

DESAHUCIO POR PRECARIO Y ATRIBUCIÓN DE LA
VIVIENDA EN LAS CRISIS FAMILIARES

*ALLOCATION OF HOUSING IN FAMILY CRISES AND EVICTI ON
FOR PRECARIOUSNESS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 642-689

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de abril de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Frecuentemente los progenitores de uno de los cónyuges o de los convivientes de una pareja de hecho le ceden a éste un inmueble a título gratuito para que le sirva a él y a su familia de vivienda. Estas cesiones se realizan de manera informal sin señalarse expresamente ni un plazo de duración ni un uso específico al que ha de destinarse el inmueble. El problema surge cuando tras una crisis familiar en una sentencia de divorcio o de separación se adjudica el uso de la vivienda a quien no es hijo o hija de los cedentes que interponen acciones judiciales para intentar recuperar la vivienda. En estos procesos el cedente suele alegar que la vivienda se cedió en precario mientras que el demandado alega que se trata de un comodato. La jurisprudencia española ha sido vacilante a la hora de determinar que figura es la predominante.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; atribución judicial del uso; precario; comodato; propiedad; posesión; divorcio.

ABSTRACT: *Frequently, the parents of one of the spouses or of the members of a domestic partnership transfer a property to the latter free of charge to serve as a home for him/her and his/her family. These assignments are made informally without expressly stating either a term of duration or a specific use to which it is to be put. The problem arises when after a family crisis in a divorce or separation judgment, the use of the property is awarded to someone who is not a son or daughter of the transferor, who takes legal action to try to recover the property. In these processes, the transferor usually alleges that the property was transferred in precariousness while the plaintiff alleges that it is a gratuitous bailment. Spanish case law has been hesitant to determine which figure is predominant.*

KEY WORDS: *Family home; judicial allocation of use; precarious; commodatum; property; possession; divorce; gratuitous bailment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- I. Las diferencias entre precario y comodato.- 2. La cesión del uso gratuito de una vivienda es siempre un contrato.- II. LAS VACILACIONES JURISPRUDENCIALES EN LAS CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA.- I. Las iniciales vacilaciones jurisprudenciales.- 2. La etapa de la unificación jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN.

En nuestro país son frecuentes los acuerdos por los que los progenitores ceden gratuitamente el uso de una vivienda de su propiedad a uno de sus hijos o hijas para que la utilicen como hogar conyugal o familiar junto con sus cónyuges o sus parejas de hecho. Con menos frecuencia también se produce este acuerdo con otros parientes (abuelos que ceden vivienda a los) o con la viuda del hijo a la que se le permite continuar viviendo gratuitamente en la vivienda cedida tras el fallecimiento de su cónyuge. En este trabajo nos proponemos analizar la problemática que se origina cuando tras una crisis conyugal se produce la ruptura de la pareja y posteriormente, en una resolución dictada en el seno de un proceso de familia se le adjudica el uso de la vivienda familiar al cónyuge (o conviviente) que no es el pariente del propietario de acuerdo con las previsiones del art. 96 CC¹. A resultas de esta sentencia de atribución el cónyuge no familiar se queda con el uso de la vivienda mientras que el otro miembro de la pareja, el familiar del cedente, queda excluido del uso de la vivienda familiar y tiene que buscarse

I El art. 96 CC ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Las principales novedades que introduce la nueva redacción del precepto han sido comentadas por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Prólogo", en *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25-32. Sistematizando cuando dice este autor, resulta que las previsiones del contenido del nuevo precepto continúan siendo de Derecho dispositivo por aplicarse "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobados por la autoridad judicial". Se destacan las siguientes novedades: el art. 96.I.I CC atribuye la vivienda a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden, si bien se establece como novedad un límite temporal "hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad". Asimismo, se establece que en el caso de hijos menores con alguna discapacidad que se pueda continuar en el uso de la vivienda después de la mayoría de edad, determinándose un plazo "en función de las circunstancias concurrentes". En el art. 96.I II se establece que el caso de hijos mayores de edad con alguna discapacidad al tiempo de la nulidad, separación o divorcio se equiparán a los hijos menores que se encuentren en similar situación. En el art. 96.I.III CC se contempla el caso de la necesidad de vivienda de los hijos mayores de edad, pero que carezcan de independencia económica, cuando se ha extinguido el uso previsto en el párrafo primero. En este caso la necesidad de vivienda se atenderá de acuerdo a las normas relativas a los alimentos entre parientes. En el art. 96.2 CC e refiere al caso de ausencia de hijos en el que "podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar [común o propiedad de uno sólo de los cónyuges] "al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección". Finalmente, el art. 96.3 CC establece que "Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial", previéndose ahora como novedad que "Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad". Critica, el citado autor que no se haya aprovechado la reforma del precepto para regular las atribuciones de vivienda familiar en los casos de custodia compartida.

• **Federico Arnau Moya**

Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es.
ORCID: 0000-0002-8434-6708.

una solución habitacional. En ocasiones, el cedente reacciona presentando una demanda para recuperar la posesión de la vivienda cedida ejercitando en la mayoría de casos bien una acción de desahucio por precario o bien una acción reivindicatoria². Para realizar este tipo de cesiones gratuitas no es necesario ser propietario puesto también pueden realizarse por cualquier persona que tenga un derecho para usar la cosa como sucede con el usufructuario y el arrendatario³. No obstante, a los efectos de facilitar la comprensión lectora nos referiremos en la mayoría de las ocasiones al propietario dando por supuesto que implícitamente también nos referimos a los otros titulares de otros derechos sobre la cosa que pueden transmitir el derecho de uso.

La gran mayoría de sentencias que se han dictado respecto a este tipo de cesiones intentan responder a dos preguntas: si la relación inicial entre cedente y cesionario se puede calificar como un contrato de comodato o como una situación de precario (ya avanzamos que nuestra postura es que la "situación de precario" realmente es un contrato de precario). La segunda cuestión, es la relativa a si la sentencia de atribución del uso del hogar familiar constituye un derecho oponible o no al cedente inicial (o a los actuales propietarios), habida cuenta que el propietario es un tercero ajeno al pleito en el que se dictó la resolución judicial de atribución del uso del inmueble. Se trata de determinar si el propietario cedente va a tener posibilidades de éxito en la recuperación de la vivienda "graciosamente cedida"⁴. Los supuestos que analizaremos en este trabajo se refieren en su práctica mayoría a atribuciones que se han realizado

- 2 No obstante, hay que tener en cuenta que al abanico de acciones recuperatorias de la posesión van más allá del desahucio por precario o de la acción reivindicatoria. También pueden utilizarse las acciones para la tutela sumaria de la tenencia o la posesión de una cosa o derecho (art. 250.1.4 LEC) los antiguos interdictos de recobrar la posesión, así como la acción para la defensa de los derechos registrales inscritos también denominado procedimiento del art. 41 LH. En el caso de las acciones para la tutela sumaria de la posesión hay que tener en cuenta su breve plazo de prescripción que habrá que empezar a contar el día en que se dicte la sentencia de atribución de la vivienda en favor del cónyuge custodio o del cónyuge más desprotegido en el caso de no existir hijos comunes. Vid. ARNAU MOYA, F.: "Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 319. En este tipo de procesos sobre reclamaciones de cesiones gratuitas de vivienda la acción de protección de derechos inscritos contemplada por el art. 41 LPH se ha utilizado en varias ocasiones. Así ha sucedido en los casos resueltos por las SSTS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*) y 30 junio 2009 (*Tol 1560746*). En este último caso se trataba de en un pleito entre hermanas.
- 3 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Comentario a los artículos 1741 a 1755 del Código Civil", *Comentarios del Código Civil*, t. II (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1604 a 1631, p. 1605, estima que quedan excluidos de este tipo de cesiones los titulares de derechos personalísimos e intransferibles como el derecho de uso y habitación.
- 4 El concepto de vivienda familiar ha sido objeto de comentario por CHAPARRO MATAMOROS, P.: "1. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 36, señalando que en el Código Civil se utilizan indistintamente las expresiones "domicilio conyugal" (arts. 70 y 105 CC) "vivienda familiar" (arts. 90, 96 y 103 CC), y "vivienda habitual" (arts. 1320, 1321 y 1406 CC). En consecuencia, para referirse a la vivienda en la que tiene lugar la convivencia familiar, parece razonable entender que es aquella en la que se fija el domicilio conyugal. Todo ello de acuerdo con el concepto de vivienda familiar que se ha proporcionado en las SSTS 23 de enero 2017 (*Tol 5950973*); 22 septiembre 2017 (*Tol 6355981*); y 24 de mayo 2021 (*Tol 8454612*) para las que "vivienda familiar es aquel inmueble que ha venido habitando la familia de forma continuada y habitual con anterioridad al momento de producción de la crisis familiar".

en supuestos de custodia monoparental que son a los que se refieren tanto el nuevo art. 96.I CC como su versión anterior del art. 96. I que es a la que se refieren las sentencias que vamos a utilizar⁵. No son muy frecuentes las sentencias relativas a desahucio por precario en casos de parejas de hecho sin hijos puesto que las normas del matrimonio no se aplican analógicamente en los supuestos de convivencia *more uxorio*; cuestión diferente es el caso de la existencia de hijos comunes en los que en una resolución dictada en un procedimiento de medidas de guarda y custodia se le puede adjudicar al ex conviviente custodio la vivienda familiar⁶. Más escasas todavía son aquellas resoluciones del Tribunal Supremo sí que se ha dictado algunas referidas a las parejas de hecho se trata de casos en los que los herederos del otro conviviente que era el titular de la vivienda solicitan el desahucio por precario del conviviente supérstite⁷; finalmente están aquellos otros casos en los que el desahucio por precario tiene lugar entre los propios convivientes⁸. Tampoco son muy frecuentes las sentencias dictadas en procesos de en los que la atribución de la vivienda familiar se haya efectuado en un régimen de custodia compartida⁹. Estimamos que como quiera que la atribución del uso

- 5 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 91, núm. 752, 2015, pp.3390, 3392 y 3393, estiman que el art. 96 I [redacción antigua] parte de la tesis de que, en los supuestos de crisis familiares, el régimen de custodia sobre los hijos menores es individual y por lo tanto el uso de la vivienda familiar se asignará al progenitor al que se le atribuya la custodia de los mismo. Todo ello sin perjuicio de que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida tal como se prevé en el art. 92.5 CC. El aumento del número de custodias compartidas plantea la necesidad de que se formule un criterio que permita decidir la cuestión de la atribución de la vivienda familiar que debería ser el de la protección del progenitor que se encuentre objetivamente en mayor dificultad para el acceso a la vivienda. En el caso de que no exista esta objetiva necesidad no debe proceder la atribución a ninguno de los dos por lo que siendo común el inmueble debería procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial al que esté sujetos los cónyuges. En parecidos términos se manifiesta CHAPARRO MATAMOROS, P.: "I. La atribución", cit., 38 advierte que el nuevo art. 96 CC continúa pensado únicamente para ser aplicado en el caso de la custodia monoparental, tal como se deduce de la expresión "...al cónyuge en cuya compañía queden...", de ahí que este precepto carezca de utilidad para ser aplicado en los supuestos de custodia compartida.
- 6 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso", cit., p.3417, señalan que la inexistencia de identidad de razón entre la familia matrimonial y la no matrimonial impide aplicar por vía analógica a los convivientes de hecho las normas civiles previstas para los cónyuges en el art. 96 CC, entre ellas la que permite la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular en el caso de no existir hijos comunes. Así sucede desde que dictó la STS (del Pleno) 12 septiembre 2005.
- 7 Este es el caso de la STS 27 marzo 2008 (Tol 1354577) en el que en una pareja de hecho, uno de los convivientes -la propietaria de la vivienda- fallece. El otro continúa ocupando la vivienda, hasta que es objeto de una demanda de desahucio por precario por los herederos del otro conviviente. El conviviente supérstite alega en su defensa que se le aplique por analogía el 96 CC pero se desestima por el Alto Tribunal.
- 8 Este es el caso de la STS 6 octubre 2011 (Tol 2252090) en el que una pareja de hecho convive durante varios años, una vez producido el cese de la convivencia el propietario de la vivienda en la que estuvieron habitando permite que su pareja continúe ocupándola. Transcurridos dos años del cese de la convivencia el titular del inmueble presenta una acción de desahucio por precario que se estima en casación. El Alto Tribunal estima que no habiendo existido matrimonio en pareja de hecho no es aplicable el art. 96 CC por analogía por lo que aun a pesar de que la casa ocupada por la demandada era domicilio común prospera la desahucio por precario.
- 9 BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, N.º 790, p. 11139, señala la falta de regulación en el CC respecto a la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida. En consecuencia, las posibilidades de atribución pueden ser: a) que los hijos comunes permanezcan en la vivienda familiar y que sean los padres quienes de forma alternativa vayan ocupando la vivienda junto con los hijos de acuerdo con los turnos que se les hayan adjudicado. Este es el sistema conocido como de las viviendas-nido; b) que sean

de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado tiene carácter temporal hace innecesario el recurso al desahucio por precario para recuperar la vivienda¹⁰. No obstante, sí que es posible encontrar algunas sentencias en las que el progenitor cedente de la vivienda ha interpuesto la acción de desahucio por precario sin esperar a que finalice la adjudicación temporal de la vivienda¹¹.

Las sentencias del Tribunal Supremo sobre este tipo de procesos que tienen su origen en cesiones gratuitas de vivienda empiezan a proliferar en la década de los años 90 del pasado cuando siglo se tuvieron que resolver los primeros recursos de casación sobre cuestiones relativas a los nuevos procedimientos de nulidad, separación y divorcio consecuencia de la publicación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (en adelante Ley 30/1981). Antes de publicarse la también denominada ley del divorcio este tipo de resoluciones son prácticamente inexistentes en el Tribunal

los hijos quienes vayan cambiando de vivienda de acuerdo con el turno de guarda que se les haya adjudicado. En este caso cabe la posibilidad de que se atribuya la vivienda al cónyuge más necesitado de manera similar a como contempla en el art. 96.2 para los casos en que no haya hijos comunes. Valorándose en este caso que el otro cónyuge disponga de otra vivienda o que cuente con apoyos familiares.

- 10 Ante la falta de regulación sobre la atribución de la vivienda familiar en materia de custodia compartida en el antiguo art. 96 CC, cuestión todavía pendiente de solucionar, el Tribunal Supremo ha tenido que rellenar ese vacío legal. Así en la STS 24 octubre 2014 (Tol 4538494) estableció que norma que debe de aplicarse analógicamente es la del art. 96 II (de la anterior redacción) -que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". En ese caso se le atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar que es privativa del esposo por un periodo de dos años. De modo similar en la más reciente STS 26 octubre 2020 (Tol 8197535) se casa la sentencia de la Audiencia que había establecido no había establecido límite temporal alguno para el uso de la vivienda familiar que en un caso de custodia familiar se le había adjudicado a la esposa e hijos. Para ello el Alto Tribunal, estima que "la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC, "que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. [...]". Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: "[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero" (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio entre otras). De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los periodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, con cita de otra jurisprudencia)".
- 11 La atribución de la vivienda al progenitor más necesitado en un proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio en el que se haya establecido un régimen de custodia compartida no influye para nada en el éxito del correspondiente desahucio por precario por el familiar cedente de la vivienda. En la STS 24 mayo 2021 (Tol 8454612) prospera el desahucio por precario en un caso en el que la esposa había cedido temporalmente durante un año a su esposo una vivienda de su propiedad para que aquél la ocupara junto con un hijo menor sobre el que ambos tenían la custodia compartida. En la jurisprudencia menor se ha admitido con éxito el ejercicio de la mencionada acción en la SAP Bizkaya (S. 5ª) 14 diciembre 2016 (Tol 6001277); en la SAP Illes Balears (S. 5ª) 26 mayo 2009 (Tol 1560588) en este caso la ex suegra plantea con éxito un desahucio por precario contra la ex nuera a la que se le ha adjudicado la vivienda en una sentencia de divorcio en la que se ha establecido un régimen de custodia compartida. Asimismo, se admite el desahucio por precario en la SAP León (S. 1ª) 4 diciembre 2017 (Tol 6493440) y la SAP las Palmas (S. 5ª) 12 diciembre 2014 (Tol 4725872) se admite la procedencia de un desahucio por precario por parte de la ex suegra contra la ex nuera.

Supremo por aplicarse la vía del desahucio por precario para la recuperación de las viviendas cedidas gratuitamente que habían quedado en mano de las viudas de los cesionarios u otros parientes o conocidos del causante¹². Otro factor que ha influido en la alta conflictividad en esta materia ha sido el hecho de que estas cesiones gratuitas de vivienda, habida cuenta del altísimo nivel de confianza entre padres e hijos, por lo general se realizan verbalmente, de modo que esta ausencia del más mínimo formalismo dificulta la prueba de las concretas condiciones pactadas al cederse gratuitamente la vivienda¹³. Por otro lado, cuando se realizan este tipo de cesiones los propietarios las efectúan sin realizar ninguna mención expresa ni al uso específico que va a darse a la vivienda más allá del genérico de ceder el inmueble para que sea utilizado como vivienda o domicilio familiar; tampoco se hace referencia alguna al plazo de duración del uso de la vivienda. Finalmente, la litigiosidad en esta materia también se ha visto favorecida por la existencia de una jurisprudencia del Tribunal Supremo que durante muchos años ha sido vacilante¹⁴, hasta el punto de que en unas ocasiones mantenía que la cesión de la vivienda, siempre suponía un uso específico, aun cuando el mismo no se hubiese pactado expresamente, de modo que la regla general venía a ser la existencia de un comodato. Por otro lado, en otras resoluciones se mantenía lo contrario, que la inexistencia de pactos expresos sobre la duración y el uso específico de la cosa tenían que interpretarse como indicadores de una situación de precario. Asimismo, en toda una serie de sentencias se venía afirmando que la resolución mediante la que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no pariente del propietario transforma aquel uso en un derecho real familiar que es oponible *erga omnes* incluso contra el propietario-cedente. Por el contrario, en otras se ha venido manteniendo que la atribución judicial del uso solo es oponible entre los cónyuges, pero no frente a terceros ajenos al proceso en el que se ha dictado la resolución. Esta tesis es la que finalmente se ha impuesto en la jurisprudencia

12 Antes de la ley del divorcio prácticamente la única sentencia dictada por en el Tribunal Supremo en esta materia fue la de 30 noviembre 1964 (Tol 4324319) en la que la actora pretende la recuperación de la finca que durante muchos años ha venido ocupando en precario la viuda de su hermano. Otras sentencias en las que los herederos del propietario ejercitan acciones recuperatorias contra las viudas del propietario o del familiar beneficiado con la cesión en precario son las SSTS 24 mayo 1983 (Tol 1738584), 24 enero 1964 (Tol 4324787) y 28 marzo 1951 (Tol 4449698).

13 MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario a la Sentencia del TS de 2 de octubre de 2008", CCJC núm. 80, 2009, pp. 677-694. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 15-05-2022.

14 La doctrina de los autores es prácticamente unánime en calificar como "vacilante" a la doctrina del Tribunal Supremo por la indecisión que la ha caracterizado durante tantos años hasta la unificación de la doctrina que tiene lugar con las SSTS 26 diciembre 2005 (Tol 795335) y 2 octubre 2008 (Tol 1378500). Así denominan a la jurisprudencia de ese período MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit., pp. 677-694. RUBIO TORRANO; E.: "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.2/2010. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 17-05-2022, estima que durante años el Tribunal Supremo no ha resultado unívocamente esta cuestión de modo que las sentencias que ven aquel tipo de cesiones gratuitas como una situación de precario se han ido alternando con otras que la califican de comodato. ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: "Comentario del art. 1750", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII (dir. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11960; y CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 128, se refieren a la doctrina jurisprudencial de esta época como vacilante.

tal como analizaremos más adelante. Esta falta de decisión del Alto Tribunal se tradujo en la existencia de grandes contradicciones en los fallos de las audiencias provinciales. No obstante, como iremos viendo a continuación, poco a poco el Tribunal Supremo ha ido unificando su doctrina lo que a su vez se ha transmitido a la jurisprudencia menor. Tampoco se puede dejar pasar por alto el hecho de que la alta conflictividad también puede deberse al hecho de la gran utilización de esta figura debido a las grandes dificultades de muchas parejas de acceder al mercado inmobiliario tanto por el encarecimiento de la vivienda como por el acceso cada vez más tardío de los jóvenes al mercado de trabajo¹⁵. Asimismo, dificultan el acceso a la adquisición de vivienda propia las sucesivas crisis económica que se han ido encadenando desde la del año 2008, que se ha visto seguida por la del Covid y actual la crisis derivada de la invasión de Ucrania por Rusia.

Los pleitos relativos a esta materia pivotan alrededor de dos ejes o niveles: el primero de ellos, se refiere a la inicial relación jurídica existente entre cedente y cesionario. En este ámbito se tiene que en determinar si en la cesión concurren los elementos necesarios para calificarla de comodato, en especial el de la concreción del uso para el que se prestó la cosa -la vivienda en este caso- así como la duración del uso (art. 1750 CC). De probarse la concurrencia de alguna de las dos circunstancias el cedente al tener la condición de comodante no podrá reclamar la vivienda a su voluntad, salvo que acredite la existencia de la causa de urgente necesidad a la que se refiere el art. 1749 CC *in fine*. Por el contrario, si no puede probarse la existencia de alguno de los dos mencionados requisitos, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que nos encontramos ante una situación de precario y por lo tanto el cedente sí que podrá reclamar la vivienda a su voluntad ex art. 1750 CC sin tener que respetar ningún tipo de plazo ni justificar ninguna urgente necesidad. De este modo en la mayoría de procesos se repite la misma estrategia, por una parte, el actor - el propietario cedente- intenta demostrar la existencia de una situación de precario que le permitirá recuperar la vivienda sin tener que alegar causa alguna de necesidad. Por otra parte, la defensa de la parte demandada, por lo general la exnuera, ha consistido en utilizar una doble estrategia: en primer lugar, alegar la existencia de un comodato, de modo que el ex suegro, que por lo general cuenta con su propia vivienda no podrá demostrar la existencia de la urgente necesidad ex art. 1749 CC lo que comportará que se frustrará su acción recuperatoria. Asimismo, la parte demanda se ha defendido alegando la existencia cualquier título jurídico que la legitime para continuar poseyendo la vivienda. Así pues, en numerosas sentencias podemos comprobar como la persona que continua con el uso de la vivienda alega su condición de propietaria -en ocasiones incluso pretende haber consumado una

15 BLANDINO GARRIDO, M.A.: "Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, I341). Disponible en <https://insignis.aranzadigital.es/>. Consultado el 14-04-2022.

usucapión-, otras veces opone su condición de usufructuaria¹⁶, o de arrendataria¹⁷ o incluso su condición de titular de un derecho real de habitación. Respecto de la usucapión en la doctrina se mantiene que la posición del precarista no es hábil para usucapir habida cuenta que su posesión no es en concepto de dueño¹⁸. De modo que el precarista no podrá usucapir ni por vía de la usucapión ordinaria ni de la extraordinaria puesto que la posesión “en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida” del art. 1941 CC se exige para todas las clases de prescripción adquisitiva.

- 16 En la STS 22 abril 2013 (*Tol 3783212*) la demandada alega la existencia de un usufructo verbal vitalicio y subsidiariamente un comodato. Finalmente, la petición respecto a este particular usufructo no se admite por ser contrario a nuestro ordenamiento jurídico, además de no existir prueba alguna al respecto “ya que nunca puede producir efectos una donación sobre bienes inmuebles si no se ha plasmado la existencia de la misma y la aceptación en escritura pública”. Tampoco prospera la petición de que se estime el comodato. En la STS 8 julio 2011 (*Tol 2187836*) frente a una acción reivindicatoria la demandada reconviene solicitando la propiedad del inmueble por ser propietaria del inmueble por título de compraventa y que subsidiariamente se declare que lo es por usucapión al haberlo poseído a título de dueña durante más de 30 años, y de forma pública, pacífica e ininterrumpida. No se admite ninguna de las peticiones puesto que se estima que la demandada nunca ha poseído en concepto de dueña sino de precarista. En la STS 11 noviembre 2010 (*Tol 2005373*) el demandado se opone al desahucio por precario alegando la existencia de un documento privado que le otorga un usufructo vitalicio de manera gratuita. No se admite la procedencia del desahucio por precario por cuanto que finalmente se estima el demandado regenta junto con la otorgante del usufructo la explotación de un negocio. En consecuencia, no se trata de la transmisión de un inmueble sino de la “sino de simple cesión exclusiva de un derecho de explotación sobre la finca que le confiere título legitimador de la posesión excluyente del precario. Lo contrario hurtaría en el juicio posesorio la discusión sobre si en la finca cuya posesión se reclama debe encuadrarse la explotación del negocio, cuyo desalojo no reclamó en la demanda”. En la STS 13 octubre 2010 (*Tol 1989049*) frente a una acción de desahucio por precario se alega usucapión y subsidiariamente comodato que no se reconocen. En la STS (Pleno) 14 enero 2010 (*Tol 1840576*) la demandada frente a la acción reivindicatoria en su contra alega la existencia de un usufructo vitalicio que no logra probar.
- 17 En la STS 26 octubre 2017 (*Tol 6408374*) frente a un desahucio por precario la demandada alega que es arrendataria por subrogación de su madre ingresada en una residencia. No se admite porque “la carga sobre alegación y justificación del título posesorio corresponde al poseedor no propietario que en el caso del arrendamiento implica la necesidad de justificar el pago de la renta estipulada, pues sin renta no existe arrendamiento y la posesión queda injustificada”. En la STS 28 febrero 2013 (*Tol 3239600*) la demanda alega que no está en situación de precario porque paga ciertos gastos. Se trata de un caso de cesión ilegal de arrendamiento. No se estima la existencia de arrendamiento porque “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 merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga.”. En la STS 29 junio 2012 (*Tol 3238983*) el demandado alega la existencia de un arrendamiento sin que pueda probar el pago de un arrendamiento. En la resolución se establece como doctrina jurisprudencial “que la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el poseedor de que exista una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos”. En la STS 6 noviembre 2008 (*Tol 1401734*) se establece que “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 merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga...” (SSTS 30 de octubre 1986; 31 de enero 1995). No obstante, se reconoce que el demandado propietario de un chiringuito sí que pagaba un arrendamiento, aunque no a los demandantes sino al ayuntamiento de la ciudad en que se encontraba el negocio.
- 18 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario”, cit., p. 1606. “La liquidación del estado posesorio del poseedor de mala fe: los frutos y gastos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021 (JUR 2021, 341405)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, num.57/2022; GARCÍA PÉREZ, R. M.: “El contrato de préstamo”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO), 11ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 406, también estima que el precario constituye una situación posesoria de hecho, que no es apta para la usucapión al no ser en concepto de dueño.

El segundo eje o nivel alrededor del que pivota la solución de estos pleitos es el de la resolución judicial dictada en el seno de un proceso de familia en el que se atribuye el uso y disfrute de la vivienda que constituye el hogar familiar al cónyuge o al conviviente que no es familia del propietario que cedió gratuitamente el uso de uso de la vivienda¹⁹. En la época de vacilación jurisprudencial la persona a la que judicialmente se le atribuyó el uso de la vivienda intentaba escudarse tras aquellas sentencias que estimaban que se había generado un derecho real oponible *erga omnes*, circunstancia esta que impide al propietario la recuperación del inmueble. Mientras que el propietario intentaba hacer lo propio amparándose en aquellas resoluciones que establecían que ese derecho sólo era de naturaleza familiar, de modo que la atribución judicial de la vivienda sólo podía oponerse frente al exmarido o ex conviviente, pero no frente a terceros que no habían sido parte en ese proceso de familia y que, además no estaban obligados a satisfacer las necesidades habitacionales de terceros por relevantes y justificadas que aquellas estuviesen.

I. Las diferencias entre precario y comodato.

Como ya hemos ido avanzando, en esta materia el principal caballo de batalla ha consistido en determinar si la cesión gratuita del inmueble por el propietario tiene la condición de comodato o de precario. En el primer caso no podrá prosperar el desahucio por precario mientras que no trascurra el plazo o haya finalizado el uso y en el caso del precario, como es evidente, sí que tendrá posibilidades de éxito el ejercicio del desahucio por precario. De ahí la conveniencia de perfilar las diferencias entre ambas figuras.

El comodato se caracteriza por ser un contrato en el que una persona presta gratuitamente a otra el uso de una cosa fungible -mueble o inmueble- para que la utilice durante un cierto tiempo o para un uso específico, a lo anterior se une la obligación de su posterior devolución²⁰. La cosa cedida puede ser tanto propia como ajena. Se trata de un contrato real por cuanto que su configuración exige la entrega de la cosa, momento a partir del cual se perfecciona este contrato. También es un contrato unilateral por cuanto, desde su perfección, sólo se crean obligaciones para el comodatario que está obligado a devolver la cosa²¹. Se trata

19 En el caso del conviviente de una pareja *more uxorio* la adjudicación del uso de la vivienda familiar sólo podrá hacerse en el caso de que haya hijos comunes y en el seno de un procedimiento de adopción de medidas de guarda y de custodia. El proceso especial del art. 748, 4º de la Ley de Enjuiciamiento civil para el establecimiento de las medidas relativas a los hijos. Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: "La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho", *Indret* 4/2015, p. 2.

20 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "22. El préstamo y los contratos de financiación", en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Colex, Madrid, 2000, p. 676, destaca que el comodante no ha de ser necesariamente dueño de la cosa, es suficiente con que sea titular de un derecho de uso que le permita ceder el uso al comodatario. Este sería el caso de si se tratase de un usufructuario o de un arrendatario.

21 BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La atribución", cit., p. 1106, estima que la existencia de ciertas obligaciones accesorias para el comodante no implica la existencia de bilateralidad. Se refiere al deber de abonar los gastos

de un préstamo de uso cuyas notas características son la gratuidad y la duración temporal. En consecuencia, el comodante no podrá reclamar a su entera voluntad la devolución de la cosa prestada, en el caso que nos ocupa en este trabajo la vivienda cedida para ser utilizada como hogar familiar, sino después de que haya transcurrido el plazo de tiempo para el que se prestó el uso de la cosa. La doctrina es coincidente en que la duración del contrato de comodato puede determinarse de varias maneras: la primera de ellas es mediante el pacto expreso de los contratantes (ej. la vivienda se presta por un número de semanas, meses o años). Asimismo, cabe la posibilidad de que no habiéndose pactado expresamente un plazo de duración del comodato que este pueda inferirse de la naturaleza y de las circunstancias del uso de la cosa²². El uso en el comodato puede acordarse de dos modos diferentes: en primer lugar, puede haberse pactado expresamente un uso de la cosa para un fin específico o determinado (cesión gratuita de una vivienda para que el hijo y su familia la ocupen durante el tiempo que duren las obras de rehabilitación de la suya propia. Coche que le dejamos a un amigo mientras repara el suyo)²³.

En segundo lugar, se cede la cosa sin hacer ningún tipo de referencia a ningún tipo de uso específico al tiempo que no existe ningún dato que permita inferir que ese uso vaya a ser diferente para el uso que es propio y normal del objeto cedido, según su naturaleza (cesión de la vivienda a nuestro hijo para que la ocupe junto con su pareja como hogar familiar. Cuando le dejamos a nuestro sobrino el otro coche que tenemos y que ya no utilizamos y no hacemos ninguna precisión ni sobre el uso ni sobre la duración). En este tipo de cesiones las contingencias no previstas expresamente por las partes tendrán que ser objeto de interpretación o de integración con arreglo a los criterios hermenéuticos generales de los arts. 1281 a 1289 CC²⁴. Asimismo, en ausencia de pacto expreso sobre la duración del

extraordinarios para la conservación de la cosa (art. 1751 CC). Así como al deber de no impedir ni obstaculizar el uso de la cosa por el comodatario (art. 1749 CC). Finalmente, está el deber de responder por los daños ocasionados al comodatario en el caso de conocer la existencia de vicios o defectos de la cosa y no lo hubiera puesto en su conocimiento (art. 1752 CC).

- 22 DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.: "Comentario", cit., p. 1616. MANTECA VALDELANDE, V.: "Cuando desaparece la causa del comodato el poseedor se convierte en precarista", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.768/2008, p.3, estima que el plazo de duración o bien se pacta expresamente o se determina tácitamente por la fijación del uso a que debe destinarse la cosa prestada o en su defecto por la costumbre.
- 23 Para COSTAS RODAL, L.: "Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.5/2010, p.3, la cesión de una vivienda por un padre a su hijo para que instale en el mismo su domicilio conyugal sin hacer más precisiones no supone una especificación del uso y por lo tanto tiene encaje en el supuesto del art. 1750 CC. De estimarse que sí que es un uso determinado y ser de aplicación el art. 1749 CC el comodante no podría reclamar la devolución de la cosa salvo que se encontrase en una situación de urgente necesidad.
- 24 DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.: "Comentario", cit., p. 1606. RAMS ALBESA, J.J.: "Comentario a la STS 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 30, 1992, p. 1082, también es de la opinión que a la hora de valorar las relaciones obligatorias entre comodantes y comodatarios es de esencia la gratuidad (art. 1740.2). En consecuencia, para interpretar la figura del comodato habrá que tener en cuenta la regla de la menor transmisión derechos que con sentido de la justicia distributiva se contempla en el art. 1289.I CC.

uso y que esta no pueda inferirse del uso dado a la cosa el plazo también puede determinarse por la costumbre del lugar tal como se establece en el art. 1750 CC²⁵. Únicamente, en el caso de que la duración del uso no pueda calcularse por ninguna de las anteriores vías el comodante podrá reclamar la devolución de la cosa a su voluntad (art. 1750 CC). Situación esta en la que el comodato en sentido estricto pasará a ser considerado como un comodato-precario.

En el caso concreto de las cesiones gratuitas de vivienda a un familiar para ser ocupada como hogar conyugal la mayoría de la doctrina estima que ese tipo de uso por sí solo no puede considerarse como un uso específico ex art. 1750 CC, sino que se trata más bien del uso genérico y propio de la cosa de acuerdo con su naturaleza. En consecuencia, la cesión del uso del inmueble para ser utilizado como vivienda familiar, sin realizarse más precisiones, no permite inferir el establecimiento de plazo para su uso de modo que el propietario podría reclamarla a su entera voluntad sin tener que alegar ninguna justa causa²⁶. No obstante, en alguna sentencia aislada sí que se ha estimado que su destino a hogar familiar supone un uso específico y que por lo tanto no puede ser objeto de reclamación por el propietario salvo que este alegue la urgente necesidad del art. 1749²⁷.

Finalmente, esta figura se termina de perfilar por el art. 1750 CC cuando dice que en el caso de que no se hubiera pactado la duración del comodato ni el uso al que había de destinarse la cosa prestada, ni tampoco resultara determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. Asimismo, se establece que en caso de duda incumbe la prueba al comodatario²⁸.

La figura del precario no solo no está regulada en el Código Civil, sino que ese término no aparece ni una sola vez en el mismo. Si bien la doctrina estima que se está haciendo una referencia implícita al mismo en los artículos 444 (actos meramente tolerados no afectan a la posesión) y 1942 (actos tolerados y clandestinos en sede

25 DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II (tomo II), *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

26 BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La atribución", cit., p. 1121, estima que el uso de un inmueble para vivir en una familia supone un destino genérico que no puede implicar para el propietario la carga de tener que soportar una cesión gratuita con carácter indefinido por ir en contra del carácter esencialmente temporal del comodato.

27 STS 2 diciembre 1992 (Tol 1655053).

28 GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: "Los contratos de préstamo", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO), ed. 9ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345, entiende que si la posesión se concede a título de mera tolerancia y sin especificar su uso o su duración, nos encontraríamos ante la figura del precario, y en la situación contraria cuando se especifica bien tiempo o bien su utilización se estaría ante un caso de contrato de comodato. La diferencia entre ambas figuras jurídicas comporta que tratándose del precario, puede el cedente titular reclamar la cosa a su voluntad instando el lanzamiento del precarista, mientras que, tratándose del comodato, no puede reclamar la cosa prestada hasta que haya concluido el uso o finalizado la duración del tiempo pactado, salvo el supuesto que concurra una situación de urgente necesidad, como establecen los arts. 1749 y 1750 CC.

de usucapión) ambos del Código civil²⁹. Asimismo, existe un amplio consenso en la doctrina al considerar que la figura del precario está contemplada -aunque sin utilizar ese término- en el art. 1750 CC³⁰. Por el contrario, en la vigente LEC sí que aparece una referencia expresa a esta figura en el art. 250.2 relativo al ámbito de aplicación del juicio verbal³¹. En ese apartado segundo se establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas 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”³². De ahí que ante la falta de regulación expresa de esta figura por el Código civil se haya dicho que el precario es una figura procesal que permite el ejercicio de la acción de desahucio³³. Así pues, habida cuenta la parquedad regulatoria de esta figura ha sido la jurisprudencia la que ha ido estableciendo los contornos de la figura del precario.

El Tribunal Supremo se ha decantado por un concepto amplio de precario en el que tienen cabida todos aquellos supuestos en los que una persona disfruta de un inmueble ajeno sin pagar a cambio ninguna renta o merced³⁴. Se trata de un concepto amplio puesto que el concepto de precario va más allá de aquellos casos en los que se detenta un inmueble por concesión o tolerancia del dueño, puesto que también incluye aquellos supuestos en los que la tenencia no se apoya

29 ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: “Comentario”, cit., pp. 11954. BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La liquidación”, cit.

30 En reiteradas sentencias del Tribunal Supremo se manifiesta que “La institución jurídica del precario no aparece específicamente regulada en nuestro ordenamiento, si bien la mayoría de la doctrina lo encuadra en el art. 1750 CC”. Este es el caso de las SSTs 7 julio 2021 (Tol 8510326), 21 diciembre 2020 (Tol 8251440) y 14 febrero 2014 (Tol 4124601).

31 En la LEC/1881 la referencia al desahucio por precario se encontraba en el art. 1565 que estimaba la procedencia del desahucio y que la demanda podría dirigirse “3º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe”.

32 Es de destacar que la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, modificó toda una serie de preceptos directamente relacionados con la figura del desahucio por precario, en concreto los arts. 150, 250, 437 y 441 LEC.

33 MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Comentario al art. 1750 del CC”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>. Consultado: 31 de marzo de 2021. tras afirmar el carácter de figura procesal del precario mantiene que “el comodato sin plazo de duración se considera a estos efectos situación de precario, de tal modo que puede el comodante desahuciar al comodatario, de conformidad con lo previsto en el artículo 250.1.2º LEC, que mantiene, pese a un primera impresión, los procesos especiales de desahucio”.

34 Esta concepción amplia del precario la podemos encontrar en la STS 28 febrero 2017 (Tol 5984434) que ha definido el precario como “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho (SSTS 28 febrero 2013 (Tol 3239600); 19 septiembre 2013 (Tol 3963743), 1 octubre 2014 (Tol 4521110), 28 febrero 2017 (Tol 5984434). En el mismo sentido se han pronunciado con posterioridad las SSTs 4 noviembre 2020 (Tol 8209093) y 1 marzo 2021 (Tol 8347740). En la STS 21 diciembre 2020 (Tol 8251440) todavía se precisa más el concepto de precario al decir que “Existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario (SSTS de 3 de diciembre de 1.958 y 30 de octubre de 1.986, entre otras)”.

en ningún título, sino que proviene de situaciones de hecho y que incluso pueden reputarse como abusivas. Así pues, este concepto amplio de precario incluye:

a) La “posesión en precario de origen contractual”. En este caso el dueño o el titular de un derecho posesorio sobre un inmueble cede forma gratuita la posesión a otro sujeto, sin determinar ni el plazo de tiempo ni del uso a que se destina. Esta posesión concedida es a la que se refiere el art. 1750 CC de manera implícita. Este sería el supuesto objeto de nuestro trabajo en el que los progenitores ceden gratuitamente una vivienda al hijo que se ha casado y a su esposa para que la utilicen como hogar conyugal³⁵. Se trata de una posesión de origen contractual puesto que existe un inicial acto volitivo de los padres que si bien no se realiza por escrito, habida cuenta la máxima relación de confianza con el hijo, sí que se exterioriza a través de una *traditio* simbólica consistente en la entrega de las llaves sin las cuales no se puede acceder al inmueble.

b) La “posesión tolerada” es una de las modalidades de precario que no tienen un origen contractual, en ella existe una situación iniciada por el propio precarista sin previa concesión del propietario de la cosa. Sin embargo, cuenta con el conocimiento a posteriori del propietario o del titular de un derecho sobre la cosa. La expresión tolerar implica una actitud de condescendencia con aquella situación de hechos consumados a la que se ha visto sometido el titular del derecho sobre el inmueble. Este sería del caso del familiar del pueblo al que le dejamos las llaves para nos vigile la casa que allí tenemos y que sin autorización previa nuestra se pone a vivir en la misma. Finalmente, como prácticamente no vamos nunca al pueblo transigimos a regañadientes y toleramos la ocupación de nuestro familiar³⁶. En la doctrina se ha dicho que esta tolerancia no crea ningún derecho y finalizará cuando el propietario lo tenga por conveniente, de modo similar a como sucede con el precario de origen contractual³⁷. En nuestra opinión este caso se trata de un precario que originariamente no tiene naturaleza contractual pero cuando concurre la tolerancia que es una aceptación tácita queda sanado el requisito de la falta de consentimiento del propietario y en consecuencia el precarista ya tiene un título justificativo de la posesión que sin embargo tiene naturaleza claudicante ante su revocación *ad nutum* por parte del propietario.

c) La “posesión sin título o posesión ilegítima”. En este caso no existe título porque no hay ningún tipo de acto volitivo por parte del dueño a la posesión, ni

35 MANTECA VALDELANDE, V.: “Cuando”, cit., es de la opinión que la concesión concedida supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria, si bien se extingue al producirse la revocación del concedente.

36 Una de las acepciones de la palabra tolerar en el diccionario RAE, actualizado a 2021 es la de “Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente”. Disponible en: <https://dle.rae.es/> Consultado el 10-05-2022.

37 Para COSTAS RODAL, L.: “Recuperación”, cit. 2, la tolerancia equivale a abstención o pasividad, como sucede con la cortesía o con las relaciones de vecindad.

expreso ni tácito como resulta de el precario tolerado. A su vez dentro de esta modalidad de precario factual nos encontramos con dos supuestos diferentes. En primer lugar, está la “posesión basada en un título inicialmente válido que ha devenido insuficiente”. Este es el caso en el que un contrato que llevaba aparejada la posesión, como el arrendamiento o el usufructo, se ha extinguido y a partir de ese momento el arrendatario o el usufructuario cambian su condición jurídica a la de precaristas. También se encuentra en esa situación el propietario tras un procedimiento de ejecución hipotecaria pierde su derecho de propiedad que pasa a manos del optante. De modo que si el antiguo propietarios no abandonan la casa estará ocupándola como precarista pero sin título. En segundo lugar, está la “posesión sin título previo”, referida a situaciones posesorias iniciadas sin contar con la inicial voluntad del dueño o poseedor real o incluso en contra de su expresa voluntad. Este sería el caso de las conocidas “okupaciones” ilegales de vivienda en las que en la mayoría de las ocasiones se tiene que utilizar la fuerza bruta para acceder al interior del inmueble, forzando las cerraduras o simplemente rompiendo puertas o ventanas.

El juicio de desahucio por precario puede iniciarse cuando los anteriores supuestos se convierten en una “posesión sin título”. Esto sucede cuando la concesión contractual, así como la tolerada desaparecen por revocación del propietario o del titular del derecho real sobre la cosa. También se puede iniciar el desahucio por precario en el caso de la posesión carente de título inicial, que ha sido adquirido de manera violenta o clandestina como sucede con las “okupaciones” de inmuebles. En la esencia del precario se encuentra que el propietario o titular del derecho sobre la cosa puede en cualquier momento poner fin a la posesión sobre la misma y reclamar la restitución de la posesión o devolución de la cosa³⁸. En todos estos casos el precarista debe de restituir la cosa en el momento en que se la exija el propietario “ad nutum” es decir sin que sea necesario que se alegue causa alguna³⁹. El denominado desahucio por precario es la vía procesal utilizada por el propietario para recuperar la posesión de la cosa tanto cuando ha sido él quien graciosamente ha cedido el uso de la cosa (precario contractual) o cuando a la situación de precario se ha llegado por circunstancias fácticas. En cualquiera

38 En la STS 17 noviembre 2020 (Tol 8218492) al decir que “Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (SS 28 febrero 2017 (Tol 5984434), 28 mayo 2015 (Tol 5010264) y 26 diciembre 2005 (Tol 795335), entre otras).

39 MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Comentario al art. 1750 CC”, cit., señala como ha existido polémica en cuanto a la naturaleza jurídica del precario: “para unos el precario no sería sino una modalidad de comodato caracterizada por no estar sometida a plazo; para otros, el precario se deriva de una pura situación de tolerancia no respaldada por contrato alguno, ni el comodato ni de cualquier otro tipo; para otros, en fin, el comodato sin plazo no sería sino una modalidad del concepto más amplio de precario”. No obstante, el autor mantiene que el concepto de precarista va más allá del comodatario sin el beneficio del plazo y que también incluye “al que usa la cosa con la simple aquiescencia del propietario, del usufructuario o del que tenga derecho a poseer. Es también precarista el que ha perdido el título que justificaba su posesión y que, sin embargo, ha continuado usando la cosa por simple tolerancia”.

de estos casos, también queda expedita la vía de la acción reivindicatoria para la recuperación del inmueble.

2. La cesión del uso gratuito de una vivienda es siempre un contrato.

El precario es una figura que por lo general se estudia desde la perspectiva procesal, lo que supone que en la mayoría de los supuestos el foco de la atención se centra en determinar si en ese caso concreto es procedente o no el desahucio por precario. Tras la entrada en vigor de la LEC/2000 la doctrina cayó en la cuenta de que una interpretación literal de su art. 250.2 en particular de la expresión “cedida en precario” llevaría a la situación poco lógica de que sólo se podría interponer la acción de desahucio por precario en aquellos casos en que el precario tuviese su origen en una “graciosa cesión” de un inmueble por el propietario. Esa interpretación estricta haría que no pudiera utilizarse en casos en que el precario tuviera un origen fáctico. Por el contrario, en el 1665.2 de la derogada LEC/1881 al admitirse el desahucio contra cualquier persona “que disfrute o tenga en precario la finca” sí que se reconocía su procedencia en todas las clases de precarios, tanto si su origen era contractual, como sucede con la cesión efectuada por el propietario como si se trata un precario que sea consecuencia de una situación de hecho. De ahí que la jurisprudencia cuando se refiere el concepto amplio precario lo hace con la intención de despejar cualquier atisbo de duda sobre su posible utilización fuera de los supuestos de la “graciosa” concesión de un inmueble por su propietario. En algunas sentencias del Tribunal Supremo se hace especial mención de que el desahucio por precario procede tanto cuando se cede la posesión voluntariamente por el propietario o el titular de un derecho real como cuando esa posesión deriva de una situación de hecho que se la ha impuesto al propietario. Así pues, esta definición amplia del concepto de precario comprende “los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho⁴⁰”. Sin embargo, en muchas sentencias, como quiera que se está enjuiciando una situación posesoria de precario cuyo origen obedece a una situación de hecho el juzgador ya no se ve en la necesidad de hacer ningún tipo de referencia al precario contractual. Así en muchas sentencias se repite insistentemente que el precario hace referencia a cualquier “situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho⁴¹”.

40 Así se contempla en la STS 31 diciembre 1992 (Tol 1655145) si bien esta se refería a un caso al que se le aplicaba la LEC/1881.

41 En este sentido las SSTS 15 noviembre 2021 (Tol 8649638), 25 octubre 2021 (Tol 8634355), 7 julio 2021 (Tol 8510326), 1 junio 2021 (Tol 8463950), 19 abril 2021 (Tol 8416625), 1 marzo 2021 (Tol 8347740), 21 diciembre 2020 (Tol 8251440), 28 febrero 2017 (Tol 5984434), 1 octubre 2014 (Tol 4521110), 28 febrero

En consecuencia, estimamos que en aquellas sentencias en las que se hace mención al “concepto amplio” de precario está implícito el precario de origen contractual. De modo que estas sentencias no pueden utilizarse para negar la existencia del precario contractual. En la doctrina se ha dicho que la “posesión concedida” a la que se refieren las sentencias comentadas constituye una variedad del comodato en aquellos casos en los que no se ha fijado ni un plazo de duración ni un uso específico al que tenga que ser destinado la cosa prestada⁴². En consecuencia, se estima que aquella modalidad de comodato, sin plazo ni uso determinado, integra el supuesto al que se refiere el art. 1750 CC en el que la duración de la cesión queda a voluntad del comodante que puede revocarlo cuando tenga por conveniente. Además, se mantiene que esta posibilidad de revocación sin necesidad de justa causa hace que nos encontremos ante una variedad de precario⁴³. No obstante, algunas escasas voces discordantes se ha alzado contra

2013 (Tol 3239600), 11 noviembre 2010 (Tol 2003510), 11 noviembre 2010 (Tol 2003510), 13 octubre 2010 (Tol 1989049) y 30 octubre 1986 (Tol 1734716).

- 42 De ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario”, cit., p. 1618, estima que cuando no se ha pactado el plazo de duración y este no puede deducirse del uso de la cosa ni de la costumbre del lugar el comodante puede reclamar la cosa a su voluntad. En este caso contemplado en el art. 1750 CC nos encontraremos ante un precario que no constituye una figura contractual autónoma sin que es una variedad de comodato. A estos efectos cita la STS 21 junio 1934 que manifiesta que el art. 1750 caracteriza la especie precaria dentro del género comodato. Asimismo, cita la STS 22 octubre 1987 (Tol 1738171) para la que, de acuerdo con la doctrina científica, el antiguo precario no es sino un comodato con duración al arbitrio del comodante. BELLO JANEIRO, D.: “El precario”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 1, 1995, p.1, también estima que el precario es una variedad de préstamo de uso, en concreto de un comodato con duración al arbitrio del comodante de acuerdo con lo establecido en la STS 23 mayo 1989.
- 43 La doctrina mayoritaria reconoce el carácter contractual del precario ex art. 1750 CC. Entre ellos, BELLO JANEIRO, D.: “El precario”, cit., p.1, que se apoya en la STS 31 diciembre 1992 (Tol 1655145) que establece la diferencia entre el contrato de comodato y el 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 de destinarse la cosa pactada (artículo 1749 del Código Civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario “strictu sensu” 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”. LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, vol. II, *Contratos y cuasicontrato. Delito y cuasi delito*, 5.ª edición, revisada por Fco. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2013, p. 167, al señalar que “cuando hay verdadera concesión y puesta en posesión de la cosa como dada, se forma entre precaristas y concedente un tejido de relaciones que son propiamente contractuales y a las que se aplican los requisitos del comodato”. COSTAS RODAL, L.: “Recuperación”, cit., pp. 23-32, estima que el precario al que se refiere el art. 1750 CC, se trata de una situación posesoria que tiene su origen en un contrato y se diferencia de la posesión tolerada en que necesita un acto positivo del concedente y es en este consentimiento donde reside el título de la posesión del precarista. ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: “Comentario”, cit., pp. 11953 y 11954, se refiere a que parte de la doctrina estima que “el art. 1750 CC regula, sin mencionarlo, el precario, entendido como una forma de comodato en la que la cesión de uso se ha hecho sin establecer el tiempo de la misma, de forma que el comodante puede exigir libremente la devolución en cualquier momento. Considerar el precario como una modalidad de comodato tiene la consecuencia de entender que la figura se rige por las reglas del Código civil referidas al mismo”. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II (Tomo II)*, cit., p. 161, admiten la condición contractual del precario, si bien para ello parten del hecho que dentro del concepto de precario elaborado por el Tribunal Supremo existen varias modalidades, como la referida a la posesión concedida, de posesión tolerada y de posesión sin título. Afirman que el primero de los casos tiene su causa en “una concesión graciosa que supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria, si bien se extingue al producirse la revocación del concedente”, asimismo estiman que el precario es una situación posesoria que en ocasiones puede tener su origen en un contrato que al tratarse de una variedad del contrato de comodato confiere la tenencia de la cosa en el que el comodante puede reclamar a su voluntad la cosa prestada (art. 1750 CC). Asimismo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “22. El préstamo”, cit., p. 677, estima que en el caso de la posesión concedida por quien estaba legitimado nos encontramos ante un título contractual. Asimismo, al referirse al art. 250. 2 LEC estima que la expresión cedida que se utiliza en este precepto acentúa el carácter contractual del precario. También IZQUIERDO BLANCO, P.: “El

la inclusión del precario dentro del art. 1750 CC, al negarse la existencia del precario contractual este sólo tendría razón de ser en las denominadas situaciones de facto⁴⁴. En nuestra opinión si se negase la condición contractual al precario y se limitase únicamente a las situaciones de facto nos encontraríamos con el grave inconveniente de que no podríamos aplicar el desahucio por precario en el ámbito de las cesiones gratuitas de vivienda, donde tan útil se demuestra esta figura procesal. No se podría utilizar puesto que aquellas cesiones, con independencia de su *nomen iuris*, son siempre una modalidad contractual.

En defensa del carácter contractual de esta modalidad de precario está el hecho de que en el comodato-precario existe un intercambio de consentimientos entre cedente y cesionario; uno para ceder el uso gratuito del inmueble y otro para aceptarlo. También se refuerza esta tesis por el hecho de la utilización por la jurisprudencia de la expresión “graciosa concesión al detentador” que permite diferenciar esta modalidad de precario de todas aquellas otras modalidades tienen su origen en una posesión de hecho. Es de notar que en algunas sentencias se ha llegado a reconocer que “la institución jurídica del precario no aparece específicamente regulada en nuestro ordenamiento, si bien la mayoría de la doctrina lo encuadra en el art. 1750”⁴⁵. El hecho de que estos pronunciamientos se hayan efectuado en sentencias tan recientes como la STS 7 julio 2021 (Tol/8510326) aleja cualquier idea de que el Alto Tribunal esté por la labor de limitar

juicio verbal de desahucio por precario”, en AA.VV.: *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas* (dir. P. IZQUIERDO BLANCO y J. PICÓ I JUNOY), 2ª ed., Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2018, pp. 73, estima que en los códigos modernos se equipara el precario a la figura del comodato si no se pactó una duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada ex art. 1749 CC. En parecidos términos GARCÍA PÉREZ, R. M.: “El contrato”, cit., p. 406, en principio, el precario sería una modalidad de comodato en el que se transmite gratuitamente el uso de un bien sin concreción de tiempo y sin que por el uso de la cosa resulte determinado, permitiendo al comodante en cualquier momento ponerle fin por su sola voluntad, sin justificación de razón alguna.

- 44 RUBIO TORRANO; E.: “Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.2/2010, es de la opinión de que el comodato que ha sido pactado sin plazo de duración y sin uso específico no puede configurarse comodato un contrato, puesto que el hecho de que el comodante pueda reclamar la cosa a su voluntad supone una negación del contrato al dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato. En consecuencia, nos encontramos ante un simple acto tolerado y no debido. RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: “40. La pretendida naturaleza contractual del precario: diferencias con el contrato de comodato” en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (Dir. J.R. de Verda, Coords A.Carrión Vidal y G. Muñoz Rodrigo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 917, estima que habida cuenta de las profundas diferencias entre precario y comodato que no es acertado afirmar que el art. 1750 CC se refiera a una hipótesis de precario, ni tampoco que el precario sea una subespecie del comodato. No siendo admisible que se utilice la expresión comodato precario (p. 919). La autora mantiene que el precario sólo puede consistir en una situación posesoria o de puro hecho negando así la naturaleza contractual de esta figura.
- 45 Este es el caso de la STS 7 julio 2021 (Tol/8510326) donde se dice que la institución del precario “no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente (...), sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor (sentencias de 13 de febrero de 1.958, 30 de octubre de 1.986 y 6 de noviembre de 2008)”. En parecidos términos las SSTS 21 diciembre 2020 (Tol/8251440) y 31 enero 1995 (Tol/1667029) también ubican la figura del precario dentro del art. 1750 CC. La expresión por “concesión graciosa” (del detentador o del causante) también se utiliza en las SSTS 21 diciembre 2020 (Tol/8251440), 31 enero 1995 (Tol/1667029) y 30 octubre 1986 (Tol/1734716).

la figura del precario únicamente a las modalidades de hecho. En consecuencia, el precario convencional sigue en plena vigencia al contar tanto con el respaldo de la doctrina como de la jurisprudencia. También hay que tener en cuenta como en alguna sentencia se llega a calificar a esta modalidad de precario contractual como comodato-precario⁴⁶. A los efectos de evitar cualquier tipo de confusión, tanto con el comodato en sentido estricto (con uso y duración determinada) como con las distintas modalidades de precarios de hecho estimamos conveniente que se utilice la expresión de comodato-precario⁴⁷. Así pues, en adelante, en nuestro trabajo nos referiremos al comodato-precario como la figura opuesta al comodato en las cesiones gratuitas de vivienda objeto de nuestro estudio.

Al comodato-precario contemplado en el art. 1750 CC le es de aplicación la clásica definición de contrato como “negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”⁴⁸. Es evidente que existe un acuerdo de voluntades entre el cedente y cesionario para la utilización de la vivienda, y que como consecuencia del mismo se generan obligaciones. A nadie se le escapa que sin la existencia de ese acuerdo previo el titular de la vivienda no le entregará la llave al hijo. Así pues, nos encontramos ante una concesión, una manifestación de voluntad por parte del propietario, que va seguida de la correspondiente puesta a disposición o traditio de la vivienda en manos del hijo que se materializa en la entrega de las llaves. De este contrato unilateral, por su condición de contrato gratuito, se generan obligaciones incluso para ambas partes puesto que, como ha dicho la doctrina, se trata de obligaciones “ex post facto” que en su caso pueden nacer para el cedente después de la extinción del contrato⁴⁹. En este contrato de naturaleza real concurre la tradición o modo a diferencia de las otras modalidades de precario de hecho donde no sólo no existe ningún acuerdo para proceder a la ocupación, sino que en ocasiones incluso se utiliza la fuerza en las cosas (rotura de cerraduras o incluso de puertas y ventanas) para acceder a la vivienda.

46 En la STS 30 junio 2009 (Tol 1560746) se establece que en la doctrina existen dos posturas respecto del segundo supuesto, pues en tanto para unos no es más que una modalidad de comodato, para otro sector (y algunas Sentencias de esta Sala también han mantenido este criterio) constituye una figura no plenamente incardinable en aquél que se denomina comodato- precario , y se aproxima al precario en sentido amplio, como omnicompreensivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución. La diferencia entre comodato- precario y el precario radicaría en el origen contractual del primero.

47 En la doctrina esta expresión ha sido utilizada, entre otros, por GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “Los contratos”, cit., p. 342, estima que nos encontramos ante un comodato precario (art. 1749 CC) cuando al comodato le faltan los extremos relativos al tiempo de duración o el uso al que debe ser destinada la cosa y entonces la obligación de restituir la cosa queda a la voluntad *ad nutum* del comodante.

48 DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II (tomo I), *El contrato en general. La relación obligatoria*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 19. Este sería el caso de las obligaciones para el comodante a las que se refieren los arts. 1749 a 1752 CC.

49 DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II (tomo II), cit., p. 161,

En nuestra opinión, no puede mantenerse que la diferencia entre el comodato y el comodato-precario del art. 1750 CC estriba en que el primero tenga un origen contractual y el segundo no. Estimamos que la diferencia radica en la diferente configuración del contenido de cada contrato. En el comodato en sentido estricto ex art. 1750 CC se requiere que se pacte tanto la duración del comodato como el uso al que ha de destinarse la cosa. Interpretado en sentido contrario en este mismo precepto se encuentra implícita la configuración del comodato-precario que también constituiría un préstamo de uso de una cosa no fungible para ser usada durante un tiempo y que sea devuelta. Si bien en este último caso no se ha pactado la duración del uso ni un uso específico. Ni tampoco puede determinarse a partir del uso de la cosa ni tampoco de la costumbre de la tierra. En el caso de encontrarnos ante un comodato en sentido estricto se aplicará el art. 1749 CC que supone que el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para el que fue prestada. En todo caso, si antes del transcurso de esos plazos tuviese el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución. Por el contrario, la posesión del precarista-comodatario a diferencia de la del comodatario se caracteriza por la indeterminación temporal y por el hecho de que se le puede reclamar la cosa en el momento en que el cedente tenga por conveniente sin tener que alegar ninguna justificación.

En las cesiones gratuitas de vivienda de padres a hijos el principal problema para determinar si la cesión se ha realizado bajo la forma de comodato o la de comodato-precario estriba en la ausencia de manifestaciones escritas en este tipo cesiones⁵⁰. Realmente, por lo general ni tan siquiera de manera verbal se hacen precisiones respecto de la duración y del uso de la cosa cedida, especialmente teniendo en cuenta que se trata de un ámbito como es el familiar donde existe, en principio, un alto nivel de confianza entre las partes.⁵¹ Así pues, en este tipo de pleitos donde cada una de las partes intenta que se realice una distinta calificación de la cesión será necesario reconstruir cual fue la inicial voluntad de las partes, en consecuencia, habrá que integrar esa voluntad a través de las manifestaciones

50 La STS 11 noviembre 2010 (*Tol 2003510*) es de las pocas en las que hay constancia de una cesión gratuita documentada por escrito. Si bien de las cláusulas que aparecen insertadas en el mismo poca información puede obtenerse respecto a cual fue la voluntad de las partes, si pactar un comodato o un precario. El texto del documento se recoge en el Antecedente de Hecho 8º y sus cláusulas 3ª y 4ª se limitan a establecer que “Que don Luis Andrés, al contraer matrimonio con Dª Rosario, sobrina de Dª Felicísima, pasará a ocupar el primer piso del citado inmueble” y “Que Dª Felicísima cede el primer piso de dicho inmueble para que don Luis Andrés lo utilice como vivienda sin abonar cantidad alguna”. En consecuencia, se desestima el recurso por entender que no concurre la existencia de un comodato, tal como se explicita en el FD 4º donde se recoge la calificación realizada por la sentencia de apelación al decir que “niega que la relación jurídica pudiera configurarse de un modo diferente a la de un precario, dado que no se cedió el uso de la vivienda para un uso determinado e indica que el destino propio de la cosa no puede confundirse con el concreto uso para la que fue prestada, únicos elementos que en definitiva permitirían calificar la situación como constitutiva de un contrato de comodato”. Asimismo, en otra sentencia del mismo día, la STS 11 noviembre 2010 (*Tol 2005373*) se aporta un documento privado de constitución de usufructo gratuito que según se dice en la sentencia excluye el precario porque se refería a la explotación de un negocio de bar y no a la cesión del inmueble en el que estaba ubicado.

51 CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso*, cit., p. 125, estima que la cesión de vivienda al realizarse entre familiares no suele quedar documentada habida cuenta la confianza recíproca entre cedentes y cesionarios.

tácitas efectuadas por las partes. Así sucede con la cuestión de la determinación del plazo de la cesión del uso, donde ante la inexistencia de un concreto plazo fijado expresamente por las partes, se tendrá que determinar el mismo a partir de cuanto resulte de la naturaleza y circunstancias del uso dado a la vivienda como hogar familiar y por aplicación de los criterios generales de interpretación de los contratos⁵². En este punto, nos encontramos ante un escollo que ha tenido que ser salvado por doctrina y jurisprudencia, puesto que se ha tenido que determinar, como analizaremos más adelante, si la cesión de una vivienda para servir como hogar familiar, sin más precisiones puede considerarse como un uso genérico de la cosa o si ha de considerarse como un uso específico. Como ya hemos señalado si se considera específico encontraremos ante un contrato de comodato en sentido estricto, sin embargo, en el caso de que la determinación del uso del inmueble como vivienda familiar se considere como un uso genérico de la cosa nos encontraremos ante un contrato de comodato-precario como ya hemos venido señalando. En el caso del comodato el cedente de la cosa no podrá reclamar su restitución hasta que finalice el plazo, salvo que pruebe la existencia de urgente necesidad (art. 1749 CC) y en el caso de que la cesión se califique como precario podrá ser reclamada a voluntad por el cedente. En caso de duda la prueba incumbe al precarista (art. 1750 CC).

II. LAS VACILACIONES JURISPRUDENCIALES EN LAS CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA.

I. Las iniciales vacilaciones jurisprudenciales.

Los pleitos en materia cesiones gratuitas de vivienda en los que el cedente reclama la restitución de la vivienda al cónyuge al que se le había atribuido una vivienda por una sentencia dictada en un proceso de separación o divorcio, no se prodigaron -por cuestiones obvias- hasta la eclosión de los pleitos de separación y divorcio tras la aprobación de la Ley 30/1981 o del divorcio. Hasta entonces este tipo de pleitos habían sido muy escasos y se limitaban a reclamar a las viudas la restitución de la vivienda que les había sido cedida gratuitamente por los padres del difunto marido. Asimismo, se reclamaban la restitución de inmuebles que alguien había cedido gratuitamente a parientes o a conocidos. Es decir, se trataba de pleitos cuyo detonante era el fallecimiento del cedente, y tras la posterior aceptación de la herencia los herederos no estaban dispuestos a continuar tolerando la ocupación gratuita de sus casas por los favorecidos en otros tiempos por el causante.

52 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Comentario", cit., p. 1618.

La doctrina durante mucho tiempo se ha referido a la jurisprudencia relativa a esta materia como vacilante puesto que no terminaba de afianzarse una línea jurisprudencial por encima de otra⁵³. Realmente, en un principio estas líneas jurisprudenciales no solo eran contradictorias sino más bien escasas de modo que transcurren aproximadamente cuarenta años entre la más antigua de las sentencias a las que nos hemos referido, la STS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*) hasta la unificación de la doctrina que se inicia con la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*). Además, durante tan extenso lapso de tiempo apenas se han dictado media docena de sentencias que difícilmente pueden servir de guía a los tribunales inferiores.

Esta falta de un posicionamiento claro por parte del Alto Tribunal durante tantos años se vio reflejado en la existencia de líneas doctrinales dispares en las resoluciones de las audiencias provinciales. A lo anterior, hay que añadir que si bien la consolidación de la tesis del predominio de la figura del precario sobre la del comodato ha sido fácil, sin embargo se han tenido que consolidar otras líneas respecto de otras cuestiones a las que la parca regulación del comodato y la prácticamente inexistente regulación del precario no daban una respuesta clara. Este ha sido el caso de las acciones de desahucio por precario interpuestas en casos en los que el marido era copropietario junto con el actor de la casa cedida en precario; de las reclamaciones de precaristas por los gastos derivados de obras realizados en la casa cedida, las acciones de desahucio ejercitadas por quienes se han adjudicado en un proceso de ejecución hipotecaria de una vivienda cuyo uso había sido atribuido a uno de los convivientes por una sentencia dictada en un proceso de familia, etc. Toda esta serie de cuestiones que se han ido planteando con el tiempo ha motivado que se hayan tenido que dictar varias sentencias del Pleno a los efectos de unificar criterios⁵⁴; asimismo se ha recurrido a las sentencias dictadas para fijar la doctrina que “corresponda” en los recursos por interés casacional.

Las vacilaciones doctrinales a las que se refiere la doctrina en materia de cesiones gratuitas de vivienda se han producido en dos niveles o ámbitos diferentes de relaciones que se producen como consecuencia de la cesión y que tendrán diferentes consecuencias según que aquella se califique como precario o como contrato de comodato. El primer nivel se refiere a las relaciones jurídicas que se crean entre el cedente y el cesionario como consecuencia del contrato mediante el cual tiene lugar la cesión gratuita. En este caso, en las primeras sentencias del Tribunal Supremo ha habido un movimiento pendular entre las sentencias para las que aquel tipo de relación tenía que calificarse como precario y las que se

53 AGUILAR RUIZ, L.: “Cesión gratuita”, cit. “Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009 (RJ 2009, 2895)”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 24, 2010, pp. 255-267.

54 A título de ejemplo las Sentencias de Pleno de 14 y 18 de enero 2010 (*Tol 1840576*) y (*Tol 1793037*).

inclinan por la figura del comodato. Es evidente que nos referimos a aquellos casos en los que el cedente no ha realizado manifestaciones expresas ni sobre un uso específico de la cosa, más allá de la que es habitual por su naturaleza, ni tampoco hay constancia alguna que se haya fijado un determinado plazo para el uso de la cosa. Así pues, se trata de aquellos casos en los que hay que integrar la voluntad contractual de las partes, y a partir de aquella otorgar una calificación de comodato o de precario a la relación jurídica que se ha generado con la cesión gratuita de la vivienda. La importancia de que las soluciones a este tipo de pleitos se produzcan en el primer nivel y no en el segundo una vez que se dicte la sentencia de atribución del hogar familiar ex art. 96 CC, estriba en que son exportables a aquellos pleitos donde la reclamación de devolución de la vivienda se hace al margen de una crisis familiar. Este sería el caso en los que las malas relaciones entre el progenitor cedente y los cesionarios provoca que el primero reclame a los segundos la devolución de la vivienda cedida gratuitamente para ser su hogar familiar. Asimismo, estas soluciones son aplicables a las reclamaciones entre los herederos de los propietarios-cedentes y la viuda del causante u otros parientes a los que el causante en su día autorizó a usar gratuitamente una vivienda; y que tras su muerte han continuado con el uso del inmueble hasta que los herederos han decidido reclamarlo⁵⁵. Así pues, las relaciones jurídicas en el primer nivel se refieren a todas aquellas que se han creado directamente entre el cedente y el cesionario como consecuencia del negocio jurídico de cesión gratuita. En este nivel las sentencias, según las circunstancias, califican como comodato o como precario las relaciones surgidas de la cesión.

El segundo nivel de relaciones jurídicas está integrado por aquellas que se generan como consecuencia de la sentencia dictada en el seno de un proceso de familia mediante la que se atribuye el uso y disfrute de la vivienda al miembro de la pareja o matrimonio que no es el pariente del cedente. En este caso la cuestión reside en determinar que tipo de derecho se ha generado en favor de la persona a quien se ha atribuido el uso de la vivienda familiar, si un derecho real oponible *erga omnes* o si se ha generado un derecho familiar que sólo será oponible frente al ex cónyuge o ex conviviente. En este caso se trata de calificar las relaciones jurídicas que han surgido entre el propietario cedente y la persona a la que el juez le ha atribuido el uso de la vivienda. No obstante, no hay que olvidar que el original cesionario era el pariente del propietario. En este segundo nivel, en ocasiones intervienen otros terceros que no son los cesionarios originales, sino que son los actuales propietarios de la vivienda como consecuencia de su adquisición en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria. En consecuencia, se trata de

55 Se reclama la devolución de la vivienda cedida al cónyuge viudo en las STS 23 abril 2015 (Tol 5000598), 8 julio 2011 (Tol 2187836) 13 octubre 2010 (Tol 1989049). Asimismo, está el supuesto contemplado por la STS 27 marzo 2008 (Tol 1354577) en la que se interpone un desahucio por precario contra la conviviente supérstite de una pareja de hecho por los herederos de su pareja.

dilucidar como afecta el derecho de atribución de la vivienda familiar que ha tenido lugar en el seno de un pleito de familia frente a terceros ajenos a ese proceso.

Las vacilaciones en el Tribunal Supremo entre decantarse por la corriente doctrinal favorable al precario y la que es partidaria del comodato no han sido muy grandes. Realmente han sido muy pocas las sentencias que se han proclamado abiertamente en favor del comodato en aquellos casos en los que no existía una manifestación expresa del cedente respecto al uso específico de la vivienda cedida y al plazo de duración del uso. Tras las vacilaciones iniciales el Alto Tribunal se ha posicionado en favor del precario, con una argumentación impecable, tanto en las relaciones del primer nivel al establecer que si no queda probada la existencia de una auténtica relación contractual que justifica la posesión que permita la aplicación de los efectos del comodato, nos hallaremos ante un simple precario por tratarse de una situación tolerada por la condescendencia o beneplácito del precario. Puesto que a falta de prueba del comodato nos hallaremos ante un precario. En el segundo nivel, se establece que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges mediante sentencia dictada en un proceso de separación o divorcio no altera la titularidad en cuya virtud los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. De modo que no puede generarse un derecho antes inexistente y en consecuencia, una vez rota la convivencia la situación del que ocupa la vivienda es la propia de un precarista. Para llegar esta situación han tenido que pasar muchos años y algunas dudas de las que se han producido para los tribunales inferiores se deben más bien por el largo espacio temporal transcurrido entre las resoluciones en las que se consolidan las líneas jurisprudenciales.

La STS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*) es la primera sentencia en la que se califica como precario la cesión gratuita de una vivienda para que sea usada por un familiar del cedente como su domicilio conyugal. En este caso se trataba de una vivienda que los padres dejaron a su hijo para que la ocupara como hogar familiar junto con su esposa. Tras el fallecimiento del hijo se continúa tolerando que la use su viuda. Sin embargo, las cosas cambian cuando, tras el fallecimiento de los iniciales cedentes, la hija que hereda la casa interpone una acción de desahucio por precario contra su antigua cuñada. En esta sentencia, se sientan las bases que serán tenidas en cuenta muchos años más adelante por la jurisprudencia para la imposición de la figura del precario por encima de la del comodato en este tipo de cesiones. Así pues, se establece en su Considerando 7º 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, en el sentido técnico con

que el derecho romano lo configuraba; que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario [...]”. A continuación se dice que “de la cual tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue: 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”. De lo anterior inferimos que será necesario un acto expreso para que nazca un acto más gravoso que el precario, puesto que al tratarse de una cesión gratuita habrá que aplicar la solución que sea menos gravosa para el concedente (y su heredera en este caso). Es decir, de manera implícita se está haciendo una referencia al art. 1289 CC, relativo a la interpretación de los contratos, en el que se establece que en el caso de los contratos gratuitos las dudas “se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses”. En esta sentencia, a diferencia de cuanto sucederá en la mayoría de las posteriores no se le opone a la demanda de desahucio por precario la existencia de un contrato de comodato sino la de un derecho real de habitación. Sin embargo, la justificación en favor del precario que en esta sentencia se efectúa también es aplicable en aquellos casos en las que se le contrapone la figura del comodato. En consecuencia, en aquellas cesiones de inmuebles sin manifestaciones expresas del propietario-cedente respecto a las condiciones de la cesión se estima que habrá que entender la existencia de un precario por ser el negocio jurídico menos gravoso para el cedente.

La STS 30 noviembre 1964 (*Tol* 4324319) es un tanto atípica porque no se aplica tras una crisis familiar, sino tras una situación de viudedad en la que de acuerdo con la moral de la época los cedentes solían respetar que la viuda ocupase vitaliciamente la casa que se le había cedido en precario a su hijo. Cuestión que cambia cuando aquellos fallecen y la heredera ya no se siente vinculada por aquella obligación moral. Después de esta resolución todavía habrá que esperar hasta los años noventa del siglo pasado para que el Alto Tribunal vuelva a pronunciarse en materia de cesiones gratuitas de vivienda. Sin embargo, en adelante la mayoría de pronunciamientos se dictarán para resolver los problemas que se originan como consecuencia de una crisis matrimonial cuando empiecen a proliferar los pleitos de separación y divorcio como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/1981. En estos procesos los jueces, en aplicación del art. 96 I CC, atribuyen el uso de la vivienda cedida a la mujer del hijo del cedente por tener la guarda y custodia de los hijos comunes menores o no existiendo aquellos por ser su interés el necesitado de protección ex art. 96 III CC. En consecuencia, tras la ruptura de la pareja y la sentencia de nulidad, separación o divorcio, los cedentes inician actuaciones judiciales para recuperar la vivienda cedida.

El Tribunal Supremo tras un período de casi treinta años sin dictar sentencias relativas al desahucio por precario sobre inmuebles cedidos gratuitamente para cubrir finalidades habitacionales dicta la STS 2 diciembre 1992 (Tol 1655053)⁵⁶. En esta sentencia el Alto Tribunal marcará distancias con el citado precedente de 1964. En principio, esta sentencia a diferencia de la anterior ya recae sobre unos supuestos de hecho que se repetirán con frecuencia en el futuro: se trata del caso en el que un padre cede gratuitamente una vivienda para que su hijo y su esposa instalen en ella su domicilio conyugal. Tras la crisis matrimonial, y la ruptura de la pareja, en un proceso de divorcio, se adjudica el uso de la vivienda a la ya exnuera del cedente y a sus nietas. En este caso el exsuegro interpone una acción reivindicatoria, en vez del desahucio por precario, puesto que la exmujer de su hijo se había atribuido la propiedad de la vivienda. En primera instancia se desestima la demanda, mientras que en la segunda instancia se estima la pertinencia de la acción reivindicatoria y se condena a la ocupante al desalojo de la vivienda. Presentado el recurso de casación, el Supremo establece, en una poco afortunada sentencia a nuestro entender, que si bien había que estimar la acción declarativa de propiedad otra cuestión era la del cese en el disfrute de la vivienda que no se admite por entender que el comodato era la figura que había que aplicar al caso enjuiciado⁵⁷. Argumenta el Alto Tribunal que el uso de la vivienda está fijado “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 CC). Se entiende que aún a pesar de

56 Sentencia comentada por RAMS ALBESA, J.J.: “Comentario”, cit., pp. 1075-1082. En ese comentario se realiza una ácida crítica a la labor del Alto Tribunal en los siguientes términos: La acción reivindicatoria debería de haber prosperado por concurrir todos los requisitos que la doctrina jurisprudencial y científica exige para el éxito de esta acción. Por otro la demanda inicial parte de la autoatribución de una titularidad dominical que no es coincidente con la realidad jurídica. El título debería de haber sido anulado de raíz y las cosas hubieran sido diferentes si los demandantes hubieran acudido a la vía penal e interpuesto una querrela por falsedad en documento público y por apropiación indebida. Lo procedente hubiera sido declarar viciosa y de la mala fe la posesión en manos de la ex nuera. El concepto de vivienda familiar y su protección en interés de los hijos menores no puede derogar la disciplina de la propiedad ni sus normas de generación, transmisión y protección de defensa, no puede constituir un título que sirva de causa para justificar una expropiación forzosa del uso como ha sido el caso de la sentencia analizada. Los demandantes deberían de haber indemnizados por la existencia de un potencial *lucrum cesans*. Asimismo, entiende que los supuestos del art. 96 CC sobre atribución de la vivienda sólo deberían de aplicarse cuando aquella fuera propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o de ambos o incluso de un derecho de usufructo o de arrendamiento. En los casos en los que la tenencia de la vivienda familiar derive de un derecho personal intransferible convencionalmente la solución de la vivienda no puede pasar por la expropiación judicial del uso de los legítimos propietarios o titulares que se han convertido en financiadores involuntarios y forzosos de la crisis familiar.

57 La doctrina también han sido críticos con esta sentencia. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “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”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1998, pp. 376. BELLO JANEIRO, D.: “El precario”, cit., p.13, no está de acuerdo con la calificación de comodato que realiza el Alto Tribunal en vez de la que cree más adecuada de precario tal como hizo la Audiencia. Estima que “si se detentaba la vivienda en precario, dicha condición no puede verse modificada por la decisión judicial de la crisis matrimonial de suerte que el derecho de ocupación conferido por la autoridad judicial se encuentra condicionado por la causa jurídica en cuya virtud se ocupaba la vivienda”. De manera que la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no puede alterar la naturaleza del título jurídico que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda antes de la fractura matrimonial.

que 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, por lo que coincidiendo la no desmentida necesidad de habitar el piso los demandados y sus hijas y la no alegada necesidad urgente de ocuparla por los propietarios, es cierto que por la aplicación de dichos preceptos en consonancia con lo abstractamente dispuesto en los artículos 1.740 y 1.741”. Esta sentencia supone un completo giro respecto de la comentada STS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*) al calificar como comodato, y no como precario, la cesión gratuita de una vivienda cuando no se han efectuado manifestaciones expresas sobre la duración del mismo ni se ha establecido un uso preciso del mismo. Esta resolución, como es evidente no contribuyó a unificar la ya entonces contradictoria jurisprudencia de las Audiencias Provinciales al respecto. En nuestra opinión el Tribunal Supremo dejó pasar una valiosa oportunidad de dejar sentada una clara línea jurisprudencial al no haber continuado manteniendo el criterio de la prevalencia del precario en el sentido en que lo hizo la STS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*). El argumento de que en la necesidad familiar de vivienda va implícito el uso específico que se requiere para que la cesión sea calificada de comodato no va a tener éxito en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo. No obstante, sirvió para mantener viva la llama en favor del comodato en la jurisprudencia menor, así como impedir que se solucionara la cuestión de la existencia de jurisprudencia contradictoria durante muchos años.

Una segunda sentencia, también con un espíritu pro cesionario, se dicta pocos años después, se trata de la STS 18 octubre 1994 (*Tol 1665543*) en cuyo caso la actora, viuda (y usufructuaria universal) del propietario que cedió gratuitamente una vivienda para ser ocupada por uno de sus hijos y su esposa, presenta una acción reivindicatoria contra la última una vez que se le ha adjudicado el uso de la vivienda en un proceso de separación. En primera instancia se desestima la demanda mientras que en la sentencia de apelación se estima la acción reivindicatoria y el desalojo puesto que se estima que la demandada está ocupando la vivienda sin título alguno. Por el contrario, el Tribunal Supremo estima que la demandada sí que tiene título posesorio habilitante para continuar disfrutando de la vivienda puesto que éste deriva directamente, para ella y sus hijos, del convenio regulador que le atribuye el uso y disfrute de la vivienda y por lo tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino. Además, se estima que “el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos debe 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 un título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía

judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 del Código Civil y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso”.

En esta sentencia, cuyas justificaciones no compartimos, ya se pone de manifiesto una forma de solucionar estos litigios sobre cesiones gratuitas de vivienda que adoptará el Tribunal Supremo en los años siguientes: consistente en pasar de puntillas sobre la calificación del título jurídico en cuya virtud se cede gratuitamente una vivienda para ser ocupada por una pareja manteniéndose por sistema la calificación que se haya hecho en las instancias inferiores. De modo que, sin realizar ningún tipo de objeción a la calificación del negocio jurídico en cuya virtud se realiza la cesión inicial, se traslada la solución del pleito a un segundo nivel, al de los efectos de la sentencia dictada en un proceso de familia en cuya virtud se atribuye ex art. 96 CC el uso de la vivienda al cónyuge que no es familiar del cedente. No obstante, misma esta técnica de la mutación o transformación de la calificación jurídica de la inicial cesión por mor de la sentencia de atribución de vivienda en un proceso matrimonial será utilizada en adelante, si bien en sentido contrario para justificar que se está poseyendo en concepto de precario al desaparecer el inicial comodato. Asimismo, en el futuro va a prevalecer la línea jurisprudencial que estima que este tipo de sentencias sólo son oponibles entre los ex cónyuges pero carecen de eficacia frente a los terceros que no han sido parte en el proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio, y que en consecuencia tendrán la posibilidad de recuperar el uso de su vivienda.

Así pues, se ha generado una especie de tormenta perfecta para los propietarios cedentes de vivienda gratuita para sus hijos por la combinación de la STS 2 diciembre 1992 (Tol 1655053) para la que la cesión de una vivienda gratuita sin hacer determinación expresa ni de su destino ni de su duración tiene la condición de comodato y la STS 18 octubre 1994 (Tol 1665543) que estima que la atribución judicial de la vivienda en un proceso de familia aleja toda situación de precario por constituir un derecho real de eficacia total frente a terceros. Al trasladarse al segundo nivel la solución de este tipo de pleitos se convierte en irrelevante la condición jurídica en cuya virtud se cedió el uso de la vivienda puesto que si fue en concepto de precario el efecto del poder sanador de la sentencia de familia lo transformará en un derecho real inatacable y oponible *erga omnes*. En consecuencia, de haberse impuesto esta línea jurisprudencial en adelante los cedentes de vivienda gratuita a sus hijos, cuando existiera una sentencia de separación o divorcio que atribuyese el uso a su exnuera ya no podrían recuperar el inmueble. Probablemente, como se señala en alguna sentencia posterior se habría terminado con la inveterada costumbre de que los padres proporcionen ayuda a sus hijos en forma de préstamo gratuito de vivienda ante el temor de

no recuperarlas⁵⁸. Puesto que no sólo se trata solo del sacrificio económico que supone para el cedente que se le imponga que su inmueble sea ocupado gratuitamente por una persona con la que ya no mantiene relación sino por la situación de necesidad en la que puede quedar su hijo o familiar al que se le ha privado del uso de aquella vivienda por la resolución judicial⁵⁹.

En el momento en que parecía que el Tribunal Supremo se inclinaba por la protección del derecho de familia por encima del derecho de propiedad se dicta la STS 31 diciembre 1994 (*Tol 1666524*) en sentido totalmente contrario a las anteriores. En este caso el supuesto de hecho es un tanto atípico al producirse el fallecimiento del propietario cedente con posterioridad a la adjudicación judicial de la vivienda a la esposa del hijo en un proceso de divorcio. Esta situación se aprovecha posteriormente el ex marido, cuando una vez que ha aceptado la herencia, vende la casa a una empresa que a su vez la hipoteca. En este supuesto no se interpone ninguna acción recuperatoria del propietario contra la usuaria, sino que es ésta la que intenta anular la compraventa, así como la hipoteca y sus respectivas inscripciones registrales. El Tribunal Supremo, estima en su FD 2º-en total contradicción con lo que se dijo en la STS 18 octubre 1994 (*Tol 1665543*)-que “la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que

58 En las SSTS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*) y 31 diciembre 1994 (*Tol 1741583*) se advierte del peligro al que está sometido la figura del precario. Al decir que: “Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona 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 el ceder el uso de la vivienda. Y 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 la doctrina CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso*, cit., p.99, también advierte que no se puede imponer al propietario de la vivienda cedida en precario que soporte la carga derivada de la atribución de vivienda ex art. 96 CC. Este mismo autor, en CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso*, cit., p. 133, ya había insistido en que no resulta admisible que se le imponga un sacrificio patrimonial al propietario cedente que tiene que soportar que un tercero [la ex nuera] use gratuitamente una vivienda de su propiedad. En parecidos términos MURILLAS ESCUDERO, J.M.: “Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o Comodato?”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales Aranzadi*, num.11/2007, pp.4 y 5 (numeración de la página de acuerdo con el formato insignis.aranzadidigital.es/), estima que la calificación como precario las situaciones inmuebles cedidos por terceros a los esposos no perjudica los legítimos derechos y expectativas de los propietarios de poder recuperar la vivienda a su voluntad. En el caso de dificultarse esta facilidad recuperatoria se estaría cerrando el paso a favorecer a un hijo u otro pariente ante el temor fundado a las dificultades de recuperación de la vivienda en los casos de crisis matrimonial de la pareja. Para COSTAS RODAL, L.: “Recuperación”, cit. 4, si la cesión gratuita de una vivienda para servir de hogar conyugal sin más precisiones sobre su duración y sin precisar un uso específico más allá de su uso natural que es el de servir de morada se califica como comodato la posición del cedente sería más gravosa que el cedente a título oneroso como sucede con el arrendamiento. En ese caso se estaría desincentivando a que los progenitores en general siguieran cediendo gratuitamente viviendas a sus hijos ante el temor a no poder recuperarlas ante una situación de crisis familiar.

59 Al respecto sentido DE VERDA y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso”, cit., pp.3395 y 3396, ponen de relieve como el progenitor al que no se le ha adjudicado la vivienda tiene que abandonarla, y puede que carezca de capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, en el caso de que no se venda la anterior. Destacan estos autores el hecho de que el art. 96 CC no preste atención alguna al contrato a quien no se concede el uso de la vivienda familiar. Nota del autor. Situación que no ha sido enmendada con la última modificación del art. 96 CC en el año 2021.

la familia ya tenía⁶⁰. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona 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 vivienda⁶¹. Y 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”. Asimismo, establece que “la decisión judicial por la que se atribuye la vivienda a la esposa es oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real⁶². En ese caso esposo que había poseído la vivienda con la familia, sin que haya acreditado que poseyera en virtud de derecho alguno protegido por el artículo 1320, devino propietario por herencia de su padre y la situación posesoria, que en vida de éste dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil, y en esta situación se plantea el litigio sobre la validez de la venta de la vivienda familiar”⁶³. Esta sentencia, aunque viene a admitir que la cesión de la vivienda se hizo en precario no justifica debidamente porque concurre la situación de precario, sino que todo el esfuerzo argumentativo -como sucederá en el futuro- se centra en el segundo nivel, en la eficacia que tiene la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar a la que ya no se le reconoce carácter de derecho real. Sin embargo, la línea jurisprudencial que se inicia con la

- 60 Esta referencia a que “la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía” se repetirá en el futuro en muchas otras sentencias. Así las, las SSTS 6 febrero 2018 (Tol 6509285), 6 marzo 2015 (Tol 4786486), (Pleno) 14 enero 2010 (Tol 1840576), 13 noviembre 2008 (Tol 1401711), 2 octubre 2008 (Tol 1378500), 26 diciembre 2005 (Tol 795335).
- 61 Así se ha mantenido en las SSTS 28 abril 2016 (Tol 5716434), 13 febrero 2014 (Tol 4118977), 14 marzo 2013 (Tol 3266832), 14 julio 2010 (Tol 1911613), 22 octubre 2009 (Tol 1641343), 30 junio 2009 (Tol 1499152), 14 noviembre 2008 (Tol 1432560), 13 noviembre 2008 (Tol 1401711), 30 octubre 2008 (Tol 1396292), 30 octubre 2008 (Tol 1396288), 30 octubre 2008 (Tol 1401724), 29 octubre 2008 (Tol 1396318), 29 octubre 2008 (Tol 1396318), 26 diciembre 2005 (Tol 795335) y 31 diciembre 1994 (Tol 1741583).
- 62 En la doctrina se ha mantenido que la posesión en concepto de precario no es oponible al título de propiedad del cedente. Así, CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso*, cit., p. 123. En la jurisprudencia, con redacciones bastante aproximadas también se ha mantenido esa misma postura. Así en las SSTS 6 febrero 2018 (Tol 6509285), 28 abril 2016 (Tol 5716434), 13 febrero 2014 (Tol 4118977), 10 octubre 2011 (Tol 2261892), 14 julio 2010 (Tol 1911613), (Pleno) 14 enero 2010 (Tol 1840576), 13 abril 2009 (Tol 1499152), 14 noviembre 2008 (Tol 1432560), 13 noviembre 2008 (Tol 1401711), 30 octubre 2008 (Tol 1396292), 30 octubre 2008 (Tol 1396288), 30 octubre 2008 (Tol 1401724), 26 diciembre 2005 (Tol 795335) y 31 diciembre 1994 (Tol 1741583). A título de ejemplo en la 13 abril 2009 (Tol 1499152) se establece que “la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial”.
- 63 Sentencia comentada por ESPIAU ESPIAU, S.: “Comentario a la STS 31 diciembre 1994”, *CCJC*, núm. 38, 1995, pp. 667-675. Este autor estima acertado que el propietario pueda revocar la concesión en precario, antes e incluso después de la crisis familiar y de la sentencia a la que haya dado lugar la crisis, asimismo tiene el mismo derecho el heredero cuando se convierta en propietario de la vivienda (p. 673). Por otro lado, también reconoce como acertado que el propietario pueda vender la que fue vivienda familiar, aun a pesar de que el art. 1320 CC exija el consentimiento de ambos cónyuges. No obstante, ello está condicionado a que la enajenación sea compatible con el uso atribuido por la sentencia, puesto que el art. 94.4 CC en ese caso excluye la aplicación del art. 1320.2 CC (p. 673).

STS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*) tampoco puede terminar de consolidarse con la STS 31 diciembre 1994 (*Tol 1666524*) puesto que en cada resolución las justificaciones en defensa del derecho del propietario cedente se efectúan utilizando diferentes argumentos: una de ellas recurriendo a la figura del precario y la otra a la inoponibilidad del derecho de uso otorgado por un juez de familiar frente a terceros.

Así pues, nos encontramos con una especie de empate técnico en el Tribunal Supremo entre dos grupos de sentencias que defienden posiciones diferentes. Por un lado, el primer grupo de sentencias viene a postularse en defensa del interés del cónyuge no familiar del propietario al que se le adjudica el uso de la vivienda por el juez de familia. La técnica utilizada por la STS 2 diciembre 1992 (*Tol 1655053*) produce sus efectos en el primer nivel al estimar que la cesión de una vivienda gratuita para servir de vivienda familiar sin más especificaciones lleva implícito el “uso preciso y determinado” que permite considerarla como comodato. En la STS 18 octubre 1994 (*Tol 1665543*) se focaliza la solución en el segundo nivel al estimar que la atribución judicial de la vivienda en un proceso de familia aleja toda situación de precario por constituir un derecho real de eficacia total. En el segundo grupo de sentencias, se defiende que los propietarios puedan recuperar la posesión de las viviendas cedidas gratuitamente. En este segundo grupo de sentencias también se utilizan dos técnicas diferentes: en primer lugar, en la STS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*) se mantiene que la cesión gratuita de una vivienda para ser ocupada como hogar familiar por el hijo y su esposa sin haberse efectuado puntualizaciones ni sobre su duración ni sobre su uso específico constituye una situación de precario. En segundo lugar, en la STS 31 diciembre 1994 (*Tol 1666524*) la solución se traslada al segundo nivel, a la crisis familiar y a la sentencia de adjudicación del uso de la vivienda a la esposa. Se estima que aquella resolución no puede constituir un derecho real inexistente con anterioridad a la misma, de modo que el propietario al que no se le puede oponer la sentencia de atribución de la vivienda, puede recuperar la vivienda cedida gratuitamente. Esta tesis será la que finalmente se impondrá en la jurisprudencia.

Realmente, en ninguno de los dos grupos de sentencias se ha originado jurisprudencia en sentido estricto puesto que en ambos falta la nota de reiteración que exige el art. 1.6 CC, habida cuenta que las justificaciones que se ofrecen en el seno de cada grupo no son coincidentes. Así pues, ambos grupos cuentan con una sentencia en la que la defensa del cedente (o del cesionario) se hace descansar en la naturaleza del título (precario o comodato) en cuya virtud se cede gratuitamente la vivienda (nivel 1). Asimismo, en ambos casos se cuenta con una sentencia en la que la defensa de los anteriores postulados se hace depender del alcance de la eficacia frente a terceros de la resolución que adjudica al cónyuge separado o divorciado el uso de la vivienda (nivel 2).

2. La etapa de la unificación jurisprudencial.

El desempate entre las tesis que enfrentan al derecho de propiedad con el derecho de familia todavía tendrá que esperar diez años. No será hasta la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*) se va a dejar expedita la vía recuperatoria para el propietario cedente al establecer que la situación en la que queda la vivienda tras la crisis familiar es la de precario⁶⁴. La propia jurisprudencia se ha referido a esa sentencia como “la sentencia que puso fin a la contradicción entre las sentencias de audiencias⁶⁵”. En el supuesto de hecho de esta resolución el propietario de una vivienda la cede gratuitamente a su hijo y a su nuera. Tras la separación matrimonial, y atribución judicial de la vivienda a la esposa, el propietario interpone una acción reivindicatoria contra aquella. Es de notar que en un proceso anterior el propietario ya había interpuesto, sin éxito alguno, una acción de desahucio por precario contra la nuera. En el nuevo pleito la acción reivindicatoria se estima en la primera instancia, para ello se estima la existencia de un inicial contrato de comodato que se transforma en precario como consecuencia del cese del matrimonio puesto que desaparece la razón de ser del contrato de contrato. Por el contrario, en la segunda instancia, a pesar de declararse el dominio del actor sobre la vivienda se desestima la restitución de la inmueble por entenderse que concurren los requisitos del comodato y que, en consecuencia, la demandada continúa teniendo derecho a seguir poseyendo. En este caso la demandada se había opuesto a la demanda alegando su condición de propietaria y subsidiariamente que se estimase su condición de comodataria en atención a las necesidades familiares. Entendemos, que la actora intentó ampararse en la doctrina de las STS 2 diciembre 1992 (*Tol 1655053*) y 14 octubre 1994 (*Tol 1665543*).

El Tribunal Supremo finalmente termina estimando la demanda, si bien introduce varias novedades respecto al tratamiento de la cuestión de las cesiones gratuitas de vivienda en favor de los cónyuges que serán asumidas en posteriores sentencias: en primer lugar, en el FD 4º se establece la pauta de interpretación y de aplicación -a la que ya hemos hecho referencia- que será seguida por numerosas sentencias posteriores. Así pues, habrá que examinar y determinar si en la cesión gratuita concurren los requisitos de un contrato (se sobreentiende que se refiere al comodato) y, en ese caso habrá que aplicar los efectos que le son propios. No obstante, en el caso de que no hubiera existido ese contrato los cesionarios del uso del inmueble serán considerados precaristas. En el FD 5º nuevamente se

64 MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario a la Sentencia”, pp. 677–694, también se refiere a la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*).

65 Así se manifiestan las SSTs 14 octubre 2014 (*Tol 4525358*) y 2 octubre 2008 (*Tol 1378500*). Aunque, realmente es esta última la que consolida esa línea jurisprudencial, tal como se reconoce en otras posteriores a la misma al decir que “reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la STS 2 octubre 2008 (*Tol 1378500*) con los que, por ende, se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales”. Así se manifiestan las SSTs 13 noviembre 2008 (*Tol 1401711*), 30 octubre 2008 (*Tol 1396288*) y 29 octubre 2008 (*Tol 1396318*).

establece que la existencia del contrato tiene que probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho y en ese caso, se aplicarán los efectos del contrato de comodato.

En segundo lugar, se establece que en estos casos ante la falta de prueba del contrato “nos hallaremos ante un precario” (FD 5°). A continuación, aplicando la doctrina anterior al caso enjuiciado se reconoce que se está ante un simple precario y que habiendo probado el actor su título de propiedad, “no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble reivindicado” (FD 6°). Para ello cita la STS 30 de octubre 1986 (*Tol 1734716*) en la que establece el denominado concepto amplio de precario.

En tercer lugar, entra a analizar las consecuencias que produce la sentencia de atribución del uso de la vivienda dictada en un proceso de familia. Estima que la sentencia homologatoria del convenio de separación o divorcio no altera la titularidad del uso de la vivienda. Y que, si bien es aceptable que la protección de la vivienda vaya ligada a la familia, “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 (argumento ex sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio). Por tanto, 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 habitual⁶⁶.

No obstante, esta sentencia incurre en el error de no aplicarse a sí misma parte de la doctrina que pretende consolidar. Así, pues en vez de aplicar al caso que está enjuiciado la doctrina que cita de la STS 30 noviembre 1964 (*Tol 4324319*) y estimar que la cesión inicial de la vivienda se había efectuado a título de precario, acepta la tesis de la sentencia de primera instancia para la que la posesión inicial se había concedido en concepto de comodato. No obstante, aun a pesar de haberse saltado este paso previo, se estima que el propietario puede recuperar la posesión habida cuenta que la sentencia del juez de familia que atribuye la posesión a uno de los cónyuges ha extinguido el inicial comodato⁶⁷. De modo que habiendo tenido la posibilidad de declarar la existencia del precario (realmente un comodato-precario contractual) dentro del primer nivel, en el de la relación entre cedente y cesionario, ha derivado la solución del problema al momento posterior a la sentencia de atribución en el proceso de familia aceptando sin crítica alguna

66 Son numerosas las sentencias en las que se estima que

67 ANDERSON, M.: “Sentencia de 18 de marzo de 2008: Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho del uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 78, 2008, p. 1427, comenta que esta sentencia no es un modelo de claridad, puesto que primero dice que no ha quedado acreditada la concurrencia de contrato alguno y luego señala que el comodato se ha convertido en precario a raíz de la crisis matrimonial.

la tesis de la primera instancia, que admite la concurrencia de un comodato, pero que al cesar la convivencia aquella figura se transforma en un precario de modo que “el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, una vez atribuido el uso a uno de los cónyuges, con exclusión del otro”. No obstante, entendemos que la situación de precario en la que se ha transformado el comodato es similar a la que tiene el arrendatario cuando se extingue el contrato de arrendamiento y continúa utilizando la vivienda arrendada. Se trata de una situación fáctica de precario y no de un contrato de precario (comodato-precario). Se trataría, de una situación en la que existiendo un título inicialmente válido, el comodato, este ha perdido su validez. En consecuencia, el cónyuge al que se ha atribuido el uso de la vivienda carece de título frente al propietario-cedente o para cualesquiera otros terceros para el caso de que aquellos quieran iniciar el proceso de recuperación de la vivienda.

Con esta sentencia se invierte el razonamiento de la STS 18 octubre 1994 (*Tol 1665543*) en la que utilizando un razonamiento jurídico similar se llegaba a una solución diferente. En aquel caso la sentencia de atribución de la vivienda transforma el inicial negocio jurídico precario en cuya virtud se produce la cesión. Así pues, la inicial relación jurídica de precario (hemos de precisar que se trata de la modalidad de comodato-precario aunque nada diga la sentencia) se convierte en un derecho real familiar. De modo que, en aquel caso se ha creado un nuevo derecho, el de comodato, puesto que antes de la sentencia de atribución este derecho era inexistente. Por el contrario, en la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*) aunque el inicial contrato de comodato también sufre una mutación como consecuencia de la sentencia de atribución del uso, si bien la transformación consiste en que se pasa de tener un inicial derecho de comodato a no tener ninguno puesto que al estadio final al que se llega es al de una situación fáctica de precario.

En la doctrina se ha destacado que como consecuencia de la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*) en las audiencias provinciales poco a poco empiezan a ser mayoritarias las sentencias que reconocen que cuando se atribuye a la esposa el uso y disfrute de la vivienda conyugal en virtud de una resolución de separación o divorcio, se produce una mutación del inicial título jurídico en cuya virtud se tiene derecho a continuar usando gratuitamente una vivienda ajena⁶⁸. Así pues, el inicial contrato de comodato se transforma en una situación de precario de hecho, a lo que hemos de añadir que si el título inicial hubiera sido el de precario (comodato-precario) este no se mantiene tras la sentencia, sino que se transforma de precario contractual (comodato-precario) a un simple precario de facto. No obstante, esta cuestión no tiene excesivas consecuencias prácticas puesto que en cualquiera de las dos modalidades de precario (contractual o fáctica) al propietario le será

68 AGUILAR RUIZ, L.: “Cesión gratuita”, cit., señala a título de ejemplo las SSAAPP Valladolid 14 febrero 2007, La Coruña 1 marzo 2007, Barcelona 5 junio 2007, Las Palmas 28 junio 2007, Granada 2 febrero 2008.

posible ejercer con posibilidades de éxito una acción de desahucio por precario o una acción reivindicatoria. Tras esta sentencia muchas otras irán siguiendo la estela doctrinal por ella establecida. Sin embargo, la inmensa mayoría de estas sentencias adoptarán esa poco precisa técnica de mantener inalterada la calificación de la inicial relación jurídica entre cedente y cesionario que se haya efectuado en las primeras instancias⁶⁹.

Nuevamente tiene lugar otro nuevo lapso temporal sin sentencias del Tribunal Supremo en este ámbito, en esta ocasión de unos tres años, la STS 2 octubre 2008 (*Tol 1378500*) viene a consolidar la línea jurisprudencial iniciada por la citada sentencia de 2005⁷⁰. En esta nueva resolución es muy similar a la anterior por recaer sobre unos supuestos de hecho muy parecidos, se trata del clásico supuesto de la cesión gratuita de una vivienda por los padres a su hijo y esposa. Tras la crisis matrimonial, en un proceso de familia tiene lugar la correspondiente atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda a la esposa e hijos. A continuación, los suegros plantean una acción de desahucio por precario para recuperar la posesión del inmueble. En primera instancia se estima la demanda, mientras que en la segunda se revoca la sentencia de primera instancia por estimarse que la situación jurídica en la que encuentran los cedentes y los cesionarios es la propia del comodato y no la de un precario. A lo anterior se añade que el análisis de la pérdida de eficacia del comodato como consecuencia del cese de la convivencia debería decidirse en un juicio declarativo y no en el estrecho margen de un desahucio por precario. En este caso el Tribunal Supremo utilizando similares justificaciones a las de la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*) también hace suya la calificación de la Audiencia y estima que la relación en cuya virtud se cedió la vivienda gratuitamente al hijo del propietario y a su esposa era el comodato. En cambio, a diferencia de la sentencia de la Audiencia se estima que como consecuencia de ruptura de la convivencia por la separación conyugal el inicial comodato se transforma en precario. Asimismo, se estima que tras la ruptura de la convivencia conyugal el elemento caracterizador del comodato como es el uso concreto y determinado ha desaparecido. En consecuencia, a la demandada ya no se le puede seguir reconociendo un título capaz de enervar la acción de desahucio. Desde la ruptura conyugal el que posee el inmueble lo está haciendo en situación de precarista "que es la que en cualquier

69 En toda una serie de sentencias el Tribunal Supremo mantiene, sin cuestionarla, la calificación de comodato de la inicial relación jurídica existente entre cedente y cesionario efectuada por los tribunales inferiores, para a continuación aplicar la tesis de que la ruptura de la relación transforma el comodato en precario y que esta nueva calificación permite que el propietario pueda ejercer la acción de desahucio por precario o en algunos supuestos la acción reivindicatoria. Así sucede con las SSTs 14 octubre 2014 (*Tol 4525358*), 13 febrero 2014 (*Tol 4118977*), 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*), 2 octubre 2008 (*Tol 1378500*), 29 octubre 2008 (*Tol 1396318*). Asimismo, el Tribunal Supremo mantiene la calificación de precario que realizan aquellos tribunales y que no se verá afectada por la ruptura conyugal. Este es el caso de las STS 11 junio 2012 (*Tol 2645805*), (Pleno) 18 enero 2010 (*Tol 1793037*), (Pleno) 14 enero 2010 (*Tol 1840576*), 22 octubre 2009 (*Tol 1641343*), 14 noviembre 2008 (*Tol 1432560*), 30 octubre 2008 (*Tol 1396292*) y 30 octubre 2008 (*Tol 1401724*).

70 Sentencia comentada por MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit., pp. 677-694.

caso se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida". También se reitera en esta sentencia que la "situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble". Asimismo, manifiesta el Tribunal Supremo que al reiterar los criterios jurisprudenciales fijados en la STS 26 diciembre 2005 (Tol 795335) se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales. En consecuencia, se confirma la sentencia de instancia y se declara haber lugar al desahucio por precario. Además, se fija como doctrina jurisprudencial que "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".

Por parte de la doctrina se han realizado varias observaciones críticas a la STS 2 octubre 2008 (Tol 1378500) que entendemos perfectamente aplicables a su precedente, la STS 26 diciembre 2005 (Tol 795335)⁷¹: en primer lugar, ninguna de ambas sentencias expone con claridad las razones por las que cesa el uso de la vivienda, lo que sucede cuando se rompe la convivencia y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario se transforma en la de un precarista. De modo que, aunque la inicial cesión de la vivienda realmente pudiera calificarse como comodato por concurrir todos sus requisitos, este elemento caracterizador desaparece al romperse la convivencia conyugal. Sin embargo, en la STS (Pleno) 18 enero 2010 (Tol 1793037) es posible encontrar una respuesta a esta cuestión cuando estima que si se ha cedido la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato -entendemos que de comodato- cuando se atribuye la vivienda al cónyuge no contratante este no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario "porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC)⁷². La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante [...]" con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en

71 Así se manifiesta MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit., pag. 7.

72 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso", cit., pp. 3421, entienden que el inicial comodato queda transformado en un simple precario porque tras la sentencia de adjudicación al cónyuge que no es hijo del cesionario ha quedado concluido el uso para el que se prestó la vivienda.

nuestra (FD 7º.1ª)⁷³. De ahí que en nuestra opinión esta situación de precario como consecuencia de la transformación es una situación fáctica, tal como sucede con el arrendatario cuando se extingue el contrato de arrendamiento y no una relación jurídica contractual de precario (comodato-precario). No obstante, también se ha dicho que la voluntad de los propietarios al ceder la vivienda de forma gratuita fue para que el hijo conviviese con su pareja o esposa de manera estable en el tiempo, de modo que la crisis matrimonial determina que aquel interés se extinga y en consecuencia desaparece el uso para el que se cedió la vivienda⁷⁴.

En segundo lugar, en la doctrina tampoco se termina de comprender porqué ambas resoluciones no consideran la cesión gratuita como un precario desde el inicio [nuestro primer nivel] a los efectos de evitar todos los dilemas que provoca cuando se considera que el precario a partir de la ruptura de la convivencia⁷⁵. Se entiende que esto es así porque el hecho de que el inicial comodato se transforme en precario por la ruptura de la convivencia no termina de ser compatible con la repetida afirmación de la jurisprudencia desde la STS 31diciembre 1994 de que “la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y solo proteger el que la familia ya tenía”. En nuestra opinión, ya se tendría que haber calificado dentro del primer nivel, es decir desde inicio la relación inicial como precario la sentencia de atribución del uso de la vivienda también lo habría transformado de precario-comodato de origen contractual a una situación de precario de facto. Así pues, entendemos que no se ha generado un nuevo derecho.

Tras la fijación de doctrina efectuada por la STS 2 octubre 2008 (*Tol 1378500*) empiezan a dictarse toda una serie de sentencias que la siguen fielmente y que incluso la reproducen⁷⁶. En la inmensa mayoría de ellas se estima la acción de desahucio por precario o reivindicatoria ejercitada por el propietario de una vivienda que la había cedido a su hijo y a su esposa (o pareja de hecho) para servir de domicilio familiar. En estas sentencias la atribución del uso y disfrute

73 De igual modo se pronuncia la STS (Pleno) 14 enero 2010 (*Tol 1840576*) en su FD 3º al decir que “que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial”.

74 MORENO NAVARRETE, M.A.: “Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, p. 10 (en el formato insignis.aranzadigital.es/).

75 Para COSTAS RODAL, L.: “Recuperación”, cit., pp. 7 y 8 discrepa de estas sentencias en las que las situaciones de comodato se transforman en precario. Se trata de situaciones en las que la calificación de la relación jurídica previe debía de haber sido la de precario puesto que no concurren las circunstancias para calificarlo como comodato. Destinar una vivienda para que se resida en ella con carácter habitual no puede considerarse un uso específico, sino el genérico propio de la cosa según su destino. De modo que no habiéndose pactado ni el uso específico de la cosa pactada ni el plazo de duración supone que está ante una situación de precario ex art. 1750 CC que permite la recuperación a voluntad por el propietario. En consecuencia, en estos casos no es que la crisis matrimonial haya transformado el comodato en precario, sino que aquella relación jurídica ya era un precario ex art. 1750 desde el inicio.

76 MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al art. 1750”, cit.

del inmueble a la ex esposa o ex conviviente en un proceso de separación o divorcio o dentro en un procedimiento de adopción de medidas de guarda y de custodia en el caso de las parejas de hecho ya no será impedimento alguno para que prosperen las acciones recuperatorias del propietario cedente o de los posteriores propietarios que lo son como consecuencia de una herencia o de un proceso de ejecución hipotecaria.

Entendemos que aun a pesar de los esfuerzos del Tribunal Supremo por unificar la doctrina esta labor se ha visto entorpecida por el hecho de que en algunas sentencias no se ha establecido que la inicial relación entre cedente y cesionario era de precario y lo han fiado todo al momento posterior a la crisis matrimonial en las que el comodato muta de condición a la de precario. No parece congruente que en una misma sentencia se diga por una parte que en aquellos casos en los que no se establezca de manera clara la existencia de un contrato de comodato que la figura aplicable será la del precario para a continuación, sin realizar ningún tipo de análisis, mantener la calificación de comodato que se ha efectuado la sentencia de apelación. Se mantiene aquella calificación incluso, cuando en el tribunal inferior se ha utilizado la corriente doctrinal contraria para la que toda cesión de vivienda para ser utilizada como domicilio conyugal lleva implícito un uso específico. Para a continuación, estimarse que el inicial comodato se ha transformado en precario como consecuencia de la crisis familiar y de la sentencia en la que se atribuye la vivienda al conviviente no familiar del propietario concedente⁷⁷. Realmente en la gran mayoría de sentencias se mantiene la calificación que se hizo en primera instancia no sólo en las sentencias en las que el comodato muta a precario sino también en las que la inicial figura apreciada era la de precario⁷⁸. Al utilizar esta técnica que no casa las sentencias de las instancias inferiores por la calificación jurídica realizada sino únicamente por el efecto transformador del comodato a precario por una sentencia dictada en un pleito de familia no se está transmitiendo a los tribunales inferiores que están infringiendo las líneas jurisprudenciales que tantos años ha conestado consolidar.

Todavía será necesarias dos sentencias de las denominadas de Pleno más para terminar de consolidar esta línea jurisprudencial puesto que en este tipo de pleitos siempre van surgiendo cuestiones nuevas sobre las que la jurisprudencia menor tiene pronunciamientos contradictorios. Se trata de las Sentencias de Pleno de 14 y 18 de enero 2010 (*Tol 1840576*) y (*Tol 1793037*). En la primera de ellas, la

77 Así pues, la mayoría de estas sentencias incurren en la misma mala praxis de la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*) consistente en mantener la calificación de comodato efectuada en primera instancia para luego, en virtud de la crisis matrimonial y la correspondiente sentencia de adjudicación del uso de la vivienda en favor del cónyuge que no es familia del cedente transformar el comodato en una situación de precario.

78 Como señala MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit, pp. 677-694, en esas sentencias las calificaciones de los tribunales inferiores son respetadas por el Tribunal Supremo, para luego utilizar como fórmula de estilo "que, con independencia de que se califique como comodato o precario, tras la atribución del uso de la vivienda a la esposa es claro que existe un precario".

STS (de Pleno) de 14 de enero 2010 (*Tol 1840576*) el supuesto de hecho es un tanto enrevesado y se aparta del esquema que viene siendo habitual en este tipo de pleitos. La demandada y su marido vendieron la casa en la que vivían a una inmobiliaria. A pesar de la venta continúan usándola como el hogar conyugal, puesto que los propietarios de la inmobiliaria eran n los hijos del matrimonio. Unos años después el matrimonio se separa y por resolución judicial se adjudica el uso de la vivienda a la esposa. Posteriormente la inmobiliaria vende a la casa a unos terceros que reclaman la restitución de la posesión (junto con la inmobiliaria) mediante una acción reivindicatoria. En primera instancia se desestima la demanda por entender que la demandada cuenta con un título suficiente para ocupar la vivienda y que se deriva de la sentencia de separación. Por el contrario, en la segunda instancia se estima el recurso y la acción reivindicatoria puesto que se entiende que la ocupación lo es solo a título de precario y que la sentencia de adjudicación no puede alterar el título en cuya virtud se ocupaba la vivienda familiar. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la inicial demandada, para lo cual parte del hecho de que cuando se dicta la sentencia de separación adjudicando a la esposa el uso de la vivienda el inmueble ya había sido vendido mediante un contrato en el que además habían intervenido ambos cónyuges. En consecuencia, la permanencia de la demanda en la vivienda no se debe sino al ánimo de liberalidad de empresa compradora.

En el FD3 tras analizarse el art. 96 CC se establece que “ee la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que 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 ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)⁷⁹. 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) [...] los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso

79 La naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar ex art. 96 CC como un derecho de carácter familiar y no de naturaleza real está plenamente consolidado en la jurisprudencia. Así las, SSTS STS 6 febrero 2018 (*Tol 6509285*), 6 marzo 2015 (*Tol 4786486*), 18 marzo 2011 (*Tol 2089131*), 22 noviembre 2010 (*Tol 2003527*), 11 noviembre 2010 (*Tol 2003510*), (Pleno) 18 enero 2010 (*Tol 1793033*), (Pleno) 14 enero 2010 (*Tol 1840576*), 31 diciembre 1994 (*Tol 1741583*).

a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista". Como ya hemos avanzado, nos basamos en esta argumentación para afirmar que este precario en el que se ha transformado el inicial comodato, es un precario fáctico tal como sucede en aquellos casos en los que existiendo un inicial título que legitimaba el uso de la vivienda este ha perdido validez.

La cuestión de la oponibilidad del derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario en ocasiones induce a confusión. Este derecho aun a pesar de no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad es oponible a cualquier tercer adquirente, cuando recae sobre una vivienda que es propiedad exclusiva del otro cónyuge o pertenece en común a ambos, siempre que no esté protegido por el art. 34 LPH, cuando el otro cónyuge le haya vendido la vivienda cuando esta sea sólo de su propiedad exclusiva. Asimismo, es un derecho oponible al tercer adquirente en subasta pública de la vivienda común cuando aquella haya tenido lugar como consecuencia de la acción de división de la cosa común sin haber habido acuerdo de los dos cónyuges⁸⁰.

80 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso", cit., pp. 3412, 3413 y 314, estiman que en el supuesto de la aplicación del art. 96 I cuando la vivienda es común o pertenece al cónyuge no adjudicatario el derecho de uso adjudicado al cónyuge tiene naturaleza real. Se trata de un derecho de disfrute sobre cosa, total o parcialmente ajena. Sin embargo, no es posible mantener su condición de derecho real cuando la vivienda no es propiedad de uno o de ambos cónyuges, como sucede cuando aquella se ocupa a título de precario o de arrendamiento. En estos casos no es admisible que la resolución judicial genere un derecho real oponible a terceros y por lo tanto también al propietario del inmueble (comodante o arrendador, quedando a salvo en el caso del arrendamiento el derecho subrogación del cónyuge en los términos previstos por el art. 15.2 LAU). Todos estos razonamientos se basan en que el derecho de uso no se crea directamente por la sentencia, sino que presupone una realidad jurídica previa sobre la que se proyecta, de ahí que el derecho de uso adjudicado por el juez en ocasiones será real y en otras no dependiendo de la situación anterior a la crisis familiar. NASARRE AZNAR, S.: "Comentario a la SENTENCIA de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445). Entrega de la posesión de un inmueble que había sido vivienda familiar al adjudicatario: procedencia. Hipoteca de bien privativo del marido, donde se constituyó la vivienda familiar, consentida por la mujer: atribución del uso a la mujer e hijas en sentencia de separación: adjudicación a tercero de la vivienda en procedimiento hipotecario: no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas: inaplicación del art. 669.2 LECiv/2000 al ser el derecho de uso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.87/2011, p. 4, estima que difícilmente puede el art. 96 CC ser considerado como un derecho real cuando este derecho de uso de la vivienda familiar, determinado por sentencia en ocasiones puede recaer sobre un precario. Asimismo, estima que este derecho de uso sí que supone una limitación al poder de disposición del ex cónyuge cuando es el titular de la vivienda.

En el caso de la STS (Pleno) 18 enero 2010 (*Tol* 1793037) la demandante, que es la copropietaria de la mitad de una vivienda, interpone una acción desahucio por precario contra la mujer de su hermano que es el otro copropietario del inmueble. La demanda se interpone una vez que a la demandada se le adjudicó en sentencia de separación la vivienda familiar. En la primera instancia, se desestima el desahucio por precario porque la titularidad de la actora era compartida con el marido de la demandada de modo que se estima que el título originario no era solo la concesión graciosa de la actora sino esencialmente la copropiedad. En la segunda instancia se estima el recurso apelación y el desahucio por precario al estimarse que la sentencia dictada en un proceso de familia no crea un título *erga omnes* que sí que hubiera sido posible en el caso de que el marido hubiera sido el dueño exclusivo de la vivienda. El Alto Tribunal estima la existencia del precario aun a pesar de que el marido ya era copropietario de la vivienda antes de contraer matrimonio. Para ello aplica la ya consolidada doctrina que estima que “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para 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”. No obstante, el tribunal estima que en ese caso concurre una cuestión más compleja como es “la cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos”.

El Alto Tribunal, antes de pronunciarse sobre esa “cuestión compleja” trae a colación otras cuestiones relacionadas con este tipo de pleitos respecto de las cuales ya existía jurisprudencia consolidada. Así pues, nuevamente se reafirma la tesis de que “el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real”. Asimismo, clarifica el confuso concepto de la oponibilidad del derecho de atribución de la vivienda frente a terceros. Para ello se distingue entre tres diferentes situaciones que van a producir diferentes maneras diferentes de operar la oponibilidad frente a terceros. Así se distingue entre tres situaciones de la vivienda frente a terceros: 1º) Cuando la vivienda es propiedad de uno de los cónyuges o de los dos el cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda tiene un derecho oponible frente a los terceros que le hayan comprado la vivienda al propietario único o en la subasta consiguiente a la acción de división. 2º) Cuando la vivienda es propiedad de terceros que en su día cedieron el uso a uno de los cónyuges mediante un contrato (como un arrendamiento) el cónyuge no contratante, al que se judicialmente se le ha atribuido el uso de la vivienda, no puede subrogarse automáticamente en los derechos del cónyuge contratante. Cuestión diferente es que el art. 15 LAU permita la subrogación cumpliendo una serie de requisitos que en el se establecen. 3º) Cuando la vivienda es propiedad de terceros que han cedido el inmueble por razón del matrimonio,

salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. En este tercer supuesto es cuando Tribunal Supremo dice que “debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios”. Así pues, reitera la solución que ha venido manteniendo la jurisprudencia desde la STS 26 diciembre 2005. A continuación, en esta resolución se hace alusión a la también consolidada línea jurisprudencial para la que en las cesiones gratuitas de vivienda una vez que se atribuye el uso al otro cónyuge “el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio”. Finalmente, se establece que “la regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

Una vez que en la sentencia se ha dejado por sentada la continuidad de las anteriores líneas jurisprudenciales se entra en el análisis de la cuestión compleja. Para ello se parte del art. 445 CC que establece que “la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión”. Se establece que la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda por sí misma, pero puede también ceder su derecho para una finalidad concreta, en este caso para que su hermano la utilizar como vivienda familiar, “de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad”. Matiza la sentencia que la actora cuando presenta la demanda, aunque es copropietaria no es coposedora puesto que ella en su día cedió la posesión a su hermano. En consecuencia, del art. 445 CC no cabe deducir que siempre que exista condominio está concurriendo una coposesión. De modo que, aunque “la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor”. En consecuencia, se desestima el recurso de casación, en base a dos conclusiones: 1º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario. 2º La demandante está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad.

No obstante, en esta sentencia se formula un voto particular por varios magistrados para los que no existe un precario puesto que el título de la esposa se basa en el título de propiedad de esposo, copropiedad compartida con su hermana con la que acordaron que el uso sería del matrimonio. En la doctrina también se ha criticado esta sentencia⁸¹.

Con estas dos sentencias de Pleno queda perfectamente perfilado lo que podríamos denominar el núcleo duro de este tipo de procesos, sin perjuicio, de que en otras sentencias posteriores se haya ido entrando en el análisis de otras cuestiones complejas. Realmente más que complejas, por utilizar la terminología de la jurisprudencia recaída en materia de desahucio por precario antes de la entrada en vigor de la LEC, se trataría de cuestiones secundarias por apartarse del perfil habitual de este tipo de procesos⁸². Así se trataría de las cuestiones de la atribución al cónyuge custodio de una vivienda alternativa a la familiar para evitar un posible desahucio por precario cuando aquella no pertenece a los cónyuges sino a terceros⁸³. Otra cuestión sería el del reconocimiento al adquirente de una vivienda en subasta judicial tras un proceso de ejecución hipotecaria por impago de la hipoteca puede interponer un desahucio por precario contra los ex propietarios. Lo que incluye a la esposa a la que por resolución judicial en un proceso de familia, tras la sentencia de divorcio o separación se le haya adjudicado el uso de la vivienda⁸⁴.

-
- 81 MARIN VELARDE, A.: "Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010", *Revista de Derecho Patrimonial num.25/2010*, pp. 285-293. Estima que en el caso enjuiciado no existe precario porque la posesión que hay que tener en cuenta para el ejercicio de la acción de desahucio por precario es la de los cónyuges previa a la atribución del uso a uno de ellos. Por otro lado, es de la opinión que no cabe hablar de precario ni durante el matrimonio ni después de la sentencia de separación. Durante el matrimonio el derecho a poseer del cónyuge copropietario tiene su origen en su situación de condómino y el de la esposa es de carácter legal derivado del vínculo matrimonial existente y del carácter de domicilio familiar del inmueble. En consecuencia, no procede el ejercicio de la acción de desahucio por precario porque la esposa no está usando la casa como precarista. Por otro lado, la atribución judicial del uso de la vivienda a la esposa afecta al esposo copropietario privándole de la facultad de disponer sobre su uso sobre la cosa mientras dure la posesión de la esposa. De ahí que no sea posible modificar el pacto posesorio entre los comuneros habida cuenta que el hermano y esposo tiene limitada esta facultad en virtud de la sentencia de separación. De modo que si bien la copropietaria está legitimada para interponer acciones recuperatorias de la posesión sobre la vivienda, sin embargo no puede utilizar el desahucio por precario porque la demandada posee como consecuencia del título de copropiedad del esposo.
- 82 Vid. ARNAU MOYA, F.: "Las cuestiones complejas en los desahucios por precario en las cesiones gratuitas de vivienda a familiares", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 39, año 2022, pp. 71-102".
- 83 Se reconoce esa posibilidad en las SSTS 24 mayo 2021 (*Tol 8454612*), 15 julio 2015 (*Tol 5212102*), 3 diciembre 2013 (*Tol 4035486*), 5 noviembre 2012 (*Tol 2675572*) y 29 marzo 2011 (*Tol 2098863*).
- 84 En este sentido las SSTS 25 octubre 2021 (*Tol 8634355*), 7 julio 2021 (*Tol 8510326*) se reconoce que el adquirente de una vivienda en subasta judicial tras un proceso de ejecución hipotecaria por impago de la hipoteca puede interponer un desahucio por precario contra los expropietarios. En el caso de la STS 6 febrero 2018 (*Tol 6509285*) el marido interpone una acción de desahucio por precario contra su expareja de hecho e hija. El cónyuge había adquirido en una subasta de liquidación de bienes gananciales posteriormente a la adjudicación la vivienda hogar común. En la STS 22 noviembre 2010 (*Tol 2003527*) se ejecuta hipoteca de la vivienda matrimonial y los padres el marido se quedan la casa en subasta pública y posteriormente se interpondrá un desahucio por precario. De modo similar sucede con la STS 8 octubre 2010 (*Tol 1972276*).

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L.: "Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009 (RJ 2009, 2895)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 24, 2010, pp. 255-267.

ANDERSON, M.: "Sentencia de 18 de marzo de 2008: Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho del uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 78, 2008, pp. 1419-1438.

ARNAU MOYA, F.: "Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 319.

- "Las cuestiones complejas en los desahucios por precario en las cesiones gratuitas de vivienda a familiares", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 39, año 2022, pp. 71-102". Disponible en: https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/R0039_0010_05.pdf Consultado: 15-07-2022.

BELLO JANEIRO, D.: "El precario", *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil*, núm. 1, 1995, pp. 219-259. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 14-05-2022.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La liquidación del estado posesorio del poseedor de mala fe: los frutos y gastos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021 (JUR 2021, 341405)", *Revista de Derecho Patrimonial*, num. 57/2022. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 15-05-2022.

- "La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, núm. 790, pp. 1082 a 1153.

BLANDINO GARRIDO, M.A.: "Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1341)", *Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 34, 2014, pp.399-412. Disponible en: Consultado: 20-05-2022.Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 14-04-2022.Revista

COSTAS RODAL, L.: “Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.5/2010, pp. 23-32. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 15-04-2022.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- “1. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 36-63.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “Comentario a los artículos 1741 a 1755 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil*, t. II (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1604 a 1631.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 91, núm. 752, 2015, pp. 3387-3466.

- “Prólogo”, en *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25-32.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II (tomo I), *El contrato en general. La relación obligatoria*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

- *Sistema de Derecho civil*, vol. II tomo II). *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: “Comentario del art. 1750”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII (dir. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11953- 11965.

GARCÍA PÉREZ, R. M.: “El contrato de préstamo”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO), 11ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 399-426.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “Los contratos de préstamo”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. SÁNCHEZ CALERO), ed. 9ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 337 -365.

ESPIAU ESPIAU, S.: "Comentario a la STS 31 diciembre 1994. Atribución judicial del uso de la vivienda familiar. Cesión en precario. Disposición de la vivienda. Oponibilidad a terceros", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 38, 1995, pp. 667-675.

IZQUIERDO BLANCO, P.: "El juicio verbal de desahucio por precario", en: AA.VV.: *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas* (dir. P. IZQUIERDO BLANCO y J. PICÓ I JUNOY), 2ª ed., Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2018, pp. 69-128.

MANTECA VALDELANDE, V.: "Cuando desaparece la causa del comodato el poseedor se convierte en precarista", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.768/2008.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentario a la Sentencia del TS de 2 de octubre de 2008", *CCJC* núm. 80, 2009, pp. 677-694. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 15-05-2022.

MARÍN LÓPEZ, J.J.: "Comentario al art. 1750 del CC", *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado: 31 de marzo de 2021.

MARÍN VELARDE, A.: "Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010", *Revista de Derecho Patrimonial*, num.25/2010, pp. 285-293.

- "La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex art. 96 del CC. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010", *Revista de Derecho Patrimonial*, num.26/2011, pp. 363-369.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "22. El préstamo y los contratos de financiación" en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Colex, Madrid, 2000, pp. 675-694.

MORENO NAVARRETE, M.A.: "Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, pp.463-476. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 13-05-2022.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: "La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho", *Indret* 4/2015, p. 2.

MURILLAS ESCUDERO, J.M.: "Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o Comodato?", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales Aranzadi*, núm.11/2007.

NASARRE AZNAR, S.: "Comentario a la SENTENCIA de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445). Entrega de la posesión de un inmueble que había sido vivienda familiar al adjudicatario: procedencia. Hipoteca de bien privativo del marido, donde se constituyó la vivienda familiar, consentida por la mujer: atribución del uso a la mujer e hijas en sentencia de separación: adjudicación a tercero de la vivienda en procedimiento hipotecario: no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas: inaplicación del art. 669.2 LECiv/2000 al ser el derecho de uso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011.

RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: "40. La pretendida naturaleza contractual del precario: diferencias con el contrato de comodato", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. J.R. DE VERDA, coord. A. CARRIÓN VIDAL y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 915 a 934.

RAMS ALBESA, J.J.: "Comentario a la STS 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 30, 1992, pp. 1075-1082.

RUBIO TORRANO, E.: "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2010.

