688 y 689), con la expresión «uso determinado o específico», en realidad, «a lo que se quiere hacer referencia no es al *cómo*, sino al *para qué*, entendido como la finalidad a la que se va a destinar la cosa prestada y cuyo cumplimiento o realización se halla asociado a un periodo de tiempo concreto». En su opinión, el uso como vivienda no sirve para identificar un periodo de tiempo determinado, de tal modo que desaparecería la figura del precario, pues al cesionario le bastaría «alegar que todavía sigue existiendo la necesidad de vivienda que vino a cubrir la cesión». A su modo de ver, ello implicaría someter tal cesión a una condición (la finalización de la necesidad económica de los beneficiarios), e impide dotar al contrato de una duración temporal; por ello, ha de considerarse que se trata de un precario, y no de un comodato.

ción, pues no cabe concretar cuándo concluirá el uso o la necesidad familiar sobre la que se cimienta la cesión gratuita de la vivienda.

Asimismo, si admitiéramos la teoría que sostiene que nos hallamos frente a un préstamo de uso de duración indefinida, se produciría una situación paradójica y descabellada, ya que el comodante, que ha cedido la vivienda gratuitamente y por solidaridad familiar o personal, se vería privado de aquélla con menores posibilidades de instar su recuperación que en el caso de haberla cedido a título oneroso a través, por ejemplo, de un contrato de arrendamiento (cfr. SAP de La Coruña de 13 de marzo de 2001) (43). Es decir, se ubicaría en una posición palmariamente más ventajosa a quien obtiene rendimientos económicos por la cesión de la vivienda frente a quien, por razones de afecto familiar o personal, se desprende manera filántropa de la posesión de un activo patrimonial sin percibir contraprestación alguna.

Como consecuencia de todo lo anterior, considerar que nos encontramos frente a un comodato resultaría contraproducente para los beneficiarios de este tipo de cesiones, pues, dadas las perjudiciales consecuencias que tal concepción irroga a los propietarios, nadie facilitaría una vivienda propia para que un familiar estableciera en ella gratuitamente su hogar. Así pues, una actitud excesivamente tuitiva hacia los intereses de los cesionarios redundaría finalmente en su propio perjuicio.

No alcanzamos a comprender las razones que en un momento determinado movieron a nuestra jurisprudencia a apreciar en estas hipótesis la presencia de un comodato, con las extremadamente nocivas consecuencias que de tal configuración se desprenden para los benefactores. A nuestro modo de ver, en las sentencias que en su momento consideraron que se trataba de un préstamo de uso se omitió injustificadamente la ineludible labor hermenéutica que el Juzgador ha de llevar a cabo para conocer cuál fue la verdadera voluntad de las partes, en aras a determinar las consecuencias de cualquier contrato. En definitiva, en tales decisiones los órganos judiciales eludieron la aplicación de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (44).

En particular, parece razonable pensar que en estas resoluciones se vulneraron los términos del artículo 1283 del Código Civil, ya que estimamos que en ellas se

(43) SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2005: «Así pues, el padre magnánimo pasaría a tener un trato desfavorable frente al que se comporta como simple arrendador al margen de la relación familiar, y se le infligiría una especie de pena imponiéndole una grave limitación porque no podría recuperar la posesión y disponibilidad de su vivienda ni aun en caso de necesidad (*sic*)». En esta misma línea, vid., entre otras muchas, SAP de Málaga de 30 septiembre de 2005 y SAP de Badajoz de 19 de febrero de 2003: «...si se aceptase la tesis del comodato nos encontraríamos ante una situación eminentemente injusta, pues privaría al dueño de una vivienda de los derechos más básicos que nuestro ordenamiento jurídico concede al propietario».

(44) Vid. la exposición efectuada por RAMS, «Comentario...», cit., pág. 1082.

entendieron comprendidas cosas distintas de aquellas sobre las que las partes se propusieron pactar. En relación con esta cuestión, ¿puede alguien sostener que los progenitores, que ceden gratuitamente su vivienda para que su hijo establezca en ella su hogar familiar, pretenden verse privados del uso de la misma mientras lo desee el beneficiario e, incluso, aunque éste ya no habite en ella, en virtud de la atribución judicial de su uso a su excónyuge? Si resolvemos esta cuestión con el apoyo de los más básicos criterios lógicos, no parece razonable asumir tal postura.

Dado que resulta sumamente difícil imaginar una hipótesis donde los propietarios del inmueble renuncien, sin contraprestación alguna, al uso del mismo de manera potencialmente permanente, no cabe presumir que esa, y no otra, ha sido su voluntad. Resultaría verdaderamente extraño que aquéllos admitieran colocarse en una posición tan perjudicial para sus intereses, de tal modo que sería precisamente dicha voluntad la que debería ser probada. En realidad, debemos suponer que los propietarios esperan reservarse la facultad de recuperar la posesión de la vivienda en cualquier momento y, por consiguiente, que nos hallamos frente a un precario, y no ante un comodato. La posición contraria, salvo que se pruebe lo contrario, colisiona contra la desconfianza que, con carácter general, se muestra hacia las liberalidades en nuestro ordenamiento jurídico, donde aquéllas deben ser patentes y no pueden presumirse (45).

Por otra parte, la jurisprudencia que califica esta hipótesis como préstamo de uso quebranta de manera burda el principio que emana del artículo 1289 del Código Civil, donde se concluye que cuando no se pueda conocer la verdadera voluntad de las partes contractuales con arreglo a los criterios hermenéuticos recogidos en los preceptos anteriores, las dudas habrán de resolverse, si el contrato fuere gratuito, *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses* (46).

(45) SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007: «en relación con la pretendida existencia del comodato, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia de esta Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de diciembre de 2002, y en el mismo sentido la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de febrero de 2004), que la realidad social impone que la interpretación normal de la cesión que los padres hacen en favor de sus hijos del uso de una vivienda de su propiedad es que, salvo prueba en contrario, la cesión la hacen en consideración al hijo, sin una duración, ni un uso determinado, de modo que no se puede presumir el deseo de los parientes propietarios de una cesión vitalicia y de forma absolutamente gratuita, sin ninguna posibilidad de recuperación, habiéndose podido instrumentar en caso contrario la cesión por medio de una donación».

(46) En apoyo de nuestra opinión, vid., entre otras, los palmarios términos que se recogen en la SAP de Pontevedra de 22 de febrero de 2007: «Al tratarse el comodato de una relación de naturaleza esencialmente gratuita, las dudas que se presenten acerca de su alcance han de ser objeto de interpretación restrictiva y resultar siempre a favor de la menor transmisión de derechos o intereses, como se desprende con carácter general de lo dispuesto en el artículo 1289 del Código Civil. En apoyo de esa fundamentación, debe indicarse que, siendo la parte demandada en precario quien ha de acreditar de forma fehaciente el hecho de la existencia de la relación jurídica alegada, que, en su caso, excluiría la condición de precarista, en la presente litis, la parte demandada no ha probado de manera clara y fehaciente tal existencia, ni, por tanto, pacto alguno sobre su duración o uso (art. 1750 del CC) sino que, además,

Este principio, a nuestro juicio, resulta plenamente lógico y acorde con las más elementales razones de justicia.

Finalmente, el hecho de considerar que nos encontramos frente a un comodato cuando realmente no somos capaces de desentrañar cuál fue la verdadera voluntad de las partes, violenta un principio general básico en el ámbito de los derechos reales. En concreto, transgrede la vocación de generalidad del dominio, que constituye el paradigma de los derechos sobre las cosas, pues es el único derecho real potencialmente pleno y se presume libre de cargas y gravámenes. En coherencia con este principio, el derecho de propiedad limitado supone la hipótesis excepcional, que, como tal, ha de ser probada, de tal manera que no cabe admitir la inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, en la hipótesis estudiada en este trabajo, resulta ineluctable demostrar que el *dominus* ha consentido que se vacíe de contenido su derecho de propiedad durante el tiempo que desee el cesionario de las facultades de uso y disfrute sobre la vivienda. Presumir lo contrario e impedir la recuperación de la posesión por parte del propietario, tal y como se ha defendido en varias resoluciones judiciales, representa un delicado quebrantamiento de nuestro sistema jurídico, y da lugar a una suerte de expropiación sin abono de justiprecio, cuyo origen se localiza, paradójicamente, en un acto altruista del propietario (47). Lo habitual es que los progenitores que cedieron gratuitamente el uso de la vivienda a su hijo fallezcan antes que éste; por lo tanto, si consideráramos que se trata de un préstamo de uso, los propietarios se habrían visto injustamente privados de sus facultades dominicales de manera vitalicia, sin posibilidad alguna de recuperarlas unilateralmente y sin percibir contraprestación alguna.

A modo de conclusión, hemos de observar que el criterio distintivo entre el comodato y el precario se localiza, principalmente, en el hecho de haber señalado o no una duración a la cesión de la posesión, o bien en el uso específico o genérico que haya de darse a la vivienda. De todo lo anterior se infiere que cuando se acuerda la cesión gratuita de una vivienda sin fijar su duración ni un uso concreto, esto es, de modo indefinido, no puede apreciarse la esencial temporalidad inherente a la naturaleza del contrato de comodato. Por lo tanto, en estas hipótesis, salvo que el uso pactado determine su duración, ha de concluirse que no estamos propiamente frente a un préstamo de uso, sino ante la figura del precario, con la consabida facultad del cedente de recuperar el inmueble cuando lo desee (*ex art. 1750 CC*). Como consecuencia de ello, la doctrina ju-

tampoco resulta acreditado el pacto de un uso determinado (distinto al genérico) en los términos legalmente exigibles. Por ello, no puede estimarse que hayan quedado acreditados los elementos del comodato por tiempo indefinido, por lo que debe estimarse que la situación de la parte apelada ha sido la de precarista y en base a dicho título ha venido ocupando el inmueble» (también alude al art. 1289 del CC, v.gr., la SAP de Asturias de 11 de abril de 2000).

(47) En este punto conviene recordar que la propiedad privada es un valor constitucionalmente protegido (cfr. art. 33 CE).

risprudencial actual, de manera prácticamente unánime, entiende que el *dominus* podría ejercitar la correspondiente acción de desahucio del artículo 250 LEC, en aras a recuperar la vivienda gratuitamente cedida a uno de sus hijos (48).

2. ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA

Especialmente litigiosa se presenta esta materia cuando el hijo se ve inmerso, con posterioridad a la cesión gratuita de la vivienda, en un proceso de separación o divorcio. Como pusimos de relieve en la introducción de este trabajo, en la resolución de esta suerte de procesos suele atribuirse el uso de la vivienda a uno de los consortes, aunque el uso de dicho inmueble correspondiera al matrimonio en virtud de una cesión graciosa por parte de los progenitores de uno de ellos. En la práctica, resulta frecuente que la utilización de la vivienda que venían ocupando los esposos se confiera en la resolución judicial al exconsorte que carece de vínculos familiares con los propietarios del inmueble; con carácter general, esta clase de sentencias da lugar a un derecho que depende, en su caracterización, del tipo de titularidad que sobre la vivienda corresponda al otro consorte: *nemo dat quod non habet* (49). Ante tal escenario, los titulares del dominio acostumbra a reclamar su devolución, pues estiman que su ánimo benefactor ha quedado radicalmente excluido, al no habitar su descendiente en dicho inmueble.

En principio, parece que la respuesta que haya de darse a la pretensión de los propietarios depende directamente del tipo de vínculo contractual que habilitaba a los exconsortes a vivir en el inmueble. En tal caso, si ocupaban la vivienda a título de precaristas, el excónyuge, a quien se le atribuya judicialmente su uso,

(48) Según expone HORNERO (*op. cit.*, pág. 134), «planteándose directamente la acción reivindicatoria podría obtenerse —desde luego con un coste procesal mucho más elevado, cuantificable sobre todo en el tiempo de duración del procedimiento— una solución *más definitiva* que aquella que se consigue a través de la demanda de desahucio por precario».

(49) O'CALLAGHAN, *El derecho...*, cit., págs. 1332 a 1336 (señala que si la titularidad es real, se constituirá un derecho de ocupación; si la titularidad es personal, se transmitirá la misma; si no hay titularidad, como en el precario, nada nuevo podrá constituirse); RAMS, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 109 a 113; ESPIAU, *op. cit.*, pág. 672; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario a la sentencia de 21 de mayo de 1990», en CCJC, abril/agosto de 1990, pág. 673; GUILARTE, *op. cit.*, pág. LXXXIII («nadie da más derechos de los que tiene»). Como acertadamente expone CUENA CASAS, Matilde («El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 362), cuando los esposos venían ocupando la vivienda ajena como precaristas, la atribución judicial de su uso a uno de ellos no puede gozar de naturaleza real, ya que no cabe el gravamen de un bien sin el consentimiento de su titular; por tal motivo, este derecho de uso no podría tener acceso al Registro de la Propiedad, dada su falta de naturaleza real y su carencia de eficacia *erga omnes*.

continuaría siendo precarista, mientras que si existía un comodato, habitaría en ella en concepto de comodatario. No obstante, dado que la respuesta no resulta tan simple, procedemos, a continuación, a analizar sendas hipótesis:

A) Vivienda inicialmente cedida en concepto de precario

Si los consortes eran precaristas antes de la crisis matrimonial, la facultad de los propietarios de la vivienda de recuperar su posesión permanece inalterada, a pesar de la atribución del uso del inmueble en la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial. A tal conclusión podemos llegar si atendemos los términos expresamente recogidos en la significativa STS de 26 de diciembre de 2005: «...la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual» (50).

En este sentido, cabe aseverar que la sentencia relativa al litigio matrimonial no puede generar un derecho previamente inexistente a favor de uno de los consortes separados o divorciados. Lógicamente, los cónyuges que habitaban como precaristas la vivienda no pueden alcanzar por medio de una sentencia matrimonial una protección posesoria de vigor jurídico superior a la que antes tenían, pues tal resolución no goza de la virtualidad de alterar la naturaleza del título por el que la vivienda es ocupada (51).

(50) Por cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de uso, se refiere el Pleno de la Sala 1.^a del TS en la STS de 18 de enero de 2010, dictada para unificar doctrina, concluye: «el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad». En esta misma línea, vid. STS (Pleno) de 14 de enero de 2010: «el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostentan un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)». Con anterioridad a estas decisiones, podíamos encontrar algunas resoluciones donde el derecho de uso judicialmente atribuido en estas hipótesis se configuraba como un verdadero derecho real (vid., v.gr., SAP de Cádiz de 13 de abril de 2000).

(51) Mucho más tajante se muestra RAMS («Comentario...», cit., pág. 1081), cuando asevera que la atribución del uso de la vivienda contemplada en los artículos 90 y 96 del

No obstante, nuestra jurisprudencia, incomprensiblemente, no siempre ha sido tan respetuosa con la posición del *dominus* del inmueble gratuitamente cedido. Podemos comprobarlo, por ejemplo, en la SAP de Albacete de 18 de enero de 1999, en la que se argumenta, con apoyo en el razonamiento ofrecido en la STS de 18 de octubre de 1994 (52), del siguiente modo: «La demandada, hoy apelada, no carece, como establece el Tribunal Supremo, en sentencias,

Código Civil no puede derivarse de cualquier posesión que se tenga de la misma. En su opinión, tal atribución sólo puede originarse a partir de una posesión civil a título de dueño del cónyuge no conviviente con la prole, de una titularidad común de ambos cónyuges o de un derecho de usufructo, con idénticos titulares, que no haya sido constituido con carácter personalísimo. Asimismo, cabe asimilar funcionalmente a estas hipótesis la posesión derivada de un contrato de arrendamiento en el que ambos cónyuges fueren efectivamente arrendatarios (ya aludimos, al comienzo del epígrafe II de este trabajo, a la regulación actualmente contenida en el art. 15 LAU). No procede dicha atribución, según el referido autor, «en ningún otro caso». A su modo de ver, el uso temporalmente limitado de la vivienda puede conferirse, si bien muy limitadamente para no perjudicar los derechos de terceros, cuando nos hallemos frente a supuestos de tenencia derivada de un derecho de uso o de habitación, cuando el beneficiario de éstos no coincida con el cónyuge en cuya compañía permanezcan los hijos. Según O'CALLAGHAN («El derecho...», cit., pág. 1335), cuando el matrimonio habitaba la vivienda ajena en concepto de precario, la atribución judicial de su uso al exconsorte del hijo de sus propietarios producirá un desplazamiento de la persona del precarista; no se trataría, por consiguiente, de un derecho de ocupación, o un derecho subjetivo real y autónomo (sin embargo, anteriormente —*op. ult. cit.*, pág. 1331— afirma que «en caso de precario (...), no cabe que tenga “el uso” el cónyuge que no sea el propio precarista»).

(52) STS de 18 de octubre de 1994: «No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario...». En la SAP de Alicante de 26 de octubre de 1992 (antes de afirmar que estaba ante una cuestión compleja que afecta al título, y que para dilucidar la eficacia o plenitud de los efectos del título debía acudir a otra clase de juicio, donde se solventaran las situaciones complejas, que requieren una discusión más amplia y rodeada de mayores garantías) se afirma que la ocupación de la vivienda por la exesposa se venía realizando en virtud de lo acordado en la sentencia de separación, y que ello constituye un título suficiente que le da derecho a disfrutar la vivienda, de tal modo que no se puede hablar de precario, puesto que éste, entre otros requisitos, exige la ausencia de título. No obstante, el supuesto de hecho juzgado no se acomoda exactamente a la hipótesis planteada en este trabajo, pues se trataba de una vivienda que se había concedido en arrendamiento a su exesposo por el Patronato de Casas Militares, en su condición de Teniente de Caballería, y cuya posesión se intenta recuperar cuando éste deja de estar en activo, al pasar a situación de excedencia voluntaria. En las hipótesis de arrendamiento o precario por razón del cargo que desempeña uno de los cónyuges —v.gr., un portero—, O'CALLAGHAN («El derecho...», cit., págs. 1332 y 1333) considera que nada se puede constituir o transmitir, en caso de crisis matrimonial, porque ningún derecho había (en caso de precario), o porque el existente era personalísimo (vivienda por razón del cargo). Se muestra expresamente conforme con esta opinión DÍAZ MARTÍNEZ, *op. y loc. cit.* En nuestra opinión, podría configurarse como un comodato, pues la duración de la cesión gratuita no sería infinita, sino que se hallaría determinada por el tiempo durante el cual se desempeñara el cargo que dio origen a la misma y, además, se habría constituido *intuitu personae*: la finalidad de este comodato no se satisfaría si el comodatario no habitara en ese inmueble.

entre otras, de 18-10-1994, de título posesorio, ya que “el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del convenio regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica, y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia”. “No puede olvidarse que el acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial público, conforme al artículo 1280 del Código Civil”». Esta misma tendencia puede advertirse en otras decisiones: v.gr., SAP de Islas Baleares de 2 de noviembre de 1999, SAP de Málaga de 4 de febrero de 1999, SAP de Islas Baleares de 23 de septiembre de 1996 y, en cierto sentido, SAP de Barcelona de 23 de febrero de 1991.

Resulta llamativa esta suerte de «sacralización» de la atribución judicial de la vivienda llevada a cabo en las últimas resoluciones aludidas, pues son cronológicamente posteriores a dos decisiones donde nuestro Alto Tribunal sostiene expresamente la solución contraria. En concreto, en la STS de 21 de mayo de 1990 se afirma que la ocupación en precario de la vivienda por los cónyuges no generaba a su favor un derecho a permanecer en ella, de tal manera que sólo mientras subsistiera la tolerancia podría seguirse cumpliendo el tenor de la resolución judicial donde se atribuía el uso del inmueble a la esposa y las hijas (atribución que se efectuó al amparo del art. 96 CC). Esta corriente fue posteriormente confirmada en la significativa STS de 31 de diciembre de 1994, donde se expone que la tutela de la vivienda familiar se lleva a efecto mediante la protección del derecho que la familia tenía a su uso, y que su atribución a uno de los consortes no puede forjar un derecho a su favor que antes no existía. De este modo, según se explica en esta resolución, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria superior a la que el hecho del precario ya proporcionaba a la familia, «pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda» (en los mismos términos, vid., entre otras, STS de 14 de julio de 2010). Como colofón, en esta sentencia se añade que tal circunstancia —tal y como sostuvimos nosotros en el epígrafe anterior— «traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso».

En coherencia con esta línea jurisprudencial, en la STS de 26 de diciembre de 2005 se precisa que el empleo del argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia, en aras a tutelar la posición del excónyuge a quien

judicialmente se ha atribuido el uso de la vivienda, es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre esposos; sin embargo, «no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial» (vid., asimismo, SAP de Málaga de 23 de marzo de 2006, SAP de Badajoz de 2 de febrero de 2000, entre otras). Sostener la solución contraria consagra, a nuestro juicio, un lacerante e injustificable episodio de indefensión para quienes, con ánimo benefactor, permitieron que otras personas habitaran en su vivienda de modo gratuito. El mensaje que se estaría trasladando a tales propietarios resultaría absurdo: su buena acción, llevada a cabo con ánimo de liberalidad, podría desencadenar un «castigo» o, al menos, un menoscabo prácticamente absoluto de sus facultades dominicales.

Resulta, pues, palmario —como se evidencia en la contundente SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993— que el título en virtud del cual habitaba en la vivienda el hijo del propietario de la misma no puede sufrir modificación por la atribución judicial de su uso a la esposa en el proceso de separación, donde, obviamente, no fue parte el *dominus* de tal inmueble. En este sentido, la Audiencia califica como «inconcebible» la alteración de la naturaleza de la ocupación de la vivienda como precaristas por parte del hijo, nuera y nietos del propietario, como consecuencia de una resolución judicial dictada en un pleito ajeno al dueño de aquélla: «La asignación del uso del domicilio familiar que haga el Juez, en aplicación del artículo 96 del Código Civil, no altera el disfrute en precario de la vivienda, cuando sólo la liberalidad de su dueño permitió la instalación en ella del hogar conyugal, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21-5-1990 (...) y en este caso ni se da el presupuesto de aplicación del artículo 1320 del Código Civil, ni puede surgir una adscripción definitiva contra la voluntad del que gratuitamente permitió usar el inmueble, como parece pretender la demandada por el hecho de tener atribuido el uso por el Juez de Familia, lo que sólo le permite, en consecuencia, mantenerse en el piso hasta que su dueño decidió poner fin a su liberalidad, ejercitando la acción de desahucio, previo el necesario requerimiento» (53). En definitiva,

(53) Según expresa ESPIAU (*op. cit.*, pág. 672), el cónyuge no titular «ostenta un *ius possidendi* de carácter legal, que no se corresponde con derecho patrimonial alguno, pero que le faculta para poseer la vivienda familiar, como poseedor exclusivo y en el mismo concepto posesorio correspondiente a la titularidad de su consorte, en tanto en cuanto subsista el interés que la atribución trata de proteger y la titularidad de la que depende». Vid., asimismo, BELLO, «Comentario...», cit., págs. 341 y 342. Un supuesto diferente es el contemplado en la SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010, donde se considera que la posesión de la vivienda, desde la sentencia de divorcio, se sustenta en un comodato. A tal efecto, se argumenta que el uso de la vivienda no se había atribuido en exclusiva a la madre, sino que se pactó una custodia compartida del hijo menor y se previó que los padres se alternaran en su estancia en la casa de la abuela paterna para cuidar al hijo, con la anuencia de ésta; de hecho, la abuela propietaria de la vivienda «al ser preguntada por el Letrado de la demandada durante

tal y como categóricamente se proclama en la STS de 2 de octubre de 2008, el derecho de usar y disfrutar de la vivienda atribuido judicialmente a uno de los consortes es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas carece de todo vigor frente a los titulares que cedieron el inmueble en precario antes de la crisis conyugal (54).

Por el contrario, en la SAP de Madrid de 24 de marzo de 1992, ante una demanda de desahucio, se había apreciado la presencia de una cuestión compleja, y se había aducido que la concreción de las «relaciones entre las partes debe llevarse a la vía del juicio declarativo correspondiente donde la capacidad de decisión legal del órgano jurisdiccional puede tener un marco más adecuado que el estrictamente señalado en el juicio de desahucio». Según se razona en esta resolución, la atribución del uso de la vivienda a la exesposa y al hijo del matrimonio constituye, ya de por sí, un título a favor de la demandada otorgado por un órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión. Por otra parte, si bien es cierto que en la sentencia de divorcio se aludía nominativamente a la demandada como beneficiaria de tal atribución, señala la Audiencia que debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer «el interés familiar más urgentemente necesitado de protección» (*ex art. 103.2 CC*), que no es otro que el del hijo de aquélla adscrito a su guarda y custodia. Tal circunstancia implica que la ocupación de la vivienda por parte de la demandada lo es, no tanto en interés propio, como en función de la guarda y custodia de su hijo.

Esta última sentencia colisiona frontalmente con las consideraciones que posteriormente se efectúan en la ya transcrita STS de 31 de diciembre de 1994 y con lo que sostiene un sector importante de nuestra doctrina. Como atinadamente objeta RAMS (55), cuando la tenencia de la vivienda familiar se derive de un derecho personal intransferible convencionalmente, la solución a la cuestión de la vivienda no puede pasar por la expropiación judicial del uso, sin justificación legal alguna, a sus legítimos propietarios o titulares (sin justiprecio, por otra parte). En caso contrario, éstos se verán convertidos en los financiadores invo-

su interrogatorio admitió que acompañó a su hijo al juicio de divorcio, que conoció lo que allí se pactó y que estuvo de acuerdo con ello, respondiendo afirmativamente cuando se le preguntó si le parecía bien lo acordado...».

(54) Como indica GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXXII), la sentencia no crea por sí un título de ocupación ejercitable *erga omnes*; la ejecutoria sólo podrá hacerse valer frente al otro cónyuge, ya que únicamente a éste vinculan los efectos de la cosa juzgada en el pleito matrimonial.

(55) RAMS, «Comentario...», *cit.*, pág. 1082. Según indica GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXXIII), nadie da más derechos de los que tiene, y tampoco podría llegarse al nacimiento de un derecho al uso de la vivienda a favor de uno de los consortes oponible frente al propietario de la misma como consecuencia de una decisión judicial: «Respecto de terceros únicamente se produce con la sentencia una concentración posesoria o de hecho con base en el mandamiento judicial y que entiendo no altera para nada el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda familiar».

luntarios y forzosos de una crisis en la que, por principio, son meros extraños. En estas hipótesis, no cabe encontrar la solución en una medida completamente perjudicial para un tercero ajeno a la crisis conyugal, sino que aquélla debe provenir de los arreglos económicos entre los propios esposos.

En nuestra opinión, el excónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda en la sentencia resultante de la crisis matrimonial continúa en ella a título de precarista —aunque sea por mera tolerancia del *dominus*, y no por subrogación en el derecho originariamente concedido a su exconsorte—, de tal forma que el cedente conserva la facultad de exigir unilateralmente la restitución posesoria del inmueble en cualquier momento. No cabe apreciar mala fe o abuso de derecho en la conducta de la persona que decide ejercitar sus facultades dominicales y poner fin a una cesión que, sin recibir contraprestación patrimonial alguna, venía soportando con anterioridad (56). A tal efecto, resulta de todo punto irrelevante que la reclamación del propietario se produzca una vez acaecida la separación o divorcio de su hijo, ya que no es él quien debe atender las necesidades económicas del excónyuge de su hijo y de sus nietos. Las consecuencias de la crisis conyugal han de ser afrontadas por los miembros del matrimonio roto, y no por sus familiares. Por consiguiente, ante el ejercicio de la acción de desahucio por el propietario de la vivienda, el exconsorte, a quien se había atribuido su uso, podrá solicitar judicialmente la modificación de las medidas —homologadas o adoptadas por el juez— que ordenan las consecuencias de la separación o divorcio, con el propósito de que su excónyuge contribuya a la atención de la sobrevenida necesidad de vivienda (57).

(56) Como se concluye en la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993, resulta «inadmisible toda alegación de mala fe o abuso de derecho en el acto por el hecho de promover el desahucio después de producirse la separación, pues la propia liberalidad que supuso ceder gratuitamente durante varios años la vivienda impide ahora calificar de abusiva la acción para recuperar su posesión...». Esta misma opinión es asumida, entre otras, en las SSTs de 18 de enero de 2010 (Pleno) y 20 de marzo de 2007, y en nuestra jurisprudencia menor, en la SAP de Córdoba de 16 de julio de 1996. En contra de estas apreciaciones, en la STS de 2 de diciembre de 1992 (en aplicación de una doctrina jurisprudencial afortunadamente ya superada) se había concluido: «(...) siendo precisamente el ejercicio de la acción de reclamación sospechosamente posterior al divorcio del hijo y adjudicación a la esposa —nuera de los actores— y a las hijas —nietas de los demandantes—, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar como lo fue desde un principio, por lo que ha de significarse, en una posible concomitancia con el imperativo del artículo 7-1 del Código Civil, que la acción no puede prosperar...» (en parecidos términos, vid. STS de 18 de octubre de 1994).

(57) Resulta impecable, a nuestro modo de ver, el razonamiento formulado en la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993: «Las alegaciones de la demandada en punto a ser también “nietos” del actor los hijos que con ella viven en el piso, es intrascendente a los efectos del presente juicio, que debe resolverse en base a parámetros jurídicos, sin que el matrimonio entre la demandada y el hijo del actor produzca obligaciones para los parientes de cualquiera de ellos, salvo la de alimentos a descendientes en determinados supuestos (arts. 143 y 144 CC), cuestión ajena a la presente litis, por lo que no hay razón alguna para excluir el desahucio cuando se ocupa la vivienda familiar como precaristas por ambos

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, en ocasiones, nuestra jurisprudencia ha sucumbido a la tentación de acudir al Derecho de Familia como único asidero para dar respuesta a esta clase de litigios, con las inadmisibles consecuencias que de ello indefectiblemente se han derivado. Afortunadamente, nuestra más moderna jurisprudencia se ha conducido mayoritariamente con criterios más razonables, y ha soslayado intereses espurios cuya tutela no deben soportar personas ajenas a la ruptura conyugal. De manera tajante, y con el propósito de poner fin definitivamente a la disparidad de criterios en sede judicial, el Pleno del Tribunal Supremo —en la STS de 18 de enero de 2010— ha concluido que este tipo de litigios debe enfocarse desde la perspectiva del derecho de propiedad, y no del Derecho de Familia, ya que las consecuencias de la crisis conyugal en nada tienen que afectar a los terceros propietarios de la vivienda gratuitamente cedida (58). Esta tendencia ha sido posteriormente

esposos o por uno sólo de ellos después de la separación, siendo inatendible toda alegación de mala fe o abuso de derecho en el acto por el hecho de promover el desahucio después de producirse la separación, pues la propia liberalidad que supuso ceder gratuitamente durante varios años la vivienda impide ahora calificar de abusiva la acción para recuperar su posesión, salvo que se quiera hacer de peor condición al padre que permite utilizar un piso sin contraprestación al hijo que contrae matrimonio, respecto del progenitor que menos generosamente prefiere cederla en arrendamiento, y que en la actualidad no tendría problema para obtener el desahucio por expiración del plazo contractual. Como tampoco parece razonable poner más trabas a la acción de desahucio por precario dirigida contra el cónyuge del hijo al que se prestó el inmueble, que a la formulada contra ese hijo en los casos en que no hubo crisis matrimonial o aquél es soltero». En este mismo sentido, vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. y loc. cit.*; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 67. Concluye MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel, «Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o comodato?», comunicación presentada a las «Jornadas sobre Derecho de Familia», celebradas los días 17 y 18 de mayo de 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 11/2007, Aranzadi (recurso electrónico): «Sin embargo, también es importante considerar la posible situación de indefensión o desamparo en que pudiera quedar el cónyuge desahuciado. Esta situación debe resolverse conforme a las soluciones jurídicas que el Derecho de Familia ofrece para los casos de crisis matrimonial. Basta recordar que además de la atribución y uso de la vivienda también se contempla en el Código Civil la pensión compensatoria y la pensión de alimentos. Por consiguiente, privado el cónyuge de la vivienda que venía constituyendo y había sido hasta ese momento para él el hogar familiar, se pudiera compensar esta situación de desamparo solicitando un incremento económico en el resto de medidas que equilibren la cuantía económica que la privación de uso de la vivienda supone al cónyuge que la venía ocupando hasta esa fecha».

(58) Según se afirma en la aludida sentencia, esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la STS de 26 de diciembre de 2005. En relación con la cuestión escrutada, parece coherente la argumentación efectuada por el Pleno del Tribunal Supremo en la STS de 14 de enero de 2010: «La sentencia judicial se limita a hacer efectiva la protección de la familia dentro de los límites del derecho de ésta a la titularidad de la vivienda, pero no modifica dichos límites». Vid., asimismo, STS de 14 de julio de 2010. Resulta peligroso, como sostiene GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXVII), generalizar la aplicación del comodato, y reconducir al mismo, en aras a proteger al cónyuge adjudicatario del uso de la vivienda, situaciones de auténtica detentación precaria.

asumida como doctrina jurisprudencial unificada, entre otras, en la STS de 30 de abril de 2011.

No cabe alegar, a favor de la perpetuación del *statu quo* engendrado por la sentencia dictada en el proceso matrimonial, la tutela constitucional de la familia (cfr., en parecidos términos, la doctrina desprendida de la SAP de Orense de 17 de marzo de 2006) (59). Es cierto que la protección social, económica y jurídica de la familia se encuentra sancionada en el artículo 39 CE, si bien no procede hacer una interpretación tan tendenciosa y en términos tan absolutos de dicho principio, y sostener que los derechos de los terceros se hallan tan rígidamente constreñidos por la tutela de las necesidades de un núcleo familiar del que no forman parte. Por otra parte, no debemos obviar que la propiedad privada, que en las hipótesis estudiadas puede verse profundamente cercenada, también se encuentra contemplada en nuestra Carta Magna. En concreto, en el artículo 33 CE no sólo se reconoce el más pleno de los derechos reales, sino que se dispone que ningún sujeto «podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Por consiguiente, a la alegación de la tutela constitucional de la familia puede oponerse el carácter tuitivo hacia el derecho de propiedad emanado del mismo cuerpo legal.

Esta aseveración resulta corroborada, según nuestra opinión, por la distinta ubicación en la que se encuentran contemplados sendos artículos. Mientras que el derecho de propiedad se incluye en el Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, destinado a los *Derechos y libertades* (en la Sección 2.ª, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*), la protección de la familia se halla dispuesta en el Capítulo Tercero del mismo Título, bajo la rúbrica *De los*

(59) En contra de nuestra postura y de la mencionada resolución de la Audiencia de Orense, en la SAP de Burgos de 10 de marzo de 1994 se hace la siguiente argumentación, que nos parece de todo punto inaceptable: «Por una parte, el principio constitucional de protección a la familia permitiría entender que si en algún caso hubiera que forzar el texto de la Ley para ajustarla a la realidad social como elemento que debe primar siempre en la interpretación de las normas jurídicas, que, o sirven para dar adecuada respuesta a las nuevas situaciones o no sirven para nada, sería precisamente en éste, en que la protección del derecho a la vivienda recogido en el artículo 47 de la Constitución, unida a la protección del grupo familiar sancionada por el artículo 39, han hecho primar muchas veces el derecho a la vivienda de los miembros de este grupo respecto del derecho sobre la vivienda familiar que pudieran ostentar otros miembros o terceros ajenos, permitiendo la subrogación en el arrendamiento de quienes en principio no fueron parte en el contrato, que de esa forma ven su derecho a la vivienda convertido en un derecho sobre ésta, o bien posibilitando la atribución del uso de la misma al cónyuge no titular en los supuestos de crisis matrimonial en función de lo dispuesto por el artículo 95 del Código Civil. Por otra parte, estando como está la vivienda familiar amparada por nuestra Carta Magna, ¿qué protección va a tener la vivienda de esta familia sin entender que tiene un cierto derecho sobre ella, que no pueda estar subordinado en todo a la libre voluntad del tercero propietario?». »

principios rectores de la política social y económica. A tenor de lo previsto en el artículo 53 CE, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo —y, por ende la protección del derecho de propiedad privada— *vinculan* a todos los poderes públicos; en cambio, el reconocimiento, respeto y protección de los principios acogidos en el Capítulo Tercero —entre los que se encuentra la tutela de la familia— *informarán* la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y su alegación en sede judicial habrá de hacerse de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Además de todos los argumentos de índole formal esgrimidos, a nuestro modo de ver, si atendemos al criterio de la justicia material —elemento que desgraciadamente omitimos de manera sistemática—, la respuesta habría de ser la misma. No debemos ampararnos en rígidas estructuras técnicas para propiciar un resultado absolutamente ilógico, no deseado y punitivo para quien no ha efectuado sino un encomiable acto de liberalidad. En definitiva, resulta insostenible la consagración de la indefinida expropiación sin contraprestación de las más relevantes facultades dominicales, como son el uso y el disfrute de la vivienda propia.

A esta misma conclusión ha llegado, afortunadamente, el legislador catalán al regular la atribución del uso de la vivienda familiar, en el artículo 233-21 del Código Civil de Cataluña: «2. *Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.*».

B) *Vivienda inicialmente cedida en concepto de comodato*

Cuando, como consecuencia de las particulares circunstancias concurrentes, quepa considerar que los esposos habitaban en la vivienda ajena en virtud de un contrato de comodato celebrado con sus legítimos propietarios, surge una importante cuestión: el excónyuge del hijo de éstos, a quien en el procedimiento matrimonial se atribuye judicialmente el uso del inmueble, ¿continúa su posesión a título de comodato, o ha de ser considerado, desde entonces, como precarista? De la respuesta que se ofrezca a esta pregunta dependen directamente las importantes consecuencias que se derivan de la crisis matrimonial en relación con las facultades dominicales de los propietarios de la vivienda.

Si atendemos al criterio sostenido, entre otras, en las ya mencionadas SSTs de 26 de diciembre de 2005 y 31 de diciembre de 1994, la resolución dictada en el procedimiento matrimonial no altera la titularidad en virtud de la cual los

cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. La ilación de esta doctrina jurisprudencial, si la contemplamos de manera estricta y sin apreciar los importantes matices inherentes a las hipótesis analizadas, podría llevarnos a concluir que el exconsorte del hijo de los propietarios de la vivienda debe ser considerado comodatario en relación con la misma. Seguramente, tal inferencia colisiona enteramente con la verdadera intención que los cedentes del inmueble tuvieron en el momento en el que se perfeccionó el contrato de comodato.

Con el propósito de corregir esta deducción, MARÍN LÓPEZ (60) entiende que lo que se pretende destacar en estas resoluciones es, en realidad, que la sentencia dictada en el proceso matrimonial no puede afectar negativamente a los propietarios de la vivienda, ya que, por definición, son terceros ajenos a dicho juicio. Lo que trata de subrayar la jurisprudencia es que la sentencia matrimonial no puede ubicar al exconsorte al que atribuye el uso de la vivienda en una mejor posición que la disfrutada con anterioridad a la ruptura conyugal. De este modo, el citado autor advierte que esta doctrina no impide estimar extinguido el contrato de comodato en estos supuestos, pues la sentencia atribuye el uso de la vivienda al exconsorte del comodatario.

A esta misma conclusión llega nuestro Alto Tribunal en la STS de 2 de octubre de 2008, donde expresamente se fija como doctrina jurisprudencial —en cumplimiento de lo dispuesto en el último inciso del párrafo tercero del art. 487 LEC— la siguiente: «La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial». En esta resolución, con apoyo explícito en la línea jurisprudencial sentada a raíz de la STS de 26 de diciembre de 2005, se concluye que con independencia de que inicialmente pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal. Como consecuencia de ello, tras la crisis matrimonial, quien posee el inmueble debe ser considerado precarista, pues ha desaparecido el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida (se entregaba para que viviera toda la familia unida, no parte de la misma) (61). De hecho,

(60) MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 686 y 687.

(61) En este mismo sentido, vid., entre otras, SSTs de 14 de noviembre de 2008, 13 de noviembre de 2008 y 30 de octubre de 2008 (tres Resoluciones coincidentes en la misma fecha) y 29 de octubre de 2008. Con anterioridad, en la SAP de Asturias de 15 de abril de 1999 ya se había sostenido que el comodato inicial sufría su conversión en precario al quebrarse la unidad familiar. Un caso especial se plantea en la STS de 13 de abril de 2009, donde, después

normalmente el Tribunal Supremo no entra a valorar si antes de la crisis matrimonial los esposos eran comodatarios o precaristas, dado que, aunque nos encontráramos frente a un préstamo de uso, ha de considerarse ya extinguido.

Completamente de acuerdo con esta visión, en la STS de 18 de enero de 2010 (62), dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, se exponen los siguientes razonamientos:

- Cuando el propietario de la vivienda la haya cedido gratuitamente a uno de los cónyuges mediante un contrato (antes o durante el matrimonio), y con posterioridad su uso se atribuye judicialmente al consorte no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al esposo contratante con el *dominus*, ya que la autoridad judicial no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). Por consiguiente, la relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, de tal modo que se confirma la doctrina sentada en la STS de 3 de abril de 2009. Por este motivo, debe concluirse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero goce de naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro consorte, a quien se ha conferido el uso del inmueble

de adherirse expresamente a la mencionada doctrina jurisprudencial, concluye en sentido contrario al desahucio, al apreciar importantes matices en el concreto caso enjuiciado: «Pero lo que resulta relevante en la situación analizada es el hecho de que la actora, ahora recurrente, no es la plena propietaria de la vivienda, y también, lo que es más trascendente a los efectos de este recurso, que el derecho de usufructo lo adquirió de su hijo, quien hasta ese momento había ostentado el pleno dominio del inmueble, cuando el hogar familiar de la entonces esposa, ahora recurrida, ya estaba fijado en el domicilio del que ahora se pretende su desalojo. En definitiva, cuando la actora adquirió el usufructo, su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, y era plenamente conocedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido. Por ello, la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia debe mantenerse ahora en esta sede, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario. Lo cierto es que sólo tras el convenio alcanzado por la recurrida y su esposo, homologado judicialmente, en virtud del que se atribuyó el uso de la vivienda conyugal al hijo común y a la ahora demandada, la recurrente decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble, lo que podría conculcar incluso el artículo 7.1 del Código Civil».

(62) En el mismo sentido que esta resolución, vid. la interesante exposición efectuada por CUENA, *op. cit.*, págs. 368 a 372. La hipótesis juzgada en esta decisión incluye un importante matiz: el exmarido, a quien no se atribuye el uso de la vivienda, es copropietario de la misma junto con su hermana. A pesar de ello, no puede oponerse a dicha hermana la concesión judicial de su uso la exmujer del otro condómino.

en virtud de una sentencia dictada en pleito matrimonial (el ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo).

- La regla que debe mantenerse en esta materia será, por lo tanto, que los derechos del propietario dirigidos a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el cónyuge que la ocupa de modo efectivo. Cuando se pruebe la existencia del contrato con éste, se aplicarán sus reglas; sin embargo, si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el *dominus*, habrá que apreciar la presencia de un precario, con el consiguiente reconocimiento de su facultad de recuperar la posesión de la vivienda en cualquier momento.

En nuestra opinión, esta doctrina jurisprudencial, ya consolidada, resulta plenamente acertada, pues, si bien en el artículo 1742 del Código Civil no se concibe el préstamo de uso como un contrato exclusivamente *intuitu personae*, sí se admite la posibilidad de su configuración *en contemplación a la persona del comodatario* (63). Para determinar el carácter personalísimo del contrato, habrá que acudir a las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil; no obstante, a nuestro juicio, siempre debemos tener presente lo dispuesto en el último de estos preceptos, y resolver las posibles dudas a favor de la menor transmisión de derechos por parte del comodante.

(63) Según PÉREZ DE ONTIVEROS (*op. cit.*, pág. 229), el artículo 1742 del Código Civil no es más que una aplicación concreta del artículo 1257 del mismo cuerpo legal. Nuestro Código sigue la senda trazada por el artículo 1879 del *Code français*, donde se dispone: «*Les engagements qui se forment par le prêt à usage passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée*». Ya en el artículo 1632 del Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA se adoptaba idéntica solución («*Las obligaciones y derechos que nacen del comodato, pasan á los herederos de ambos contrayentes, á no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación á solo la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de este no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada*»). Sin embargo, la opción de política legislativa acogida en Italia difiere de esta tendencia, pues de dos preceptos del *Codice Civile* se desprende que, en principio, se trata de un contrato *intuitu personae*: segundo párrafo del artículo 1804 («[el comodatario] *Non può concedere a un terzo il godimento della cosa senza il consenso del comodante*») y artículo 1811 («*In caso di morte del comodatario, il comodante, benché sia stato convenuto un termine, può esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa*»). Lo mismo cabe afirmar en relación con el ordenamiento jurídico alemán, ya que en el § 605 BGB se dispone: «*Der Verleiher kann die Leihe kündigen: ...3. wenn der Entleiher stirbt*» (el comodante puede resolver el comodato si el comodatario fallece). En el mismo sentido que los Códigos italiano y alemán, podemos hacer referencia, dentro de nuestro Derecho histórico, a las Partidas de Alfonso X (Ley V del Título II de la Partida V: «*Moriéndose alguno á quien hobiesen emprestado caballo ó otra cosa semejante, tenuto es su heredero de la tornar á aquel que la empréstó...*»).

En la hipótesis estudiada en este trabajo, parece razonable sostener que la cesión gratuita del inmueble se efectuó con carácter personalísimo, dado que los propietarios celebraron el préstamo de uso en atención a su hijo. En principio, pensar lo contrario no resulta lógico, ya que aquéllos normalmente llevan a cabo la liberalidad con el propósito de favorecer a su hijo, y no al cónyuge de éste de manera individual. A nuestro modo de ver, en estos supuestos cabe apreciar un importante componente de confianza, pues los propietarios del inmueble lo ceden gratuitamente a su hijo, y no a cualquier otra persona. Habitualmente, este componente fiduciario no se halla presente en relación con el exconsorte del hijo de los propietarios, quien, con anterioridad a la crisis matrimonial, venía ocupando la vivienda como inevitable efecto de su unión conyugal (64).

Consecuentemente, una vez planteada la ruptura matrimonial, si se procede a la concesión judicial del uso de la vivienda al excónyuge del hijo de sus dueños, debe entenderse que se ha extinguido el uso específico para el que se celebró el comodato y, por lo tanto, el contrato mismo (65) (*ex arts. 1749 y 1289 CC*).

No obstante todo lo anterior, ha de concederse al beneficiario de la atribución judicial la posibilidad de probar que del concreto préstamo de uso celebrado no se predica su carácter *intuitu personae*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, T. II, 14.^a ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2011.
- ALONSO SAURA, M.^a Pilar y CARRILLO VINADER, Francisco: «Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario», en *Revista de la Fundación Mariano Ruiz-Funes*, núm. 44/2010, págs. 94 a 118.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Comentario a la sentencia de 30 de octubre de 1986», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1986, págs. 4099 a 4110.

(64) Esta «fiducia» no es equiparable a la inherente al contrato de mandato (consagrada en el art. 1732.1.º CC), ya que el comodante no puede resolver el préstamo de uso si el comodatario todavía lleva a cabo el uso pactado y no ha transcurrido el plazo de duración inicialmente previsto. En el ámbito del comodato, la fiducia se halla íntimamente ligada al carácter personalísimo con el que puede configurarse el mismo. Resulta llamativo el ejemplo presentado por MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, pág. 845: «La casuística ofrece una gran variedad de supuestos en que el carácter personalísimo del contrato, aunque parezca paradójico, tiene especial relieve conjugando las condiciones de la cosa con la aptitud del usuario; por ejemplo, si la cosa cedida es un fino perro de caza o una escopeta especial, si el comodatario es un experto cazador, no hay duda que el contrato se hizo contemplando la persona del comodatario, y por tanto de ninguna forma pueden continuarlo los herederos del mismo, que bien pudiera ocurrir que ni siquiera tuvieran simple afición de cazador».

(65) MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 686.

- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, y WAHL, Albert: *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIII (De la société, du prêt, du dépôt), 3.ª ed., Ed. L. Larose & L. Tenin, París, 1907.
- BELLO JANERIO, Domingo: «Comentario a la sentencia de 18 de octubre de 1994», en *CCJC*, enero/marzo de 1995, págs. 331 a 346.
- *El precario. Estudio teórico práctico*, 2.ª ed., Ed. Comares, Granada, 1999.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario a la sentencia de 21 de mayo de 1990», en *CCJC*, abril/agosto de 1990, págs. 667 a 674.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, 15.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1993.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 1959.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2010 (recurso electrónico).
- CUENA CASAS, Matilde: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 275 a 441.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Comentario al artículo 1750», en *Comentario del Código Civil*, dir. por L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES, T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1617 a 1620.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *AC*, 1998, T. 2, págs. 363 a 389.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN, BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Comentario a la sentencia de 31 de diciembre de 1994», en *CCJC*, abril/agosto de 1995, págs. 667 a 675.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, 5.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- FERRER MARTÍN, Daniel: «El precario y el juicio de desahucio por causa de precario», en *RDP*, T. XXXVI, enero-diciembre de 1952, págs. 303 a 313.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de Zaragoza, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen: «Observaciones a propósito de la relación de precario», en *Anales de la Universidad de Cádiz*, 1992-1993, núm. 9-10, págs. 125 a 138.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994, T. III, vol. I, 1.ª ed., págs. LXXIII a XCVI.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La posesión*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (estudio jurisprudencial de una polémica)», en *RDPatr.*, págs. 129 a 143.

- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9.^a ed., Ed. Ariel, 1985.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista: *La categoría de los contratos reales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 2.^o, 3.^a ed., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- *Elementos de Derecho Civil*, T. III, vol. 1.^o, 2.^a ed., revisada y puesta al día por A. LUNA SERRANO, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- LATOUR BROTONS, Juan: «El precario», en *RDP*, T. XLIII, enero-diciembre de 1959, págs. 1065 a 1080.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1972.
- MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo: «El comodato en nuestros días», en *ADC*, T. VI, fascículo 4, octubre-diciembre de 1953, págs. 839 a 856.
- MORENO MOCHOLÍ, Miguel: *El precario*, 2.^a ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», en *Diario La Ley*, de 13 de junio de 2006, págs. 1 a 3.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o comodato?», comunicación presentada a las «Jornadas sobre Derecho de Familia», celebradas los días 17 y 18 de mayo de 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 11/2007, Aranzadi (recurso electrónico).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *AC*, núm. 19, semana 5-11 de mayo de 1986, págs. 1329 a 1339.
- «Comentario al artículo 1750», en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.^a ed., Ed. La Ley, Madrid, 2008, págs. 1817 y 1818.
- PÉREZ DE OTIVEROS BAQUERO, Carmen: *El contrato de comodato*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- POTHIER, Robert Joseph: *Oeuvres de R.-J. Pothier contenant les Traités du Droit Français*, T. III, «Traité des contrats de bienfaisance, de prêt de consommation, de dépôt, de mandat, de louages maritimes, d'assurance, de prêt, du jeu, du contrat de mariage, du douaire, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles», Chez H. Tarlier Libraire-Editeur, Bruselas. 1831.
- RAMS ALBESA, Joaquín: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- «Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 1992», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1992, págs. 1075 a 1083.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Atribución del uso de la vivienda familiar», en *AC*, núm. 3, Sección Informe de Jurisprudencia, 1 al 15 de febrero de 2006, T. 1, págs. 343 y sigs. (recurso electrónico).
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *El contrato de comodato*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SENTENCIAS ESTUDIADAS

- STC de 4 de octubre de 1993.
- STS de 18 de junio de 1900.
- STS de 21 de junio de 1934.
- STS de 26 de junio de 1947.
- STS de 30 de junio de 1953.
- STS de 13 de febrero de 1958.
- STS de 30 de noviembre de 1964.
- STS de 16 de diciembre de 1965.
- STS de 30 de octubre de 1986.
- STS de 22 de octubre de 1987.
- STS de 23 de mayo de 1989.
- STS de 21 de mayo de 1990.
- STS de 2 de diciembre de 1992.
- STS de 31 de diciembre de 1992.
- STS de 18 de octubre de 1994.
- STS de 31 de diciembre de 1994.
- STS de 31 de enero de 1995.
- STS de 29 de febrero de 2000.
- STS de 26 de diciembre de 2005.
- STS de 20 de marzo de 2007.
- STS de 2 de octubre de 2008.
- STS de 29 de octubre de 2008.
- SSTs de 30 de octubre de 2008 (tres sentencias coincidentes).
- STS de 13 de noviembre de 2008.
- STS de 14 de noviembre de 2008.
- STS de 3 de abril de 2009.
- STS de 13 de abril de 2009.
- STS de 30 de junio de 2009.
- STS de 22 de octubre de 2009.
- STS de 14 de enero de 2010.
- STS de 18 de enero de 2010.
- STS de 14 de julio de 2010.
- STS de 11 de noviembre de 2010.
- STS de 18 de marzo de 2011.
- STS de 30 de abril de 2011.
- SAP de Barcelona de 23 febrero de 1991.
- SSAP de Navarra de 22 de enero de 1992 (dos sentencias coincidentes).
- SAP de Madrid de 24 de marzo de 1992.
- SAP de Alicante de 26 de octubre de 1992.
- SAP de León de 15 de abril de 1993.

- SAP de Tenerife de 14 de octubre de 1993.
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993.
- SAP de Cantabria de 16 de diciembre de 1993.
- SAP de Burgos de 10 de marzo de 1994.
- SAP de Tenerife de 6 de julio de 1994.
- SAP de Pontevedra de 26 de septiembre de 1994.
- SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994.
- SAP de Cádiz de 2 de febrero de 1995.
- SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995.
- SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995.
- SAP de Huesca de 13 de marzo de 1996.
- SAP de Jaén de 25 de abril de 1996.
- SAP de Córdoba de 16 de julio de 1996.
- SAP de Asturias de 11 de septiembre de 1996.
- SAP de Islas Baleares de 23 de septiembre de 1996.
- SAP de Gerona de 14 de octubre de 1996.
- SAP de Soria de 12 de diciembre de 1996.
- SAP de Cádiz de 13 de enero de 1997.
- SAP de Pontevedra de 7 mayo de 1997.
- SAP de Jaén de 17 de junio de 1997.
- SAP de Islas Baleares de 31 de julio de 1997.
- SAP de Cantabria de 26 de octubre de 1998.
- SAP de Navarra de 22 de diciembre de 1998.
- SAP de Albacete de 18 de enero de 1999.
- SAP de Asturias de 20 de enero de 1999.
- SAP de Tenerife de 23 de enero de 1999.
- SAP de Málaga de 4 de febrero de 1999.
- SAP de Tenerife de 6 de marzo de 1999.
- SAP de Asturias de 15 de abril de 1999.
- SAP de Tenerife de 5 de junio de 1999.
- SAP de Asturias de 2 de septiembre de 1999.
- SAP de Islas Baleares de 2 de noviembre de 1999.
- SAP de Tenerife de 13 de noviembre de 1999.
- SAP de Badajoz de 2 de febrero de 2000.
- SAP de Madrid de 14 de marzo de 2000.
- SAP de Asturias de 11 de abril de 2000.
- SAP de Cádiz de 13 de abril de 2000.
- SAP de Salamanca de 7 de septiembre de 2000.
- SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000.
- SAP de Gerona de 3 de octubre de 2000.
- SAP de Madrid de 28 de octubre de 2000.
- SAP de Córdoba de 19 de diciembre de 2000.

- SAP de Las Palmas de 2 de febrero de 2001.
- SAP de La Coruña de 13 de marzo de 2001.
- SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2002.
- SAP de Murcia de 22 de octubre de 2002.
- SAP de Badajoz de 19 de febrero de 2003.
- SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2003.
- SAP de Málaga de 15 de junio de 2005.
- SAP de Málaga de 30 de septiembre de 2005.
- SAP de Murcia de 25 de noviembre de 2005.
- SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2005.
- SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2005.
- SAP de Alicante de 28 de febrero de 2006.
- SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2006.
- SAP de Madrid de 15 de marzo de 2006.
- SAP de Orense de 17 de marzo de 2006.
- SAP de Málaga de 23 de marzo de 2006.
- SAP de Granada de 7 de abril de 2006.
- SAP de Burgos de 3 de mayo de 2006.
- SAP de Asturias de 23 de mayo de 2006.
- SAP de Pontevedra de 28 de junio de 2006.
- SAP de Tenerife de 14 de julio de 2006.
- SAP de Málaga de 7 de septiembre de 2006.
- SAP de Islas Baleares de 8 de septiembre de 2006.
- SAP de Gerona de 21 de noviembre de 2006.
- SAP de Valladolid de 14 de febrero de 2007.
- SAP de Valencia de 21 de febrero de 2007.
- SAP de Pontevedra de 22 de febrero de 2007.
- SAP de Alicante de 29 de marzo de 2007.
- SAP de Las Palmas de 28 de junio de 2007.
- SAP de Sevilla de 3 de julio de 2007.
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007.
- SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2007.
- SAP de Tenerife de 13 de diciembre de 2007.
- SAP de Málaga de 16 de julio de 2008.
- SAP de Zamora de 16 de junio de 2009.
- SAP de Málaga de 7 de octubre de 2009.
- SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010.
- SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010.
- SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2011.

RESUMEN

PRECARIO
COMODATO
CESIÓN VIVIENDA

Tradicionalmente ha resultado muy habitual la cesión gratuita del uso de una vivienda a un descendiente, con el propósito de que este establezca en ella su hogar familiar junto con su cónyuge. La configuración jurídica que se otorgue por las partes a esta cesión es de capital relevancia, pues de ella se desprenden importantes efectos jurídicos, de tal forma que la posición de los propietarios del inmueble puede llegar a experimentar un inesperado debilitamiento. El problema emerge, principalmente, cuando las partes nada han manifestado expresamente sobre la naturaleza o consecuencias de tal cesión gratuita y sobreviene un procedimiento judicial de crisis matrimonial entre los cesionarios. En este estudio se aborda el análisis de la evolución jurisprudencial sobre la materia: desde las inquietantes decisiones que menoscababan la posición jurídica de los propietarios, hasta la actual tendencia en la que, de manera uniforme, se respetan definitivamente sus intereses.

ABSTRACT

PRECARIOUS
COMMODATUM
HOUSING UNIT ASSIGNMENT

Traditionally, people of mature age are quite given to allowing a child or grandchild and his or her partner to use some house or flat of theirs for free. This is their way of helping the young people set up a home of their own. How the parties set up the assignment arrangement legally is a point of capital importance. Vital legal effects depend on it. Circumstances may render the owners' position unexpectedly weak. When the parties have neglected to put anything into actual words concerning the nature or consequences of the gratuitous assignment, the main problem is likely to occur if the young couple breaks up and files for separation or divorce. This study looks at the evolution of case law on the subject, from disturbing rulings that play havoc with the owners' legal position to the current trend, where the owners' interests are uniformly and definitively respected.

*(Trabajo recibido el 12-7-2012 y aceptado
para su publicación el 26-9-2012)*