

## 1.2. Derecho de Familia

### La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato

### *The attribution of the use of the house belonging to a third party: precarious or commodatum*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.*

**RESUMEN.** La atribución del uso de la vivienda representa una medida que se puede adoptar en convenio regulador o en un proceso contencioso de nulidad, separación o divorcio. Son diversos los criterios que el artículo 96 del Código Civil establece para aplicar tal medida, cuya regulación ha sido recientemente modificada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Por otra parte, un supuesto frecuente que se plantea ante los tribunales y causa conflictividad es el uso de la vivienda cedida por los padres de uno de los miembros de una pareja (matrimonial o no) cuando este se rompe. La cesión del uso del inmueble se hace a título gratuito, sin establecer plazo de duración ni uso específico, pero con el fin que sirva de hogar al hijo y a su cónyuge e hijos. Tras la crisis matrimonial o de pareja la sentencia puede adjudicar el uso de la vivienda familiar a la pareja del hijo del titular de la vivienda, planteándose si esta situación es de precario o comodato. Siendo la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia a favor de la primera situación posesoria descrita, ejercitándose por su titular una acción de desahucio por precario o una acción reivindicatoria para recuperar la vivienda. A las cuestiones descritas sobre el uso de la vivienda, se dedica el presente estudio.

**ABSTRACT.** *The attribution of the use of the home represents a measure that can be adopted in a regulatory agreement or in a contentious process of nullity, separation or divorce. There are various criteria that article 96 of the Civil Code establishes to apply such a measure, the regulation of which has been recently modified by Law 8/2021, of June 2. On the other hand, a frequent assumption that arises before the courts and causes conflict is the use of the home given by the parents of one of the members of a couple (marital or not) when it breaks down. The transfer of the use of the property is made free of charge, without establishing a period of duration or specific use, but with the purpose that it serves as a home for the child and their spouse and children. After the marriage or couple crisis, the sentence may award the use of the family home to the partner of the home owner's child, considering whether this situation is precarious or commodatum. Being the majority position of the doctrine and jurisprudence in favor of the first described possession situation, being exercised by its owner an action and eviction for precari-*

*ous or a claim action to recover the home. This study is dedicated to the questions described about the use of the home.*

**PALABRAS CLAVE:** Crisis matrimonial o de pareja. Vivienda familiar. Atribución del uso. Precario. Comodato. Desahucio.

**KEY WORDS:** *Marital or couple crisis. Family home. Attribution of use. Precarious. Commodatum. Eviction.*

**SUMARIO.** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD. 2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS. 3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS. 4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA. 5. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO MAYOR DE EDAD. 6. LA ATRIBUCIÓN DEL USO AL HIJO MAYOR DE EDAD DISCAPACITADO. 7. RESPECTO A ESTA POSIBILIDAD QUE EN LA VIVIENDA VIVAN HIJOS DE RELACIONES DIFERENTES —FAMILIAS RECONSTRUIDAS—.—IV. CESIÓN DE LA VIVIENDA TITULARIDAD DE UN TERCERO. PRECARIO O PRÉSTAMO DE USO O COMODATO. 1. CONTRATO DE COMODATO. A) *Concepto y caracteres.* B) *Régimen jurídico.* C) *Contenido.* a) Posición del comodatario. b) Posición del comodante. D) *Riesgos.* E) *Extinción.* 2. PRECARIO. 3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA PERTENECIENTE A UN TERCERO TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA: PRECARIO O COMODATO.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

En convenio regulador formando parte de su contenido o en un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio como medida definitiva, se acordará por las partes, o se fijará por el juez en sustitución de la ya establecida previamente o, en fin, se adoptará *ex novo*, todo lo relativo a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación<sup>1</sup>. Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor la deja en manos de la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación»<sup>2</sup>. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»<sup>3</sup>. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia

(hijos). Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»<sup>4</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996<sup>5</sup> conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Desde esta perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar<sup>6</sup>; se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas, y no por contratos que la establezcan y la regulen»<sup>7</sup>.

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no solo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues, en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquirente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes»<sup>8</sup>.

A esta falta de definición, hay que añadir que, nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar; en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Antes esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 CC)<sup>9</sup>. Para LASARTE ÁLVAREZ resulta llamativa acudir a la decisión judicial, pues, ello «presupone discrepancias matrimoniales de tal

índole que, en términos reales, implican verdaderamente la ruptura o quiebra de la convivencia matrimonial (o de hecho)<sup>10</sup>.

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar<sup>11</sup>, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible<sup>12</sup>; o, en fin, el espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. 2) Debe ser un lugar habitable. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»<sup>13</sup>. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo<sup>14</sup>.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad; de un derecho real que atribuya su uso; de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento; por cesión de forma gratuita y sin título concreto tolerada por un tercero titular de la misma; o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familiar en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que, corresponde a la familia matrimonial<sup>15</sup>. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho<sup>16</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (art. 108 del Código Civil y 14 de la Constitución española)<sup>17</sup>. De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis* «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa»<sup>18</sup>; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección<sup>19</sup>.

Asimismo, la propiedad de la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges, en *pro indiviso* o como bien ganancial, o a uno solo de ellos o, a un tercero o compartida por el cónyuge o cónyuges con un tercero o, en fin, puede que la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se atribuya a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas<sup>20</sup>. En este supuesto, como en el caso de cotitularidad en *pro indiviso*, la atribución judicial del derecho de uso no afecta al tercero copropietario o a cada uno de los propietarios individualmente y, en consecuencia, no le impiden el ejercicio de sus derechos, tanto en lo relativo a la posesión de la finca, como en el ejercicio de la acción de división de la cosa común.

Esta facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: a) El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe consagrada en el artículo 7 del Código Civil; b) No podrá exigirse la división de la cosa común, cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400.2)<sup>21</sup>. Para que sea válido el pacto de indivisión, se exige que el mismo sea por tiempo determinado y no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no solo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer esta a los demás copropietarios<sup>22</sup>. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (art. 402 CC).

En este contexto, cabe plantearse si la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El criterio mayoritario es que no le afecta<sup>23</sup>. Así es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros con la subsistencia de tal derecho de uso<sup>24</sup>. El adquirente del bien tenga o no lugar la adquisición en pública subasta, debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder, se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.3 del Código Civil; y, asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho, —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así las sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010<sup>25</sup> y de 18 de enero de 2010<sup>26</sup> sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la Sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2012<sup>27</sup>, que, además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su *ex* marido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquel, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Tal consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, y al que nos sumamos<sup>28</sup>. La eventual venta de la finca en pública subasta debe garantizar la subsistencia de esta medida, que solo puede ser modificada por decisión judicial en un procedimiento de modificación de medidas o por voluntad de los interesados.

Ahora bien, cabe preguntarse si podemos trasladar lo expuesto, a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso.

Sobre tales bases, procede ahora plantearse si subsiste el uso de la vivienda ante la venta o la acción de división realizada por un tercero extraño —cotitular de la vivienda—. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o, ejercitar la acción de división de la cosa común, se extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en el mismo. Lo cierto es que, no se le

puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»<sup>29</sup>.

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que, palie tal pérdida.

Por otra parte, es posible que la vivienda familiar sea arrendada y al respecto conviene recordar que, se proclama como doctrina jurisprudencial que, el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales<sup>30</sup>. En todo caso, si la vivienda se atribuye al cónyuge no arrendatario, el artículo 15 de la LAU prevé que, en los casos de nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuido el uso de la vivienda familiar. Si bien, la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda, debe ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañada de copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda<sup>31</sup>. Si el cónyuge no realiza la notificación, sigue conservando el derecho a usar de la vivienda arrendada, pero gozará de menor protección, si el arrendador ejercita su derecho a resolver el contrato de arrendamiento. De todas formas, la atribución del uso determina una subrogación del cónyuge usuario en la posición de arrendatario.

Si la vivienda ha sido arrendada a ambos cónyuges, no es obligatoria la notificación, aunque parece que, sería conveniente comunicar al arrendador la atribución del uso a uno de los cónyuges. De todas formas, no hay ningún problema, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario<sup>32</sup>.

Asimismo, un supuesto planteado no infrecuente en la realidad social española, es aquel en el que, producida la ruptura de un matrimonio o de una pareja y atribuida judicialmente el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor custodio, este rehace su vida y comenzar a convivir maritalmente con un tercero en el inmueble que, constituye la vivienda familiar. Consecuencia de ello, la familia monoparental constituida por el progenitor guardador o custodio y los hijos menores de edad confiados a su custodia o guarda forman un nuevo núcleo familiar o, lo que se conoce como una nueva familia reconstituida; pues, en ocasiones también se incorporan a esta nueva familia los hijos del nuevo cónyuge o conviviente que este tiene de una anterior relación, bien de forma permanente porque aquel tiene también atribuida la guarda y custodia, o bien, de forma ocasional, al tener solo un derecho de visitas —fin de semana o periodos vacacionales—; o, incluso, nace hijos de esta nueva relación.

En estos casos, cabe plantear qué efectos puede tener sobre el derecho de uso atribuido la circunstancia sobrevenida que, el progenitor o cónyuge usuario y custodio conviva con una tercera persona, determinando una modificación de lo que constituía la familia sobre la que se concretó el uso, con independencia que la vivienda familiar sea propiedad de ambos cónyuges o, que pertenezcan privativamente al cónyuge no custodio. A lo que se debe añadir el consiguiente aprovechamiento o beneficio por parte de ese tercero del uso de la vivienda, y además el hecho que, el cónyuge no usuario, en la mayoría de los casos, asume el pago de los gastos relativos a la propiedad o hipotecarios en exclusiva, además de los suyos propios; lo que le puede generar importantes problemas económicos, que pueden derivar, incluso, en una situación de penuria económica.

La doctrina y la jurisprudencia hasta ahora hay que decir no tienen una respuesta unánime a la problemática descrita, y fruto de ello son las diferentes posturas existentes. Así, para una parte, se entiende que, la respuesta a esta situación es la extinción del derecho de uso por desaparición del núcleo familiar sobre el que se basó la atribución del uso de la vivienda y esta deja de tener el carácter familiar inicial sobre el que se fijó el derecho de uso<sup>33</sup>; para otra, en cambio, tal circunstancia sobrevenida no afecta a la medida de atribución del uso de la vivienda, pues, no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, por lo que la convivencia marital del titular del derecho de uso con un tercero en la vivienda familiar no puede suponer una modificación o extinción del derecho de uso<sup>34</sup>. Lo que no impide que, tal nueva circunstancia convivencial permita, sin embargo, sustentar la modificación de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos a favor de los hijos o la pensión compensatoria del conviviente con un tercero<sup>35</sup>, o una compensación económica al cónyuge no usuario por tal convivencia marital<sup>36</sup>; o en fin, no faltan quienes entienden que, la situación creada se resuelve con la exigencia de una previa liquidación de la sociedad de gananciales en caso de vivienda ganancial, o la división del patrimonio común en el supuesto que, la vivienda pertenezca a ambos cónyuges en *pro indiviso* (art. 400 CC).

De las tres opciones expuestas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por la primera, en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018 así en la posible colisión de intereses entre el cónyuge titular o cotitular de la vivienda no usuario y el cónyuge usuario que ha iniciado una nueva relación; sin obviar el interés superior de los hijos menores de edad que, conviven con el cónyuge usuario, ha considerado que, el derecho de uso se extingue cuando este constituye un nuevo núcleo familiar con el tercero con el que convive, perdiendo por ello la vivienda el carácter familiar inicial «por servir su uso a una familia distinta y diferente». De forma que, lo que, inicialmente, constituyó la base que, determinó la fijación de tal medida; ahora la convivencia marital con un tercero constituye causa de extinción del derecho de uso<sup>37</sup>.

Por otra parte, cabe referirse al supuesto en que la vivienda es propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario— y salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar; adelantamos que, de forma mayoritaria, se entiende que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precarista el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma<sup>38</sup>. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que esta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos<sup>39</sup>.

En fin, el artículo 96.3 del Código Civil —reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio—para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los criterios establecidos en el párrafo 1 y 2 del citado precepto «se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará el adquirente de buena fe». El legislador en este supuesto de disposición de la vivienda familiar opta por reproducir el régimen previsto



en el artículo 1320 del citado cuerpo legal en sede de régimen matrimonial primario. Como novedad es la constancia en el Registro de la Propiedad de la restricción de la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar<sup>40</sup>. Por lo que, con independencia de la titularidad privativa de la vivienda y de los objetos de uso ordinario contenidos en ella, a efecto de actos de disposición sobre la misma se necesitará siempre el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso, autorización judicial.

El presente estudio se va a centrar en el análisis de este último supuesto expuesto. Si bien con carácter previo nos parece oportuno referirnos a la naturaleza de la atribución del uso, a los diferentes criterios relativos al mismos, teniendo presente la modificación de los artículos 90, 91, 92 y 96 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio de 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 y, la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales; para finalizar tratando en profundidad la línea doctrinal y jurisprudencial relativa a si estamos ante una situación de precario o comodato en el supuesto planteado.

## II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Con relación a esta cuestión, la tendencia mayoritaria en la doctrina lo califica de derecho de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda familiar<sup>41</sup>, a lo que se añade por algún autor su indudable contenido patrimonial<sup>42</sup>.

Frente a esta posición hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad<sup>43</sup> o, abogan por su naturaleza personal<sup>44</sup>.

Ahora bien, no faltan posturas intermedias que, como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»<sup>45</sup>; o ELLORIAGA BONIS que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad, y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundo, su oponibilidad *erga omnes* y, acceso al Registro de la Propiedad<sup>46</sup>.

Otros, por su parte, lo consideran una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT, a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres<sup>47</sup>.

Finalmente, hay autores que, optan por calificarlo de derecho *sui generis*. Así, DíEZ-PICAZO afirma que, estamos ante «una situación jurídica original»<sup>48</sup>; o, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno, como precisa ROCA TRIAS<sup>49</sup>.



Este debate tiene, igualmente, reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales, y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado decantándose también por su carácter familiar y no real. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992<sup>50</sup> señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares», o la de 18 de octubre de 1994<sup>51</sup> como derecho real familiar de eficacia total. Por su parte, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal de 2 de abril de 2004<sup>52</sup> y, de 6 de febrero de 2018 manifiestan que, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros<sup>53</sup>. En esta línea, la Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999 lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad<sup>54</sup>.

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 29 de abril de 1994<sup>55</sup>, sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; como un *ius ad rem* con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la Sentencia de este mismo Alto Tribunal de 14 de diciembre de 2004<sup>56</sup>; o en, fin le otorgan una naturaleza «*sui generis*», aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros<sup>57</sup>. En este contexto, no faltan resoluciones que, destacan su naturaleza de derecho personal<sup>58</sup>, o su carácter asistencial<sup>59</sup>, o, para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real<sup>60</sup>.

Por su parte, la Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999<sup>61</sup> manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real; en todo caso, constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario, que produce efectos *erga omnes*. En esta línea, se expresan las Resoluciones de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004<sup>62</sup>; de 19 de enero y 20 de octubre de 2016; de 27 de diciembre de 2017<sup>63</sup>; y 11 de enero de 2018<sup>64</sup> consideran que, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. En fin, también, en este sentido, se ha orientado la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 14 de enero de 2009<sup>65</sup> que, califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Aunque manifestamos nuestra posición favorable a la calificación de derecho de uso como un derecho de carácter familiar y no de un derecho real; asimismo, coincidimos con la posición de aquellos que, consideran que, el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función, precisamente, del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que, cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo,

arrendamiento, precario). De manera que, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que, es factible su condición de derecho personal o de derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que, también lo sea el derecho que, le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

Ahora bien, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad<sup>66</sup> y, por tanto, produce eficacia real, salvo en el caso que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, en cuyo caso, esta eficacia real es relativa, pues, los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución del uso al permanecer inmutables. De este modo, el derecho de uso subsiste cuando la vivienda familiar se enajene a un tercero, siempre y cuando el derecho de uso haya sido anotado en el Registro de la Propiedad con anterioridad, pues, la atribución judicial constituye título legítimo que, justifica el uso incluso frente a los propietarios, que traigan causa del cónyuge titular<sup>67</sup>. Igualmente, resulta oponible el derecho de uso no inscrito frente a los terceros de mala fe, no así frente a los de buena fe en caso de subasta judicial de la finca, donde el adjudicatario del inmueble en subasta adquiere la finca, sin que le afecte el uso concedido a tercero e hijos en sentencia de divorcio<sup>68</sup>. También resulta no oponible al adjudicatario del bien tras la enajenación de este en pública subasta cuando la vivienda privativa del otro ya estaba hipotecada antes de la atribución del uso<sup>69</sup>; o cuando el cónyuge usuario compareció para consentir la hipoteca sobre la vivienda privativa del otro<sup>70</sup>; o, en fin, cuando adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio antes de la atribución de tal uso<sup>71</sup>.

### III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Son diversos los criterios que, se establecen en función de las diferentes situaciones familiares, que pueden tener lugar. Si bien, nos referiremos a ellos de forma sucinta por razones de espacio.

#### 1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD

El artículo 96 del Código Civil ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021. Ciertamente, se sigue considerando prioritaria la protección de los hijos menores de edad. De ahí la importancia del principio de *«favor filii»*, recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 3.1); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.2); la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño;

y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)<sup>72</sup>.

Por tanto, el interés familiar que se ha tenido siempre en cuenta a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de la minoría de edad de los hijos, por entender que el interés de estos es el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC)<sup>73</sup>. Ahora bien, si los hijos son encomendados al cónyuge titular, no se plantean problemas al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge<sup>74</sup>. Pero si el beneficiario del uso no es, precisamente, el titular o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponde respecto de sus hijos, ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 CC) como es la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituye la vivienda familiar<sup>75</sup>. Si bien, esto no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pudiera ser otra distinta de la vivienda familiar<sup>76</sup>.

En este contexto, se comenzó a plantear la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que, se corre de «expropiar» al propietario sin que exista defensa para este<sup>77</sup>. Lo cierto es que, el antiguo artículo 96 del Código Civil no establecía la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trataba de inexistencia de hijos (menores) y se atribuía la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96 no permitía pensar que el derecho de uso fuese indefinido, sino más bien que, no precisaba la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, se entendía que, la duración del derecho de uso estaba en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido siempre de fundamento. Ello llevó a considerar si era posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de abril de 2011<sup>78</sup> considerando que, cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que *«el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (art. 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentes la titularidad sobre dicho bien»*. Y, añade la Sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que *«la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el*

Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil»<sup>79</sup>. Si bien, no faltaban pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años—<sup>80</sup>, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos<sup>81</sup>, o que alcancen independencia económica<sup>82</sup>, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>83</sup> o la venta de la vivienda familiar sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya sea a los fines de lograr en un plazo razonable, que no meramente formal o nominal la efectiva venta del patrimonio privativo; o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común, de tener tal condición la vivienda familiar.

No obstante, se había considerado que, existían dos factores que, eliminaban el rigor de la norma del mencionado antiguo artículo 96.1 cuando no existía acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación<sup>84</sup>; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el artículo 81.1 del Código Civil de Aragón)<sup>85</sup>. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que, tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores, y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que, deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad emocional del menor, y que a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* —si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición —pero que cubra las necesidades de habitación del menor—, sino también con proporcionar una respuesta adecuada a los problemas económicos que, resultan de la separación o del divorcio y que afectan directamente a los padres para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación o domicilio de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

Con la reforma por la citada Ley 8/2021, el apartado 1 del artículo 96 dispone que, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el uso de la vivienda y de los objetos de uso ordinario de ella corresponde a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden; con un criterio, ahora si temporal, hasta que todos alcancen la mayoría de edad.

Una vez, tenga lugar tal circunstancia opera la extinción del derecho de uso. No obstante, para los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica, se atenderá a lo previsto en el ámbito de la regulación de los alimentos

entre parientes; de forma que, las necesidades de habitación forman parte de lo previsto en el artículo 142 del Código Civil.

## 2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS

El artículo 96.1 apartado 4 del Código Civil sigue regulando la posibilidad que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que, permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge; por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso; en cuanto como tal no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar; y resolver la posible situación de conflicto que se plantee, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar —ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda—; número de hijo que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos<sup>86</sup>.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso<sup>87</sup>. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda<sup>88</sup>, o dividirla —si es posible su división material—<sup>89</sup>; o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

## 3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el artículo 96.2 del Código Civil dispone que *«no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda 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»*. Con la reforma se sigue manteniendo el empleo del verbo «podrá» por lo que, se continúa confiriendo a la atribución un carácter discrecional —se deja, precisamente, al arbitrio judicial—. No obstante, se supedita la atribución a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, lo aconsejen las circunstancias del caso. De modo que, para la aplicación de esta medida sigue no resultando suficiente con que exista ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—. El criterio que fija el artículo 96.2 del Código Civil sigue siendo más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al Juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección en lo referente a las medidas definitivas. En todo caso, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe

ser solicitada a instancia de parte; a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar<sup>90</sup>.

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.2 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro<sup>91</sup>. Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar: la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él; las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, su situación de discapacidad, su cualificación profesional; asimismo, si en la que constituía la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla una profesión<sup>92</sup>; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc.<sup>93</sup>. Sobre tales bases, es patente que, en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que harán aconsejable atribuir el uso al interés más necesitado de protección.

Ahora bien, es posible que el juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión que no existe un interés más necesitado de protección; por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que, el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hagan aconsejable que, sea el beneficiario del uso. No obstante, la fijación de tal uso será por el tiempo que prudencialmente el juez considere necesario.

Seguimos en la senda del legislador de la atribución temporal del uso de la vivienda familiar.

#### 4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA

De acuerdo con lo que establece el artículo 92.5 del Código Civil para que el juez acuerde la guarda compartida debe haber acuerdo de los progenitores manifestado en la propuesta de convenio regulador o, cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento. A falta de acuerdo, ante la petición de uno de los cónyuges y en interés de menor, podrá el juez con informe del Ministerio Fiscal, excepcionalmente acordarla (art. 92.8). En todo caso, con el objeto de determinar cuál es el régimen de custodia más idóneo (individual o compartida), el juez tendrá que, recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio<sup>94</sup> y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y especialmente, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (art. 92.6)<sup>95</sup>. También podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados en todo «*lo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*» (art. 92.9)<sup>96</sup>. Además el juez, al acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación deberá «*adoptar las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas*



para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos» (art. 92.10).

En este contexto, señala el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013 que «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienden a relacionarse con ambos progenitores aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»<sup>97</sup>. A lo que añade que, la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores<sup>98</sup>. En todo caso, no se tiene que fijar un régimen de custodia, distribuidos en periodos no homogéneos o un reparto igualitario de tiempos sino lo más equitativo posible<sup>99</sup>, atendiendo siempre al interés superior del menor<sup>100</sup>. Por lo que, no se ha de atribuir cuando cualquiera de los progenitores tiene un horario laboral incompatible como este sistema de custodia; o, los domicilios de los progenitores está en localidades o países diferentes<sup>101</sup>. De tal modo que, la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto. Por lo que, la custodia compartida deberá ser acordada por el juez en aquellos supuestos en los que, valorando las circunstancias del caso, resulte ser la solución idónea para satisfacer el interés de los menores concernidos por la decisión<sup>102</sup>.

Asimismo, indica nuestro Alto Tribunal que «la custodia compartida conlleva la premisa que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita al adopción de actitudes y conducta que beneficien al menor y que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura definitiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia, que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»<sup>103</sup>.

En todo caso, como precisa el artículo 92.7, el ejercicio compartido de la guarda no procede cuando «cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género»<sup>104</sup>. De todas formas, esta circunstancia se debe compatibilizar con la presunción de inocencia y el derecho de defensa que, en este caso, se sustanciara en un procedimiento de familia.

Por otra parte, no se entiende bien la modificación de este precepto operada por la Ley 17/2021, en la que se añade un último párrafo en el que se establece que, tampoco procede la guarda y custodia compartida, cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos al estar ante un medio de controlar o victimizar al cónyuge e hijos víctimas de violencia. Se hace referencia a un nuevo supuesto de violencia vicaria —esto es la que se ejercita sobre animales tanto en el caso de que se causen como se amenace con hacerlo—<sup>105</sup>. Ciertamente, en la atribución de la guarda y custodia compartida como en exclusiva con derecho de visitas, comunicación o estancia se ha de primar siempre el interés del menor. Por lo que, atendiendo al preámbulo de esta Ley, esta circunstancia de maltrato animal o de amenaza de causarlos debe concurrir con una situación de violencia de género o doméstica. O, en el caso de concurrir solo tal maltrato animal o la amenaza de causarlos como medio de controlar o dañar al cónyuge e hijos, será un factor o circunstancia más a tener presente por el juez en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad a uno u otro cónyuge o ambos, y en la adopción de cualquiera de sus modalidades.



De todas formas, el régimen de custodia compartida puede acordarse en un primer momento o con posterioridad en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de las circunstancias<sup>106</sup>.

En este contexto, hay que señalar que, la última reforma del artículo 96 Código Civil no introduce ninguna regla especial en cuanto a la atribución del uso de la vivienda en caso de guarda y custodia compartida<sup>107</sup>.

Las posibilidades siguen siendo: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia<sup>108</sup>; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio<sup>109</sup>. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga el otro progenitor de otra vivienda, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc.<sup>110</sup>; o se atribuye de forma conjunta a ambos<sup>111</sup>; o al padre o a la madre e hijos, mientras vivan con ella<sup>112</sup>; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges o pertenecer a un tercero se aplica análogamente lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 96 que, regula el supuesto de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el juez lo que estime precedente, con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso<sup>113</sup>; c) Que no se realice atribución a ninguno de los progenitores ni a los hijos<sup>114</sup>; d) Se atribuya al cónyuge más necesitado de protección<sup>115</sup>; o e) Se atribuya la vivienda familiar a los menores hasta el momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales<sup>116</sup>.

En todo caso, la falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas<sup>117</sup>.

## 5. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO MAYOR DE EDAD

Como hemos indicado en líneas precedentes, en caso de hijos mayores de edad que, no han alcanzado la independencia económica, la atribución de uso de la vivienda se hará conforme lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (art. 96.1 párrafo 3). Por lo que se admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien cuantificando la cantidad indispensable para la habitación e incluyéndola en la prestación de alimentos, o bien, recibiendo y manteniendo a los propios hijos en la propia vivienda.

En esta línea, se había pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017<sup>118</sup> que, reitera la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de 29 de mayo de 2015, e indica al respecto que, «la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación, que tienen necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés superior de protección, que a partir de entonces justifiquen y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 del Código Civil establece a falta de acuerdo entre los cónyuges». También hace referencia a la Sentencia dictada por la misma Sala de 6 de octubre de 2013 en la que se indica, con referencia a jurisprudencia anterior

que «sin duda el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación». Lo que supone que, a pesar de hacerse dictado ya varias sentencias por el Tribunal Supremo en este sentido, las Audiencias Provinciales continúan utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradiciendo la doctrina de la Sala. Tal doctrina se reitera en la Sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017<sup>119</sup>.

Ahora bien, en la reciente reforma del artículo 96 se prevé el hecho que, el hijo menor esté en situación de discapacidad y que tal situación se mantendrá una vez llegue el hijo a la mayoría de edad. A tal fin, se prevé que el hijo menor de edad y el cónyuge en cuya compañía quede, puedan continuar en el uso de la vivienda tras la mayoría de edad. Si bien, la autoridad judicial habrá de determinar el plazo de duración de este derecho de uso, atendiendo para ello a las circunstancias concurrentes (art. 96.1 último párrafo). Se dispone, pues, una atribución temporal de dicho uso.

## 6. LA ATRIBUCIÓN DEL USO AL HIJO MAYOR DE EDAD DISCAPACITADO

La Ley 8/2021 constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas que pretende incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de apoyos necesarios que una persona con discapacidad puede precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica con la finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomode a los criterios legales y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera<sup>120</sup>.

Con esta reforma se opta por equipararlos a los menores de edad discapacitados, mencionados en líneas precedentes, a los efectos de atribución del uso de la vivienda, cuando se hiciera conveniente su continuación en el uso de la vivienda, por ser también su interés necesitado de protección (art. 96.1 párrafo 2). La situación de discapacidad debe existir al tiempo de la separación, nulidad y divorcio, además, de probar la conveniencia de mantener al hijo discapacitado en la vivienda familiar (entre otras cosas por estar adaptada a su situación) y la voluntad de permanecer en ella por el hijo discapacitado. En todo caso, se conecta la situación de discapacidad con el uso de la vivienda familiar y sin que sea necesario que existan medidas de apoyo acordadas<sup>121</sup>. De todas formas dicho uso resulta efectivo desde el momento de dictarse la sentencia de separación de divorcio y en la misma el juez podrá fijar el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. Como en el caso de los hijos menores discapacitados después de su mayoría de edad.

Nuestro legislador opera en sentido contrario a nuestro Tribunal Supremo que, solo equiparó a los mayores de edad discapacitados a los menores de edad a los efectos de alimentos, pero con respecto a la atribución del uso de la vivienda en ninguna situación. Así, la Sentencia de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017<sup>122</sup> justifica esta no equiparación con los hijos menores de edad en este supuesto sobre los siguientes argumentos: «no se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna.

Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de sus capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad». A lo que añade que «el interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de sus estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume a su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre que la toma de decisiones derivadas del divorcio de sus padres sea asumida por la hija y no por su madre». Por lo que concluye que «una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra cosa distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurrido esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfechos, si no pudiera atenderlos por sí misma mediante la obligación de alimentos de los progenitores».

Para el Tribunal Supremo, en relación con esta medida, no se otorga el uso de la vivienda al hijo mayor de edad discapacitado, al no ser considerado como «interés más necesitado de protección», ni se equipara a los hijos menores de edad que se hallan en similar situación como ahora establece el citado artículo 96.1 párrafo segundo<sup>123</sup>.

En todo caso, en alguna resolución se fija la limitación temporal en la atribución de la vivienda al hijo discapacitado<sup>124</sup>.

## 7. RESPECTO A ESTA POSIBILIDAD QUE EN LA VIVIENDA VIVAN HIJOS DE RELACIONES DIFERENTES —FAMILIAS RECONSTRUIDAS—

No se pronuncia el legislador ni antes, ni ahora aprovechando la reforma del mencionado artículo 96. No obstante, se trata de una situación frecuente en la realidad social actual. La única referencia a esta situación la tenemos en el ámbito jurisprudencial. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2017<sup>125</sup> que «el artículo 96 del Código Civil no contempla la situación

familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que, se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96 es correcta: solo en el caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido un convivencia estable». En esta línea, la Sentencia del citado Alto Tribunal, de 14 de febrero de 2018<sup>126</sup> nos encontramos con que el recurrido tiene dos hijas menores de edad de una relación anterior, de las que ostenta la custodia exclusiva y al tiempo tiene un hijo con la ahora recurrente. Por tanto, no cabe una aplicación automática del artículo 96 del Código Civil, a favor de la recurrente, pues si bien es cierto que, tiene un hijo en común con el Sr. Simón, también lo es que este tiene otras dos hijas menores bajo su custodia, unido a que la vivienda cuestionada es propiedad exclusiva del Sr. Simón y gravada con una hipoteca cuyo importe de amortización mensual asciende a 550 euros, por lo que, considerando igualmente que, los ingresos mensuales del demandado ascienden al importe aproximado de 1500 euros mensuales con prorrata de pagas extras, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar el cuidado y la manutención de sus otras dos hijas menores a su cargo, habida de una anterior relación y sobre las que ejerce la custodia en exclusiva en virtud de Sentencia judicial de fecha de 23 de noviembre de 2012. En definitiva, la convivencia del padre con las dos hijas menores también determina la procedente aplicación de la previsión contenida en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil. En cuanto a la propuesta de «convivencia compartida» de la actora con las hijas del demandado, resulta absolutamente inviable, ya que, en primer término no mantiene relación de parentesco con estas menores que, pueda justificar, por su parte, el ejercicio ordinario de unas funciones de guarda que, le han sido atribuidas a su padre y sobre todo por el manifiesto deterioro de las relaciones personales de la actora con el demandado y sus dos hijas. En consecuencia, teniendo en consideración la limitada capacidad económica del obligado al pago de los alimentos y las cargas familiares, se ha evaluado con ponderación y corrección cual es el interés más necesitado de protección, por lo que se atribuye al padre el uso de la vivienda.

#### IV. CESIÓN DE LA VIVIENDA TITULARIDAD DE UN TERCERO. PRECARIO O PRÉSTAMO DE USO O COMODATO

Como hemos indicado en líneas precedentes, es posible que constante matrimonio o de pareja de hecho se ceda el uso de la vivienda perteneciente a un tercero (padres u otros parientes de uno de los progenitores o conviviente de hecho) y tenga lugar la crisis matrimonial o de pareja y se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente que, no tiene relación de parentesco con los titulares de la vivienda o tenga un derecho de uso sobre la misma (v.gr. usufructuarios). La cuestión es si estamos ante un comodato o una situación de precario y, en consecuencia, pueden o no reclamar los propietarios la vivienda de su propiedad en cualquier momento o solo cuando hay urgente necesidad. Para resolver esta problemática que, adelantamos, se resuelve a favor de la calificación de este supuesto como precario, comenzaremos primero analizando el contrato de comodato o préstamo de uso y el precario, para luego exponer la posición

doctrinal y jurisprudencial existente sobre la materia y, por ende, las posibles soluciones a esta problemática.

## 1. CONTRATO DE COMODATO

### A) *Concepto y caracteres.*

El comodato se define por ALBALADEJO como «el contrato por el cual dos personas acuerdan la entrega por una (comodante) a la otra (comodatario) de una cosa para que la use gratuitamente y la devuelva después»<sup>127</sup>. Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE se entiende el préstamo de uso como «el contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a la otra una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva»<sup>128</sup>. Asimismo, lo conceptúa GARCÍA PÉREZ como el contrato «por el que una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que use de ella por cierto tiempo y luego se la devuelva»<sup>129</sup>.

Se trata de un contrato esencialmente gratuito (art. 1741 CC); por lo que, de existir precio cierto, estaríamos ante un arrendamiento de cosas (art. 1543 CC)<sup>130</sup>, o ante un contrato atípico o innominado, si la contraprestación no consiste en dinero o signo que lo represente, sino en cosas específicas, o en un hecho, como por ejemplo, la entrega de un bien o la prestación de un servicio<sup>131</sup>. Tal carácter no resulta afectado por el hecho que el comodatario asuma la obligación de abonar los gastos ordinarios y necesarios para la conservación de la cosa. Tampoco pierde esta condición, pues, no estamos ante una contraprestación en los supuestos que, indica LÓPEZ MAZA, como son: «a) Cuando el comodatario está obligado a pagar los impuestos que se generan; b) Cuando el uso del bien por parte del comodatario pudiera reportar algún tipo de ventaja o utilidad al comodante, siempre y cuando esta no implique una contraprestación ni la asunción de deberes especiales por el comodatario distintos a los propios de este contrato; c) Cuando el comodante imponga algún tipo de comportamiento al comodatario que quede fuera de la relación contractual y no suponga pago o intercambio por el bien recibido»<sup>132</sup>.

Es, asimismo, un contrato temporal, cuya duración vendrá determinada por lo pactado por las partes contratantes, o la que resulte del uso al que se destina la cosa dada en comodato, de acuerdo con el contrato o con la costumbre del lugar. Si no puede determinarse la duración conforme a estos criterios, el comodante puede reclamar la devolución de la cosa a su voluntad (art. 1750 CC)<sup>133</sup>. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario. Además se trata de un contrato puramente unilateral, pues, solo surgen obligaciones para el comodatario<sup>134</sup>; de un contrato real, puesto que hace falta la entrega, además del acuerdo para su perfección; e informal, pues, se sigue el principio de libertad de forma (arts. 1258 y 1278 CC)<sup>135</sup>.

En todo caso, como señala LACRUZ BERDEJO se presenta el comodato «bien aislado, bien a modo de fase previa a otro contrato, como la cuenta a prueba»<sup>136</sup>.

El comodato es un tipo de préstamo. No obstante, como establecen DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, hay importantes diferencias entre el comodato y el mutuo o simple préstamo: «a) En el mutuo, el prestamista pierde la propiedad de la cosa prestada (quedando el prestatario obligado a devolverle, en su momento, otro tanto de la misma especie y calidad); mientras que, por el contrario, el comodante la conserva, cediendo exclusivamente el uso de la

misma; b) El mutuo puede ser gratuito u oneroso (si así se pacta); sin embargo, en el comodato la gratuidad es esencial (art. 1740.II CC), de modo que, si se acuerda una retribución por el uso del bien, nos encontramos ante un contrato distinto, es decir, ante un arrendamiento de cosas; c) El mutuo es siempre un contrato unilateral, en cambio, el comodato puede devenir bilateral, en el caso que el comodante tenga que abonar los gastos extraordinarios efectuados por el comodatario para reparar vicios de la cosa que no le hubiesen sido comunicados por aquel»<sup>137</sup>.

### *B) Régimen jurídico*

En cuanto a su régimen jurídico:

a. Sujetos. Las partes del contrato son el comodante y comodatario. Comodante es quien cede gratuitamente el uso de la cosa, conservando la propiedad de la cosa prestada; comodatario es quien adquiere dicho uso con la obligación de devolver la cosa; una vez, finalizado el plazo pactado o cumplido el uso para el que se prestó. El comodatario es poseedor en concepto distinto de dueño e inmediato (art. 432 CC). Si bien, no puede adquirir la cosa por usucapión<sup>138</sup>; ni por accesión lo que se une o se incorpora al suelo<sup>139</sup>. Por otra parte, no podrá calificarse como comodato el uso en exclusiva del uso común por uno de los copropietarios o comuneros<sup>140</sup>.

Para celebrar este contrato es suficiente la capacidad general para contratar (art. 1263 CC) del comodante y comodatario y consentimiento libre de cualquier vicio<sup>141</sup>. Además, no es necesario que el comodante tenga el dominio o la propiedad del bien cedido, pues, al tratarse de un préstamo de uso, no traslativo de dominio, basta que con que el comodante sea titular de un derecho de uso que le permita cederlo al comodatario (arrendatario o usufructuario); no así el titular de un derecho de uso o habitación por el carácter personalísimo del título (art. 525 CC)<sup>142</sup>. No obstante, para MARÍN PÉREZ cabe el comodato de cosa ajena, donde el verdadero propietario podrá ejercitar la acción reivindicatoria frente al comodante<sup>143</sup>.

El comodatario adquiere el uso de la cosa, pero no sus frutos (art. 1741 CC) que, serán del propietario y deberá entregarlos a este<sup>144</sup>. No obstante, como precisa ALBALADEJO «pueden pactarse que también haga suyos estos o solo que adquiera el uso de ellos»<sup>145</sup>. Por tanto, el principio de autonomía de la voluntad posibilita que, las partes puedan pactar que el comodatario se apropie de parte de los frutos sin perder por ello el carácter gratuito y que «el comodatario vea incrementada la utilidad que obtiene mediante el uso con posibilidad añadida de beneficiarse de los frutos que se lleguen a producir durante la vigencia del contrato»<sup>146</sup>. Si bien, todo ello no prejuzga que, el uso normal del bien pueda implicar una apropiación de los frutos, que, precisamente, produce la cosa por parte del comodatario sin necesidad de acuerdo entre las partes. En todo caso, como indica LÓPEZ MAZA, el artículo 1741 del Código Civil «se refiere únicamente a los frutos extraordinarios y ajenos al uso normal del bien»<sup>147</sup>.

De todas formas, para determinar el uso al que el comodatario debe destinar la cosa, habrá de estar, en principio, a lo pactado por las partes en el contrato con los límites del artículo 1255 del Código Civil (art. 1744 del citado cuerpo legal). En caso de no haberse establecido ninguno, habrá de estarse «al normal, dada la naturaleza del bien prestado y las circunstancias en que se celebró el

contrato»<sup>148</sup>. Efectivamente, el comodatario debe cumplir con el uso pactado; si no se ha pactado ningún uso, el comodatario deberá dar al bien prestado un uso acorde a su naturaleza o a la costumbre de la tierra (art. 1750 CC). Aunque el comodatario no está obligado a usar la cosa, no obstante, la propia naturaleza de la cosa exige un cierto uso para evitar que se destruya<sup>149</sup>.

La sucesión en el comodato está regulada en el artículo 1742 del Código Civil «*las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contratantes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de este no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada*». La regla general es que, una vez fallecidas las partes del contrato, las obligaciones y derechos derivados de este pasan a sus herederos. Sin embargo, no opera tal transmisión *mortis causa* cuando el comodato se ha pactado atendiendo a la persona del comodatario (comodato *intuitu personae*). Por lo que, en este caso fallecido el comodatario sus herederos no podrán continuar usando el bien, ni estar en posesión de la cosa y, deberán devolverlo al comodante. No obstante, tendrán derecho: 1. Al reembolso de los gastos extraordinarios que fueran a cargo del comodante y satisfechos por el comodatario, o por los herederos hasta la devolución de la cosa prestada (art. 1751 CC); 2. La indemnización que corresponde al comodatario por los daños producidos como consecuencia de los vicios que tuviera la cosa, y conociéndolos el comodante no se los hubiera comunicado. Si bien, tales derechos solo operan, una vez aceptada la herencia (arts. 999 y 1000 CC)<sup>150</sup>. Si toda la herencia se distribuye en legados, el crédito de la indemnización se repartirá entre todos los legatarios a prorrata<sup>151</sup>.

En todo caso, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «la regla inicial de este precepto no es más que la aplicación particular del precepto genérico del artículo 1257. La segunda entraña un límite respecto del derecho de usar la cosa prestada, que es una excepción a la regla general *intuitus personae* del contrato»<sup>152</sup>.

Ahora bien, si existe discrepancia sobre si se ha concertado el contrato en atención a la persona del comodatario, queda al arbitrio del juzgador al ser una cuestión de hecho. Si bien, en defecto de acuerdo expreso, se habrá de acudir a los criterios interpretativos previstos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil<sup>153</sup>.

Por otra parte, como regla general no es posible la cesión *inter vivos* del uso a un tercero, además no existe en el Código Civil ningún precepto que se refiera a esta posibilidad; por lo que, de llevarse a cabo, estamos ante un uso distinto al pactado, determinando la responsabilidad del comodatario (o sus herederos) como establece el artículo 1744 del Código Civil. En todo caso, se considera posible la cesión *inter vivos* del derecho de uso del bien prestado en comodato, si cuenta con el consentimiento del comodante<sup>154</sup>.

b. Objeto. Es una cosa no fungible —bien mueble e inmueble—, en el sentido que no se consuma por el uso (art. 337 CC)<sup>155</sup>. También se entiende que puede recaer sobre cosas consumibles, «si el uso para que se dejan no las consume»<sup>156</sup>. En todo caso, recae sobre cosas ajenas, por lo que no puede calificarse como comodato, el uso exclusivo de la cosa común por cualquiera de los copropietarios o comuneros<sup>157</sup>. En fin, si la restitución es en especie no estamos ante un comodato, sino ante mutuo o préstamo de consumo<sup>158</sup>.

c. Forma. Se rige la constitución del comodato por el principio general de libertad de forma (art. 1278 CC), requiriendo la entrega de la cosa, al ser un contrato con carácter real. Para ALBALADEJO si «el acuerdo se otorga por escri-



to, basta él solo. En tal caso, el contrato es solemne, porque la forma escrita es esencial»<sup>159</sup>. Ahora bien, es posible la admisión de un comodato modal —el uso para el que se destina la cosa se modaliza— o someterlo a condición<sup>160</sup>.

### C) *Contenido*

#### a) Posición del comodatario

Como hemos señalado, el comodatario adquiere el uso de la cosa, pero no sus frutos y asume como obligaciones:

1) La de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1094 CC)<sup>161</sup>. No responde del deterioro provocado por el uso de la cosa, salvo que haya medido culpa por su parte (art. 1746 CC) —se ha de incluir también los supuestos de pérdida—. Por lo que, ha de probar su diligencia, esto es, debe demostrar el comodatario que los deterioros o pérdida de la cosa prestada son consecuencia del uso y sin culpa suya —presunción del artículo 1183 del Código Civil—, además de determinar la causa directa del daño<sup>162</sup>. Se aplican las normas sobre responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes y 1182 y siguientes del Código Civil<sup>163</sup>. Aunque alude solo a la culpa en el citado artículo 1746 del Código Civil, se entiende que resulta extensivo a cualquier criterio de imputación<sup>164</sup>. En todo caso, si el comodatario es negligente en el uso del bien prestado (la pérdida o deterioro son por culpa suya) y causa daños; para la doctrina el comodante tiene la posibilidad, además de responder por los daños, resolver el contrato por incumplimiento conforme a lo previsto en el artículo 1124 del Código Civil<sup>165</sup>. No obstante, DE ÁNGEL YAGÜEZ indica que el comodante responde del daño extracontractual causado por el comodatario a un tercero «cuando hubiera impuesta a este una forma concreta de uso que sea la causa única y directa del daño, cuando el daño sea consecuencia del mal estado de las cosas en los términos del artículo 1752 del Código Civil o cuando quepa apreciar culpa en el hecho mismo de respetar»<sup>166</sup>.

2) La de restitución de la cosa, una vez cumplido el plazo pactado o el que resulte del uso al que se destina la cosa dada en comodato, aunque en caso de urgente necesidad, el comodante podrá reclamarla antes y el comodatario tendrá la obligación de restituirla (art. 1749 CC)<sup>167</sup>. En todo caso, debe restituirse la cosa en el mismo estado que la recibió, salvo el deterioro derivado del paso del tiempo y del uso para el que se cedió. Y en caso de urgente necesidad del comodante, responderá de la pérdida o deterioro de la cosa, incluso por caso fortuito durante el tiempo que mantenga la cosa sin entregarla (aplicando lo previsto en el artículo 1744 CC)<sup>168</sup>.

En todo caso, la necesidad, además de urgente, ha de ser imprevista, esto es, que no la conociera el comodante en el momento de entregar la cosa<sup>169</sup>. De todas formas, corresponde al comodante la carga de probar la urgente necesidad, cuando solicite la restitución anticipada<sup>170</sup>.

No obstante, señala BASOZABAL ARRUE que «la obligación de restitución también puede anticiparse por incumplimiento del comodatario»<sup>171</sup>.

3) El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa prestada (art. 1743 CC), no siendo responsable de los deterioros que por el uso sufra la cosa, salvo que haya mediado culpa por su parte (art. 1746 CC), es decir, no responde de aquellos de-

teriores que, de encontrarse la cosa en poder del comodante también se hubieran producido<sup>172</sup>. Los gastos ordinarios son aquellos necesarios para la conservación del bien y para que mantenga su utilidad o funcionalidad que, implican una cierta periodicidad<sup>173</sup>. Son, en esencia, los aplicados para reparar los deterioros debidos al uso natural o normal de la cosa prestada o por el transcurso del tiempo<sup>174</sup> y que sean «previsibles, periódicos e imprescindibles para la utilidad y conservación de la cosa»<sup>175</sup>.

LACRUZ BERDEJO entiende que «serán ordinarios los gastos a que habría de subvenir el usufructuario y probablemente se habrá de tener en cuenta, además, como criterio, el tiempo de duración del comodato y, por tanto, a quién favorece principalmente cada gasto»<sup>176</sup>. Por lo que, serán gastos ordinarios los previstos en el artículo 500.2 del Código Civil relativa a las obligaciones del usufructuario, esto es, «*los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación*». Al ser un contrato gratuito, estos gastos no los asume el comodante, a diferencia de lo que sucede con el arrendamiento, donde, precisamente, estos gastos ordinarios corresponden al arrendador (art. 1554.2 CC).

En caso de incumplimiento de tal obligación, podrá el comodante exigir la devolución de la cosa y la extinción del contrato, no así la resolución del mismo<sup>177</sup>.

Por otra parte, son de cuenta del comodante los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que, haya puesto en conocimiento del comodante (art. 1751 CC). No obstante, en caso de urgencia, esto es, tratándose de gastos extraordinarios urgentes que, no posibilitan su aviso, puede realizarlos el comodatario y reclamar al comodante su abono.

Ahora bien, aunque el comodante se niegue a satisfacer tales gastos extraordinarios o las indemnizaciones, que sean de su cuenta; el comodatario carece de derecho de retención de la cosa, estando obligado a la devolución de la misma (art. 1747 CC)<sup>178</sup>. De demorarse en la restitución de la cosa o negarse a su devolución será el comodatario responsable de las pérdidas o deterioros que sufra la cosa, aun por caso fortuito (art. 1744 CC).

En todo caso, para TRUJILLO DÍEZ también corresponden al comodatario «los gastos extraordinarios, siempre que sean de exclusivo provecho del comodatario (art. 1751 CC)»<sup>179</sup>.

No obstante lo expuesto, como precisa LÓPEZ MAZA, el artículo 1743 del Código Civil tiene dos límites: «1. La distribución de gastos que se pacte no puede implicar onerosidad para el comodatario, pues, entraría en contradicción con la gratuidad típica del comodato; 2. Tampoco puede suponer un enriquecimiento para el comodante, algo que se produciría si el comodatario asumiera gastos que corresponden a aquel»<sup>180</sup>.

De todas formas, el citado artículo 1743 del Código Civil constituye una norma dispositiva, por lo que las partes pueden acordar una distribución de gastos distinta<sup>181</sup>; y, las mejoras que se pueden realizar en la cosa están sujetas a consentimiento del comodante<sup>182</sup>.

4) Habrá de dar a la cosa el destino pactado (art. 1744 CC); y, en defecto de un concreto destino, habrá que estarse al que sea conforme con la costumbre de la tierra (art. 1750.1 CC), esto es, a los usos sociales, costumbre local o comarcal o con la naturaleza de la cosa<sup>183</sup>.

La responsabilidad derivada del cumplimiento de estas obligaciones tendrá carácter solidario, si el comodato se hubiere celebrado con varios comodatarios conjuntamente (art. 1748 CC). Esta regla de solidaridad implica que el comodante

puede dirigirse contra cualquiera de los comodatarios para exigir el cumplimiento de las obligaciones<sup>184</sup>.

No resultará aplicable esta regla de la solidaridad cuando: «exista una pluralidad de comodatarios, que no usen la cosa al mismo tiempo, sino de forma sucesiva»; o cuando «existiendo varios usuarios, solo uno fuese el comodatario»<sup>185</sup>.

#### b) Posición del comodante

El contrato de comodato es un contrato unilateral que solo genera obligaciones para el comodatario y no para el comodante, quien conserva la propiedad de la cosa y tiene derecho a sus frutos (art. 1741 CC), pudiendo solicitar su restitución no solo cuando finaliza la duración el contrato o el uso pactado, sino en cualquier momento en caso de necesidad (art. 1749 CC). En todo caso, como señala ALBADALEJO si «el contrato se celebró por escrito sin entregar a la vez la cosa, queda obligado a entregarla. Si, celebrado por escrito o no, se entregó aquella, no tiene esta obligación porque ya se dio. Si se celebró sin escrito, no se entregó, tampoco tiene tal obligación porque el contrato simplemente verbal no vale y, por tanto, no produce obligación alguna». Finalmente, indica que «el comodante, según lo dicho no asume obligación, la de entregar la cosa, sino en el comodato no real, en el real, es solo el comodatario el que las asume»<sup>186</sup>.

No obstante, se puede hablar de ciertas obligaciones accesorias a cargo del comodante, que no lo convierten en un contrato bilateral, pues, no se trata de obligaciones que son la contrapartida de aquellas asumidas por el comodatario como obligaciones esenciales del contrato<sup>187</sup>:

1) Debe abonar los gastos extraordinarios para la conservación de la cosa causados durante el contrato, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueran urgentes y no permitan el preaviso, que habrá de realizarlos el comodatario, con el correspondiente reembolso por el comodante (art. 1751 CC)<sup>188</sup>. Por tanto, si se trata de gastos extraordinarios de conservación no urgentes, en el caso que medie aviso por el comodatario, el comodante debe dar su conformidad al gasto, bien de forma expresa o tácita y, decidir si quiere llevarlos a cabo o no<sup>189</sup>. Si habiendo sido informado, no los lleva a cabo, podrá realizarlos el comodatario, teniendo a su favor un derecho de reembolso de tales gastos frente al comodatario. Para LÓPEZ MAZA en los gastos extraordinarios se incluyen: «a) Aquellos que excedan del normal mantenimiento de la cosa y comprometan su subsistencia; b) Aquellos que no fueran previstos en el momento de concertar el comodato y que después resulten imprescindibles para la conservación del bien, como podrían ser los gastos derivados de la reparación de los daños causados por caso fortuito o fuerza mayor»<sup>190</sup>.

De todas formas, ha de tratarse de gastos extraordinarios imprevisibles y extemporáneos. Para la doctrina deberá costear el comodante: a) Los impuestos que graven la propiedad del bien; b) La prima de seguros voluntarios; y c) Las sanciones administrativas, si este es el que comete la infracción<sup>191</sup>. Ahora bien, si el uso de la cosa exigiera la contratación de un seguro obligatorio se estará a lo determinado por las partes. A falta de acuerdo se aplicarán los artículos 1743 y 1751 del Código Civil<sup>192</sup>.

Ahora bien, en caso de gastos extraordinarios urgentes el comodatario debe informar también al comodante sobre ellos, pero sin tener que esperar a la respuesta del comodatario como en los gastos extraordinarios no urgentes; debiendo, en consecuencia, asumirlos ante la urgencia del caso. En este caso también tendrá

un derecho de reembolso, pues, se trata de un supuesto de gestión de negocios ajenos, y, además carece de derecho de retención sobre la cosa prestada<sup>193</sup>. No obstante lo dicho, puede obviar la comunicación al comodante y realizar directamente el gasto en su posición de poseedor de buena fe de la cosa e interesado en su conservación.

En todo caso, como indica BATALLER RUIZ «si el comodante carece de bienes bastantes para el pago de las deudas por gastos extraordinarios generadas durante el contrato y repudiase la herencia causada por un tercero y de la que se hubiere hecho delación; conforme al artículo 1001 del Código Civil el comodatario acreedor puede pedir autorización al juez para aceptarla en nombre del comodante»<sup>194</sup>.

2) Debe no impedir ni obstaculizar el uso de la cosa por el comodatario durante el plazo de duración pactado en el contrato, salvo que tenga necesidad de recuperar la cosa por urgente necesidad del uso de la cosa (art. 1749 CC)<sup>195</sup>.

3) Debe responder de los daños ocasionados al comodatario si, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiera puesto en su conocimiento. La doctrina entiende que el comodante no está obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, dado el carácter gratuito del comodato<sup>196</sup>. Solo responde de los daños ocasionados por los vicios que se conoce, si no se informa al comodatario de ellos, y le impide adoptar las medidas necesarias con el fin de evitarlos (art. 1752 CC). Señalan Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «tal consecuencia debe extenderse a la culpa lata y deriva de una falta a la buena fe en la perfección del contrato»<sup>197</sup>. En todo caso, el comodatario ha de ignorar la existencia de los vicios, pues, «si son manifiestos o pudo conocerlos por razón de su profesión u oficio, o estén a la vista o sean fácilmente reconocibles, nada puede reclamar al comodante; tampoco cuando los daños son debidos a un uso descuidado o no acorde con el fin pactado por parte del comodatario»<sup>198</sup>.

No obstante, la responsabilidad del comodante nace cuando este debía haber conocido los vicios o defectos de la cosa de haber empleado una diligencia media<sup>199</sup>. Ahora bien, si el comodante no conoce los vicios de la cosa, ocasionados por terceros, serán ellos quienes respondan y a ellos ha de reclamar el comodatario los daños, que hubiera sufrido en los bienes por causa de tales vicios<sup>200</sup>.

Por otra parte, la responsabilidad por daños o perjuicios alcanza también a los daños que ese vicio o defecto haya causado a terceros, aplicando las reglas de la responsabilidad extracontractual<sup>201</sup>. La prueba del daño y del vicio incumbe al comodatario. No operando, como precisa, DE ÁNGEL YÁGÜEZ la inversión de la carga de la prueba<sup>202</sup>.

Al igual que, lo que sucede con el artículo 1747 del Código Civil que, impone al comodatario retener la cosa prestada hasta que se le pague los gastos extraordinarios urgentes que le deban; el artículo 1752 del citado cuerpo legal, igualmente, carece de *ius retentionis* respecto de los comunicados<sup>203</sup>.

#### *D) Riesgos*

En cuanto a los riesgos en el contrato de comodato: 1. Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto para el que se prestó o a un uso indebido, no se concede al comodante la obligación de exigir la restitución, sino la extinción del contrato, respondiendo el comodatario de la pérdida de la cosa, aunque sobrevenga por caso fortuito (art. 1744 CC)<sup>204</sup>. Estamos ante una norma de carácter sancionador; donde se establece un régimen agravado de responsabilidad, en

una suerte para TAMAYO CARMONA «de actuación voluntaria y maliciosa del comodatario, *de abuso de confianza* ante la gratuidad de su derecho de uso»<sup>205</sup>. Aunque no falta quienes entienden que, el uso contra lo pactado, en consecuencia, permite al comodante resolver el contrato conforme el artículo 1124 del Código Civil<sup>206</sup>; 2. Si conserva la cosa por más tiempo del pactado responde también por la pérdida de la cosa, aunque sea por caso fortuito (art. 1744 CC)<sup>207</sup>. A la pérdida han de equipararse los deterioros de la cosa no debidos al transcurso del tiempo o al uso normal de la misma<sup>208</sup>. En todo caso, tanto este supuesto como el anterior señalan acertadamente DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «debe corregirse esta sanción con el artículo 1896, párrafo 2.º, por lo que cuando el comodatario pruebe que la pérdida o deterioro hubiese afectado a la cosa, aunque estuviese en poder del comodante, quedará libre de responsabilidad»<sup>209</sup>. Además precisa LÓPEZ MAZA que, en tales supuestos «la responsabilidad del comodatario abarca el valor de la cosa perdida y los daños que se deriven para el comodante como consecuencia de dicha pérdida (arts. 1106 y 1107 CC)»<sup>210</sup>. En todo caso, no estamos «ante un supuesto de responsabilidad objetiva, sino de imputación objetiva del daño y la cauda del daño»<sup>211</sup>; o, como indica BASOZABAL ARRUE el retraso en la devolución de la cosa «constituye un supuesto de mora automática que, no necesita intimación» (arts. 1096.3 y 1182 *a contrario* y 1100 CC)<sup>212</sup>; y 3. Si la cosa se entregó con tasación y se pierde, responde, asimismo, el comodatario por la pérdida fortuita, salvo que expresamente se haya pactado que se le exime de responsabilidad. Frente a la concepción clásica que la tasación constituye una especie de presunción *iuris tantum*, para LACRUZ BERDEJO la tasación «constituye una excepción a los artículos 1182 y 1106: se presume que equivale a un convenio tácito o cláusula implícita de asunción de todos los riesgos por el comodatario, como si actuase de asegurador frente a la pérdida de la cosa o, igualmente, a cualquier perjuicio fortuito»<sup>213</sup>. Por su parte GARCÍA PÉREZ entiende que «la tasación actúa como un mecanismo que asegura al comodante la recuperación del valor del bien en caso que llegue a perderse, cualquier que sea la razón de la pérdida (art. 1745 CC)»<sup>214</sup>. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS consideran, por su parte, que la tasación «es la asunción de garantía del precio en caso de pérdida, pero no faculta para dejar de entregar la cosa a cambio de la estimación»<sup>215</sup>. En fin, para BASOZABAL ARRUE se trata «de una excepción a las reglas generales (arts. 1105 y 1182 CC) que debe interpretarse restrictivamente»<sup>216</sup> y para TAMAYO CARMONA representa «una suerte de cláusula de previsión de la cantidad, que el comodatario deberá restituir en concepto de daños y perjuicios y por lo tanto, ante las pérdidas ocasionadas por su culpa»<sup>217</sup>.

En todo caso, se trata de una deuda de valor, por lo que la tasación se fijará atendiendo al valor de la cosa en el momento de liquidación y pago<sup>218</sup>.

Por otra parte, frente a quien considera que, no puede quedar exonerado el comodante, ni siquiera demostrando que la cosa se hubiese perdido o deteriorado también en caso de haberse encontrado en poder del comodante<sup>219</sup>, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, por el contrario, defiende la aplicación del artículo 1896.2 del Código Civil a este supuesto y, por tanto, la exoneración de responsabilidad del comodatario, si demuestra que la cosa se hubiera perdido o deteriorado también en poder del comodante<sup>220</sup>.

Ahora bien, como acertadamente indica LÓPEZ MAZA «la tasación no afecta a la gratuidad del comodato, pues, la obligación de indemnizar que corresponde al comodatario, llegado el caso no tiene como fin la remuneración del comodato, sino que se trata simplemente de una agravación de su obligación ordinaria de restitución». A lo que añade que «tampoco supone: a) la conversión del como-

dato en una compraventa; b) la conversión de la obligación de devolución de la cosa al término del contrato en alternativa o con facultad de sustitución, pues, la entrega del precio de tasación solamente tiene lugar cuando se produce la pérdida o destrucción del bien prestado»<sup>221</sup>.

En fin, si la pérdida o deterioro fuesen culpable y por cuantía superior al valor de tasación, el comodatario deberá indemnizar conforme a las reglas de responsabilidad contractual, salvo que se haya pactado la tasación en sustitución de esta<sup>222</sup>.

Sobre tales bases, no se aplicará la regla general de responsabilidad del comodatario en caso de tasación, aunque sea por caso fortuito prevista en el citado artículo 1745 del Código Civil, si en el contrato existiese un acuerdo entre las partes por el que se eximiese expresamente al comodato de esta responsabilidad. A esta excepción legal, LÓPEZ MAZA añade otras dos: «1. Si se produce un menoscabo ocasionado por el mero uso de la cosa, pues, de lo contrario desnaturalizaría la gratuidad del contrato; y, 2. Si la cosa se ha tasado con un fin específico distinto del de su entrega al comodatario (por ej., para concertar un seguro de daños)»<sup>223</sup>.

#### *E) Extinción*

El comodato se extingue por las siguientes causas<sup>224</sup>:

a) Por el trascurso del plazo establecido o terminación del uso concreto para el que se prestó la cosa (arts. 1749 y 1750 CC).

b) Reclamación de la cosa por el comodante antes de la conclusión del pazo de duración del contrato, si tiene urgente necesidad del bienes prestado (art. 1749 CC).

c) Pérdida de la cosa, distribuyendo los riesgos en los términos señalados.

d) Muerte o fallecimiento del comodatario, en aquellos casos en que el comodato se haya celebrado «*intuitu personae*», en atención a las cualidades personales del comodatario (art. 1742 CC).

e) Reclamación efectuada por el comodante a su sola voluntad, si la duración del contrato no resulta de pacto sobre su duración ni del uso al que haya de destinarse la cosa. En caso de duda, la prueba corresponde al comodatario (art. 1750 CC).

f) Por pérdida de la cosa, con independencia de quién deba soportar la responsabilidad por pérdida de la cosa, al quedar en este caso el contrato privado de objeto.

## **2. PRECARIO**

La institución del precario es una figura que no aparece contemplada expresamente en el Código Civil, salvo alguna referencia en la posesión de cosa ajena tolerada (art. 444 CC); y, en el artículo 1942 del citado cuerpo legal a los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño. Para la mayoría de la doctrina el precario se puede encuadrar en el artículo 1750 del citado Código Civil donde el comodante puede reclamar el bien prestado a su voluntad en cualquier momento, cuando no se haya pactado plazo de duración del comodato, ni el uso que debiera destinarse la cosa prestada<sup>225</sup>,

ni pudiera tampoco determinarse por la costumbre de la tierra. En todo caso, la prueba de la duración de contrato incumbe al comodatario<sup>226</sup>. A diferencia de lo previsto en el artículo 1749 no es necesario que concurra urgente necesidad, ni justa causa<sup>227</sup>.

En cambio, sí se mencionaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como sujetos pasivos del desahucio a los que tuvieran o disfrutaran de una finca en precario, sin pagar renta o merced (arts. 1564 y 1565). La actual Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil incluye en el ámbito del juicio verbal los supuestos de: 1. Recuperación de la posesión de la finca, dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, a la expiración del plazo contractualmente fijado; 2. La recuperación de una finca, rústica o urbana, cedida en precario (art. 250.1). Se trata este juicio verbal para recuperar la posesión del bien cedido como un proceso plenario en que pueden debatirse la cuestión litigiosa con todos los medios probatorios admitidos en derecho, produciendo la sentencia efectos de cosa juzgada (art. 447 de la LEC).

Se plantean dos posiciones en torno a la naturaleza jurídica del precario: una considerándolo como una especie de comodato que, permite el uso de una cosa<sup>228</sup>; si bien el comodante (concedente) puede reclamarla a su voluntad en cualquier momento<sup>229</sup>; o como una situación posesoria no contractual<sup>230</sup>. Precisamente, para DIÉZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «el precario es una situación posesoria que, en ocasiones, puede tener su origen en un contrato que confiere la tenencia de la cosa, contrato que es una variedad del comodato en el que el comodante puede reclamar a su voluntad la cosa prestada (art. 1750) y que, en otras ocasiones, puede tener su origen en causas de naturaleza diversa (tolerancia, beneplácito, falta de título, etc.). Por ello, puede decirse que el precario se califica más por sus efectos que, por la causa del mismo»<sup>231</sup>.

Sobre tales bases se produce una situación de precario: 1. Cuando el comodatario carece del beneficio del plazo; 2. Cuando el comodatario está utilizando la cosa con la simple aquiescencia del propietario o de quien tiene derecho a poseer<sup>232</sup>; 3. Cuando el comodatario, a pesar de haber perdido el título que justificaba su posesión, continúa utilizando la cosa por mera tolerancia o también contra la voluntad de su legítimo titular. Por tanto, comprenden los casos de posesión concedida, posesión tolerada y posesión sin título, esto es, los poseedores carentes de título y también aquellos que tuvieron título para poseedor pero que ha perdido su eficacia con posterioridad<sup>233</sup>. Como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2021<sup>234</sup> «el 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, como declaramos en la Sentencia 691/2020, de 21 de diciembre, 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 1958, de 30 de octubre de 1986 y 6 de noviembre de 2008). Por ello, no es suficiente para enervar la acción de desahucio que la situación del demandado no responda a la mera tolerancia del actor; pues en el ámbito del precario no se limita a esas situaciones posesorias meramente toleradas».

En cualquier de estos supuestos, cuando el prestatario no restituya la cosa a requerimiento del propietario, este podrá entablar un juicio declarativo específico para recuperar la cosa prestada —desahucio por precario— siguiendo los trámites del juicio verbal y que pueden promover —tener legitimación activa— quienes «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 de-



recho a poseer la finca» (art. 250.1.2.º de la LEC). De tratarse de un comodato, el comodante a la terminación del uso o el plazo pactado deberá restituir la cosa prestada; en caso que, incumpla dicha obligación el comodante podrá entablar un juicio declarativo solicitando la restitución de la cosa. También puede plantear una acción reivindicatoria<sup>235</sup>. En todo caso, cuando el comodato consista en el préstamo de un bien mueble, no procederá, precisamente, el desahucio, sino la acción reivindicatoria por parte del comodante propietario de la misma para solicitar su restitución cuando proceda.

Por otra parte, conviene señalar, por un lado que, la posición del precarista no es hábil para usucapir, pues, no puede haber posesión con ánimo de dueño; y por otro, que la situación de precario no es incompatible con el pago de ciertos gastos para la conservación de la cosa prestada por parte del precarista, siempre que no sea haga a título de renta y, sí, en cambio, con el pago de merced a cargo de aquel<sup>236</sup>, o por el hecho que sea consentida durante cierto tiempo por el propietario<sup>237</sup>.

Ahora bien, como señalamos en líneas precedentes, un caso muy habitual en la práctica es el de la cesión de los padres a sus hijos y cónyuges del uso de la vivienda con el fin de desarrollar en ella una vida en común. Cuando se produce la crisis matrimonial o de pareja, y se atribuye el uso de dicha vivienda al yerno o nuera, los suegros intentan recuperar la vivienda, ejercitando la acción de desahucio por precario o, en su caso, la acción reivindicatoria. Aunque lo habitual es que los cedentes sean los padres, también puede serlo los hermanos, tíos; asimismo, lo normal es que el cedente sea el titular dominical de la vivienda, pero también puede serlo un usufructuario. Además estas situaciones operan tanto en caso de matrimonio como unión de hecho y ante la crisis matrimonial o de pareja se atribuye el uso de la vivienda familiar al yerno, nuera o al conviviente no emparentado con los cedentes<sup>238</sup>.

En estos casos, en el seno de las Audiencias se generó un debate estableciendo cuatro criterios para calificar esta situación: 1. Las que entienden que se trata de un simple comodato y la resolución judicial en un proceso de separación o divorcio no altera tal naturaleza<sup>239</sup>; 2. Las que consideran que aun cuando hubiese inicialmente comodato, se transforma en precario a consecuencias de la separación o el divorcio<sup>240</sup>; 3. La que entienden que la decisión en estos supuestos opera en función del caso concreto<sup>241</sup>; y, 4. Las que establecen que el uso es específico y determinado, tratándose de un comodato en el que el comodante no puede recuperar la cosa hasta que termine el uso para el que se concedió, salvo caso de urgente necesidad (art. 1749 CC)<sup>242</sup>.

### 3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA PERTENECIENTE A UN TERCERO TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA: PRECARIO O COMODATO.

En este contexto, nuestro Tribunal Supremo se decanta mayoritariamente por considerar este supuesto como de precario.

En un primer momento, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal en Sentencia de 30 de noviembre de 1964<sup>243</sup> afirmó 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 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; y lo mismo ocurrirá cuando una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos, una vivienda ocupada por otro y sin embargo, no reclama seguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de tal tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación, que se invoca, ya que tal nacimiento requiere de un acto expreso y más o menos solemne, otra 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 sea constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente y, lo mismo ocurre con la tolerancia que tenga el heredero adjudicatario con referencia al familiar que venía ocupando graciosamente tal vivienda, pues nunca se puede interpretar como acto constitutivo de un derecho de habitación».

Con posterioridad, la Sentencia de 2 de diciembre de 1992<sup>244</sup> declara que «en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijos y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 CC), pues, aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, este 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». A diferencia de la anterior resolución que opta por el precario, en esta califica el supuesto como comodato. De nuevo, considera que estamos ante un precario en la Sentencia de 31 de diciembre de 1994<sup>245</sup> que declara textualmente que «siempre ha de tenerse presente 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 solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que ha hecho del precario, pues entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. 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. Esta era la situación de los cónyuges, hoy litigantes que, obtuvieron la vivienda del padre del esposo, sin que se haya acreditado que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un derecho a poseer; por lo que el padre en cualquier momento había podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia».

Tras estos precedentes jurisprudenciales se llega a las Sentencias de 26 de diciembre de 2005<sup>246</sup> y de 2 de octubre de 2008<sup>247</sup>. En la primera de ellos se indica que «para solucionar este tipo de demandas habrá que examinar si existió un contrato entre ello y aplicar los efectos propios de ese contrato, pero, en el caso que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista. Caben, por tanto, dos posibilidades: 1. Que exista una auténtica relación contractual que justifique la posesión, debiendo aplicarse los efectos que el Código Civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicar-

se el artículo 1750 del Código Civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código Civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista; 2. Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, nos hallamos ante un simple precario, que la Sentencia del 30 de octubre de 1986 define como» (...) el disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor o sin ella», por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que deba probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de la prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario».

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones que «operan como reglas de aplicación: A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista; B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familiar del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar; si bien con la precisión que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso, específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino y que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes; C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista; D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, más que no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho quien posibilita la cesión del uso de la vivienda». Sobre tales bases, aplicado al caso concreto, insiste el Tribunal Supremo en la interpretación de los mismos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.<sup>a</sup>, de 1 de abril de 2003 que consideró que, la relación jurídica que vincula a demandantes y demandados era la propia de un comodato, apoyándose en que la cesión se había realizado para un uso determinado en consideración al matrimonio de su hijo y con el objeto que los cónyuges establecieran en ella el hogar familiar y conyugal donde iban a residir junto con los hijos habidos del matrimonio. Por lo que, considera que «con independencia que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para

calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto que, ese elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier 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. Y esta 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».

Con posterioridad, la Sentencia de 29 de octubre de 2008<sup>248</sup> en un caso de desahucio por precario instado por los usufructuarios cedentes del uso de la vivienda señala que «ciertamente, en la cesión de una vivienda de un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos —la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar— aparezcan con claridad y que los hechos sean reveladores que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada —*in casu*, servir de morada o residencia—, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso» Aplicado este criterio «se aprecia la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber; su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente considera que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso que, no permitía al comodante reclamar la cosa prestada, sino en el momento en que concluyese el uso al que ha sido destinada, lo cual no ha tenido lugar. No obstante, tal apreciación, cuya base fáctica, desde luego, resulta inatacable en esta sede, la decisión de la Audiencia no se puede mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Si bien, es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia. Se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier 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. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada 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 conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario que, pueda oponerse eficazmente 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».

La Sentencia de 30 de octubre de 2008<sup>249</sup> vuelve a considerar la situación de precario afirmando que «no se ha apreciado en el caso examinado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del propio y genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar. Semejante apreciación, con la valoración que conlleva, debe ser respetada en esta sede y sitúa a la demandada en la posición de precarista, al carecer de título hábil para justificar la posesión del inmueble; título que, en cualquier caso, habría de considerarse desaparecido tras la ruptura de la convivencia conyugal y que no se adquiere a los efectos de enervar el desahucio por precario, por la atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda, en la medida en que no modifica aquella situación posesoria, ni como se acaba de decir, es oponible frente a quien es tercero respecto de los cónyuges, y que, por tener título bastante, está legitimado para pedir que se ponga fin a la misma».

Insiste en la misma consideración de precario, por un lado, la Sentencia del 13 de noviembre de 2008<sup>250</sup> que tras citar la doctrina establecida en la Resolución de 2 de octubre de 2008 que «en el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante, titular dominical de la vivienda y la demandada, era la propia del comodato, dicha calificación se basaba en el hecho que la cesión de la vivienda por su dueña se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con el objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio, al que de esa forma se ayudaba económicamente. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues, con independencia que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades familiares, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista que, es la que, en cualquier 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. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada 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 conforma un derecho nuevo, 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».

Y, por otro, la Sentencia de 14 de noviembre de 2008<sup>251</sup> al disponer, asimismo, que «la conclusión a la que llega la sentencia recurrida se ajusta al criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 y por ello, debe ser mantenida. El tribunal de instancia no ha tenido por acreditada la concurrencia de las notas definitivas del préstamo de uso: de este modo, en la sentencia recurrida se precisa que, si bien los actores cedieron la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar tras el matrimonio, no consta, empero, su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la

familia. En este sentido, falta la presencia de los elementos característicos del comodato, pues no se considera acreditado que la cesión lo fuera por un concreto periodo de tiempo o para un uso específico o determinado, más allá del genérico de servir de morada o residencia; y semejante apreciación, que ha de permanecer incólume en esta sede, conduce a la conclusión que, a falta de prueba de la existencia del contrato, la posesión de la vivienda lo fue a título de precario». Y añade que «aunque, como mera hipótesis, se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, en atención a su destino como hogar familiar y considerando que la cesión del inmueble lo fue para subvenir las necesidades familiares y aunque se apreciase, en consecuencia, en dicha cesión las notas que caracterizan el préstamo de uso, en la medida en que lo hubiese sido para un uso concreto y específico de la cosa, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda sobre la que versa la acción de desahucio era la correspondiente a una precarista, habiendo desaparecido el uso concreto y específico para el que fue cedida, cuya sobrevenida ausencia determina una situación de precario, caracterizada por la falta del título hábil para mantener la ocupación del inmueble».

En unificación de doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza y efectos del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges al amparo de lo establecido en el artículo 96 del Código Civil la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 14 de enero de 2010<sup>252</sup> manifiesta que «estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales 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 a uno de ellos en aplicación del artículo 96 del Código Civil no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho de 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. Este mismas 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. En este punto, la doctrina que se fija en estas sentencias no comporta variación sustancial de la que viene manteniendo esta Sala, con arreglo a la cual 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».

La Sentencia, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010<sup>253</sup> ha vuelto a ratificarse en esta línea. Así después de analizar en su *Fundamento Jurídico quinto* las distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar, por lo que ahora interesa indica que «cuando se trate de terceros propietarios 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. 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. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la Sentencia de 26 de diciembre de 2005». Y en su *Fundamento de Derecho séptimo* afirma que «cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y a favor del usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho 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 (SSTS de 26 de diciembre de 2005, de 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009). La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda depende 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». Aplicando esta doctrina al caso indica que «de acuerdo con el artículo 445 del Código Civil (...) el copropietario tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el artículo 445 admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D<sup>a</sup> Amparo por haberla cedido a su hermano. Del artículo 445 no debe deducirse que, siempre que exista un condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta 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».

Por su parte, la Sentencia de 18 de marzo de 2011<sup>254</sup> incide, nuevamente, en el hecho que la respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la Sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005 y a partir de ella muchas otras que fijan las pautas interpretativas y de aplicación que, sirve para resolver la cuestión por lo demás frecuente, de la procedencia de reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar: «A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que pueden surgir en torno al uso, deberá resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio. Sin embargo, y para el caso que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura del precario; B) Para el caso que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la Sentencia del Pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos



debe ser dada desde el punto de vista del derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de Familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tiene que ver con los terceros propietarios; (...) D) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la parte actora y frente a su reclamación, la parte demandada funda su oposición al abandono de la vivienda en el hecho que la sentencia declaró que la separación entre ella y su esposo, hijo del demandante, le atribuyó el uso de la vivienda. Sin embargo, el uso que la demandada ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo dueño, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como precario».

Asimismo, la Sentencia de 10 de octubre de 2011<sup>255</sup> ante un caso de demandas acumuladas de separación y divorcio presentadas cuando el matrimonio y sus hijas vivían en un piso del que eran propietario en un 67% los padres del marido y en un 33% del propio marido, habiéndose probado que los padres habían cedido al hijo la vivienda en precario declaró: «en relación con el primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, al hecho probado que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada por las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010; de 18 de enero de 2010 del Pleno de esta Sala y reiterada en las Sentencias de 18 de marzo de 2011 y 22 de noviembre de 2011, así como las de 30 de junio de 2009; de 22 de octubre de 2009; 14 de julio de 2010, 11 de noviembre de 2010; y, 22 de noviembre de 2010».

La Sentencia de 14 de marzo de 2013<sup>256</sup> tras referirse a la doctrina fijada en la citada Resolución del Pleno de la Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010, vuelve a reiterar que «la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título hábil para justificar la posesión que resulta oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión de la vivienda». Además señala que «la sentencia recurrida ha rechazado que exista indicio alguno para considerar que entre la propietaria y la parte recurrente hubiera un contrato de comodato; la Audiencia ha valorado que, aunque el marido de la demandante permitió que sus padres y hermanos vivieran en la casa objeto de litigio hasta el año 2003, fecha en que la actora adquiere en exclusiva la propiedad del inmueble y toleró que continuara el uso de los actuales ocupantes, no se ha acreditado que existiera contrato alguno del que pueda deducirse que la estancia de los recurrentes se sustente en la figura del comodato, sino que entiende que, de la prueba practicada esa posesión consentida suele ser de precario».

En esta línea, la Sentencia de 28 de abril de 2016<sup>257</sup> en la que se manifiesta que «es pacífico en la doctrina que la cesión del uso de la vivienda que los padres de Don Casiano hicieron para que se estableciese en ella el domicilio conyugal de su hijo y doña Mirian fue una cesión en precario. Además la relación de precario no se modificó por el hecho que Don Casiano viniera a ser con su hermana, coheredero de su padre y copropietario de la vivienda con una cuota

del 16,66% en pleno dominio y el 8,33% en nuda propiedad. Habría comenzado siendo una relación de precario también si Don Casiano hubiera sido titular de dichas cuotas en el momento en que él y Doña Miriam establecieron en la vivienda su domicilio conyugal».

En fin, en este *excusus* jurisprudencial recientemente se ha vuelto a pronunciar el Alto Tribunal en Sentencia de 3 de noviembre de 2021<sup>258</sup> que, asimismo, señala que «conforme a una jurisprudencia consolidada de esta Sala cuando un tercero (frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de la pareja, casada o no) cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado, ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (art. 1750 CC), sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, esto es, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.º de la LEC)». En cualquier caso, añade que «la situación de precario no cambia por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial».

En este contexto, entiende que los precaristas son poseedores de mala fe y en relación a la liquidación del estado posesorio<sup>259</sup>, conforme establece el artículo 453 del Código Civil son gastos necesarios los que «responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente; y los gastos útiles son «los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementa su producción o su rendimiento con repercusión consecuente de su mayor valor en venta».

Pues bien, corresponde a todo poseedor sin distinguir que lo sea de buena o mala fe, el resarcimiento de los gastos necesarios, como explica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2002<sup>260</sup>. Ello radica, para nuestro Alto Tribunal en que, esos desembolsos los hubiera tenido que hacer en cualquier caso quien resulte vencedor en la posesión discutida para evitar la pérdida o el notable desmerecimiento de la finca; por lo que su reembolso tiende a evitar situaciones de enriquecimiento injusto, lo que no ocurre en el caso de los gastos útiles aunque incrementen el valor de la cosa. Por otra parte, en las situaciones de precario, la falta de título suficiente y buena fe determina que, no existe ni derecho de reembolso de los gastos útiles ni del derecho de retención que caracteriza su efectividad en este supuesto como con los gastos necesarios<sup>261</sup>. Respecto de los gastos suntuarios o de puro lujo o mero recreo no son reembolsables al poseedor de la cosa, sea de buena fe o no<sup>262</sup>. Por lo que, concluye la citada sentencia que, en el presente caso, la construcción de una piscina y de un garaje —obras realizadas durante el tiempo de tenencia de la finca por los cónyuges antes del divorcio—, no son gastos útiles reembolsables al precarista.

Efectivamente, el poseedor de mala fe (precarista) tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios, incluyendo en ellos la mayoría de la doctrina los gastos de producción de los frutos<sup>263</sup>, sin derecho de retención; no así el abono de los gastos útiles.

Ahora bien, esta doctrina de entender que en estos supuestos estamos ante la situación de precario y no de un contrato de comodato se aplica también: 1. A los supuestos de crisis de uniones extramatrimoniales, donde se atribuye el uso de la vivienda, precisamente, al conviviente con que no tienen relación de parentesco los titulares del inmueble<sup>264</sup>; 2. Al supuesto de fallecimiento de la propietaria de la vivienda y los hijos (herederos) ejercitan una acción de desahucio

contra el cónyuge supérstite<sup>265</sup>; y, 3. A las situaciones de comunidad de bienes y comunidades hereditarias cuando se utiliza el inmueble por uno solo de los partícipes en la comunidad, que excluya el uso de los demás. Al respecto, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero y 8 de mayo de 2008 declaran que «si algún heredero, hace uso exclusivo de algún bien, al no tener que ampare su posesión se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos»<sup>266</sup>.

Sobre tales bases, se ha consolidado en la jurisprudencia y la doctrina la consideración de precario en estos casos<sup>267</sup>. Al respecto, se indica: 1. Para resolver los conflictos como el ahora planteado, se ha de analizar cada caso concreto para verificar si ha existido o no un contrato entre las partes y, particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En tal caso, se deberán aplicar las normas reguladoras de este negocio jurídico; 2. Para que se califique la cesión de una vivienda a un hijo a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado que, ciertamente puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino y que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. Por lo que, es preciso que aparezcan con claridad las notas caracterizadoras del préstamo de uso; y además los hechos reveladores que, el uso para el que se cede la casa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica o incluso, específicamente considerada, lo que no impide que, puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso; 3. La duración del contrato de comodato puede venir fijada de las siguientes formas: a. Por virtud de pacto expreso: las partes convienen un plazo determinado y objetivamente determinable sin necesidad de nuevo acuerdo entre ellas y en aplicación de criterios distintos del uso convenido —pudiendo incluirse aquí, también la hipótesis en la que aunque la duración no haya sido objeto de una determinación expresa, se puede llegar a descubrir la misma por vía de interpretación, aplicando los criterios hermenéuticos generales recogidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil—; b. Porque el plazo derive o se deduzca en función de un uso que se convino de forma concreta; c. Porque el uso permitido al comodatario —y consecuentemente la duración del contrato— resulte de «la costumbre de la tierra». Se debe entender en la forma que en muchas ocasiones la menciona el Código Civil (con esa palabra o con la de «usos», por ejemplo, en los artículos 570, 571, 590, 1496, 1599, etc.), esto es, dentro de los doctrinalmente llamados «usos jurídicos» o «usos sociales con trascendencia jurídica» hoy equiparables a la costumbre propiamente dicha en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 del citado cuerpo legal; d. Porque se haya pactado o convenido que el plazo quede a voluntad del comodatario. En cuyo caso, habrá de aplicarse lo establecido en el párrafo 2 del artículo 1128 del Código Civil y el plazo habrá de ser fijado por los tribunales; 4. En el supuesto

que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario o titular del inmueble podrán, en cualquier momento, reclamar su posesión; 5. El uso de una vivienda para vivir en ella una familia aunque suponga un destino genérico, no puede implicar para los propietarios una cesión vitalicia o indefinida y gratuita, sin posibilidad alguna de recuperación, partiendo de la temporalidad propia del comodato (art. 1740 CC); 6. Aun cuando se admitiese la existencia de un acuerdo o pacto entre las partes sobre la cesión del uso del inmueble durante cierto tiempo o para un uso determinado con obligación de restitución, transcurrido aquel periodo de tiempo o concluido el uso para el que se prestó, el comodato se convierte en precario al romperse la unidad del grupo familiar al que se cedió la vivienda por los propietarios; de forma que, estos pueden recuperarla; 7. De no operar así, supondría que no se podría recuperar la vivienda hasta que finalizase el uso atribuido en virtud de sentencia en un proceso matrimonial o crisis de pareja; 8. Por otra parte, se considera que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa —lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal o de pareja— y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista; 9. Que el título que posibilitó al hijo/a el uso de la vivienda constante matrimonio o relación de pareja perteneciente a sus padres tiene naturaleza de comodato, tras la crisis matrimonial o de pareja, el cónyuge o pareja de hecho no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda en sentencia dictada en un pleito de separación o divorcio. 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 la atribución del uso y disfrute de la vivienda por resolución judicial de separación o divorcio, pues, esta no representa título hábil de opción frente a terceros ajenos a las relaciones entre cónyuges. 10. El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar atribuido por resolución judicial de separación o divorcio a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, más no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, al no ser partes, ni pueden serlo en el procedimiento matrimonial. Además, no puede generar por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una posición jurídica y protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego dignas de protección con cargo a terceros extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda. Asimismo, se ha de manifestar que, operar de otra manera desincentivaría las cesiones del uso de la vivienda a los familiares y parientes; 11. La decisión judicial no altera el título posesorio, ni lo transforma, por lo que la atribución del uso como medida judicial definitiva no crea un derecho frente a terceros y no puede afectar a los intereses; a lo que haya que añadir que, la sentencia o el auto dictado en un proceso matrimonial pone fin al mismo, y no puede afectar a quienes no han sido parte —como los terceros que han cedido la vivienda de su propiedad—; 12. Con independencia que inicialmente pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como préstamo de uso, ha de convenirse que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la conviven-

cia conyugal; y, 13. En fin, la solución de estos conflictos debe resolverse a través de las normas sobre propiedad y no mediante las normas del Derecho de familia, pues, las consecuencias del divorcio o separación de los cónyuges o de la crisis de pareja nada tiene que ver con los terceros propietarios del bien.

Pese a esa tendencia mayoritaria, no faltan resoluciones que, entienden que estamos ante una situación de comodato tanto antes como después de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no pariente de los terceros propietarios del bien en sentencia de separación o divorcio destacando que: 1. En estos supuestos la cesión de la vivienda lo es para un uso preciso y determinado al servir de vivienda familiar (arts. 1749 y 1750 CC); 2. Dicho uso no concluye por el mero hecho de la separación o el divorcio y que se atribuya dicho uso al cónyuge no familiar de los titulares de la vivienda o del que tengan un derecho sobre ella, pues, la resolución judicial no varía el fin de la vivienda familiar como es la de servir de hogar a la familia; y, 3. No constando un plazo de duración de la cesión, pero si un uso específico de hogar familiar del matrimonio que, se mantiene aun teniendo lugar la crisis matrimonial o la de pareja, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad<sup>268</sup>.

Ahora bien, nos parece oportuno señalar que, desde un punto de vista procesal, en base a la regulación existente en la LEC de 1881 se alegaba por la parte demandada la inadecuación del procedimiento de desahucio por precario y la remisión a un juicio declarativo ordinario, o incluso a la apreciación de oficio. Además de no resolverse la cuestión por el juzgador en base a las denominadas «cuestiones complejas», esto es, debido a la complejidad del procedimiento<sup>269</sup>. No obstante, conforme a la nueva regulación de la LEC 1/2000 ya no es posible que prospere tal alegación, en la medida en que el juicio de desahucio es un juicio verbal que, no tiene la consideración de juicio sumario y teniendo la sentencia que recaiga en este procedimiento eficacia de cosa juzgada (art. 447.2 de la LEC)<sup>270</sup>.

Por otra parte, no faltan ocasiones en que el titular del derecho de uso alega vulneración de la buena fe, abuso del derecho, ir contra los propios actos<sup>271</sup>, o incluso, fraude de ley que, no prosperan en la mayoría de las ocasiones<sup>272</sup>, aunque en otras excepcionalmente sí<sup>273</sup>.

En fin, cabe alegar, por un lado, como hace acertadamente ORDÁS ALONSO el carácter *intuiti persone* del contrato, bien se trate de un precario o de comodato, pues, «la cesión gratuita de la vivienda tiene carácter personalísimo, efectuada en razón de la relación familiar que une a los cedentes con su hijo y solo con él, en ocasiones hermano; de manera que la salida de este del inmueble extingue el contrato. Solo así cabe entender ese tránsito de la existencia de un comodato a un precario al que alude el Tribunal Supremo, seguido de la jurisprudencia menor, en alguna de sus sentencias. Una vez convertido en precario, este puede terminar en cualquier momento que el cedente reclame la extinción del uso»<sup>274</sup>; y por otro, que es posible atribuir el uso de una vivienda distinta a la familiar cuando esta se disfruta en precario, como así lo ha llevado a cabo nuestro Alto Tribunal en alguna ocasión<sup>275</sup>.

En este contexto, nos parece oportuno finalizar la materia y el presente estudio, destacando que, diferente del precario es la situación de la ocupación ilegal de viviendas que, tras la modificación de la LEC por la Ley 5/2018, de 11 de junio de se ha articulado un cauce procesal que, permite la inmediata recuperación de la plena posesión de la vivienda o parte de ella incluso frente a los desconocidos ocupantes (art. 250.1.4.º). Todo ello sin perjuicio de la tipificación penal de dicha ocupación ilegal como delito de usurpación.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1964.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 1986.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de mayo de 1989.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de mayo de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de febrero de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de diciembre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de noviembre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de febrero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de noviembre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de octubre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de enero de 2022.
- RDGRN, 6 de julio de 2007.
- RDGRN, 14 de mayo de 2009.
- RDGRN, 10 de octubre de 2008.
- SAP de Cádiz, secc. 7.<sup>a</sup>, 4 de marzo de 2002.
- SAP de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 28 de marzo de 2003.
- SAP de Las Palmas, secc. 4.<sup>a</sup>, 5 de octubre de 2004.
- SAP de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de enero de 2008.
- SAP de Ciudad Real, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de junio de 2011.
- SAP de Sevilla, secc. 8.<sup>a</sup>, 14 de junio de 2012.



- SAP de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2012.
- SAP de Madrid, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de marzo de 2013.
- SAP de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 7 de mayo de 2014.
- SAP de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 1 de abril de 2015.
- SAP de Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de enero de 2016.
- SAP de Navarra, secc. 3.<sup>a</sup>, 5 de febrero de 2016.
- SAP de Barcelona, secc. 13.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2017.
- SAP de Valencia, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de noviembre de 2020.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, decimocuarta edición, Madrid: Edisofer.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.
- BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario a los artículos 1741 a 1742 y 1749 a 1752 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés y L. M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, núm. 588, 1583-1626.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto, núm. 581, 1431-1462.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 CC?, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio, 585-608.
- CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup>D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons.
- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *Revista de Derecho Patrimonial*, septiembre-diciembre, 1-26 (versión digital).
- COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 734, 3149-3193.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia.
- DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, número 698, noviembre-diciembre, 2359-2380.



- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 752, noviembre-diciembre, 3387-3466.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo. En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2), undécima edición, Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, C. (2020). Sobre el comodato o préstamos de uso, *Revista Boliviana de Derecho*, número 29, enero, 54-97.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021). Comentario al artículo 96.3 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi.
- ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Revista Aranzadi Civil*, número 2, 1997, 79-98.
- GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- GARCÍA PÉREZ, R. Mª. (2021). El contrato de préstamo. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 11.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y actio communi dividundo, *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero, 75-96.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1 de febrero, 1-38.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el registro de la propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2158-2524.
- (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 737, mayo-junio, 1893-1912.
- HERRERO GARCÍA, Mª.J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson
- (2013). *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, vol. II Contratos y cuasicontrato. Delito y cuasi delito, 5.ª edición revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson.

- LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 677-694.
- MARÍN PÉREZ, P. (1987). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXII.1.º*, Madrid: Edersa.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 3.<sup>a</sup> ed, Madrid: Colex.
- (2020). El préstamo y los contratos de financiación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y responsabilidad civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>ta</sup> T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 CC), Navarra: Thomson Civitas.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid: La Ley.
- ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2014). El contrato de comodato. El precario. En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid: Lex Nova.
- PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus
- SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica.
- TAMAYO CARMONA, J.A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra: Thomson-Aranzadi.

- (2016). Comentario a los artículos 1743 a 1748 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés, y L.M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario a los artículos 1741 a 1752 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi.
- VIRGADAMO, P. (2015). Il comodato casa familiare in italia: un rapporto precario, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre, 397-416.

## NOTAS

<sup>1</sup> SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill, 39-40; GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, núm. 588, 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, 11-12.

*Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 1030), que estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (*AC* 1993, 1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (*AC* 1996, 1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1914); de la misma Audiencia y sección, de 23 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004, 25749); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003, 277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

<sup>2</sup> ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 49.

<sup>3</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi, 46 y 194.

<sup>4</sup> HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup>J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil* T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 3.<sup>a</sup> ed, Madrid: Colex, 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

<sup>5</sup> *RJ* 1996, 9020. Para las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente

a los particulares de uno de los cónyuges»; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 353384) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar».

<sup>6</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo. En: P.J. Viladrich (coord.), *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Universidad de Navarra, 28.

<sup>7</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., 187.

<sup>8</sup> RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 99.

<sup>9</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. (1984). Comentario al artículo 70 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid: Tecnos, 349.

<sup>10</sup> LASARTE ÁLVAREZ C. (2021). *Principios de Derecho Civil VI Derecho de familia*, decimonovena edición, Madrid, Marcial Pons, 66.

<sup>11</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., 214. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 (*AC* 1993, 2235).

<sup>12</sup> HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, op. cit., 588.

<sup>13</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto, núm. 581, 1436.

<sup>14</sup> TAMAYO CARMONA, J.A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 34; ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, op. cit., 46-47.

<sup>15</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

<sup>16</sup> *Vid.*, ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., 45 y 226; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Navarra: Aranzadi, 291; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Revista Aranzadi Civil*, número 2, 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, op. cit., 1439-1440 *nota* 20 «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2731); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); de 27 de marzo de 2008 (*RJ* 2008, 4062); de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404); y, de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6708) en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que, por ello, le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del ex miembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiéndose que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

<sup>17</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artícu-

lo 96 del Código Civil?, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio, 607; y, *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9020); de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3139); de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585, 2012); y, de 16 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 355); la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007, 1666); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 1 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 4354); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2001 (*AC* 2001, 785); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 105791).

<sup>18</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); y, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404).

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4993); y, de 16 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

<sup>19</sup> *Vid.*, las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 4770); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); de 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3345); y, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404). Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.<sup>a</sup>, de 24 de abril de 1998 (*AC* 1998, 5078).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

<sup>20</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 51364).

<sup>21</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.<sup>a</sup> (1991). Comentario al artículo 400 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luís Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, T. I, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1103.

<sup>22</sup> La Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (BOE, núm. 45, 22 de febrero de 2017, 12442-12447) dispone que, cuando la cuota tiene carácter ganancial ha de aplicarse el régimen de coestión propio de los bienes gananciales. Esto significa que con arreglo a los artículos 1377 y 1378 del Código Civil para que pueda ser inscrito el decreto de adjudicación derivado de la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de división de la comunidad será imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: «1. Que la demanda por la que se ejercita la acción de división haya sido interpuesta por los dos cónyuges; 2. Que, habiendo sido presentada dicha demanda solo por uno de los esposos, el otro figure entre los demandados; o, 3. Que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento preste su consentimiento en documento público al acto por el que se materialice la división de la cosa común».

<sup>23</sup> *Vid.*, entre otros, CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *Revista de Derecho Patrimonial*, septiembre-diciembre, 6 (versión digital); DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 752, noviembre-diciembre, 3424.

<sup>24</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10684); de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6439); de 16 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9144); de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999, 3428); de 26 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3448); de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453, 2011), y, de 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 4787); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 (*AC* 1993, 1181); de la Audiencia Provincial de Almería, de 29 de junio de 1994 (*AC* 1994, 1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>,



de 29 de abril de 1998 (AC 1998, 4472); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2000 (AC 2000, 163); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.<sup>a</sup>, de 10 de abril de 2000 (AC 2000, 1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, de 8 de mayo de 2000 (AC 2000, 1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001, 89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2002 (AC 2003, 114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 139318); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.<sup>a</sup>, de 26 de marzo de 2012 (JUR 2012, 148901); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 2016 (JUR 2016, 52809); y, el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2011 (AC 2011, 819).

<sup>25</sup> RJ 2010, 2323.

<sup>26</sup> RJ 2010, 1274.

<sup>27</sup> RJ 2012, 3383. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 2021 (Roj. STS 1108/2021; ECLI:ES:TS:2021:1108); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 29482).

<sup>28</sup> DÍAZ MARTÍNEZ A. (1998). 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*, 384, señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que, los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; en este sentido, ROBLEDO VILLAR A. (1995) *La actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial, *La Ley* 1995-4, 985.

<sup>29</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., 509; GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y «actio communi dividundo», *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero, 84; CUENA CASAS M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, op. cit., 361.

<sup>30</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2010 (RJ 2010, 6031); y, de 24 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3007).

<sup>31</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001, 6); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2002 (JUR 2002, 115579).

<sup>32</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, de 21 de octubre de 2005 (JUR 2005, 252353).

<sup>33</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 543; de la misma autora (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, *Diario La Ley*, núm. 9332, sección Doctrina, 8 de enero, 2. *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 3 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1568); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 2 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 271492) ha perdido el carácter familiar por habitar una nueva familia, diferente a la originaria, al haberse casado la demandada, estableciendo en la vivienda litigiosa su domicilio conyugal, acordándose ante esta situación que el derecho de uso subsista hasta que se proceda a la división o venta de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.<sup>a</sup>, de 16 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 281274); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2004 (JUR 2004, 296197); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 4 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 15978); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2007 (AC 2007, 505); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 34610); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 12 de junio de 2018 (JUR 2018, 223603).

Por el contrario, se entiende que no procede la supresión, sin disponer ningún otro efecto, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2449); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 7 de junio de 2013 (JUR 2013, 264269); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de enero de 2016 (JUR 2016, 63874).

<sup>34</sup> CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 33-34; ELORRIAGA BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., 564; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2012). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana, op. cit., 3410-3411. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 1995 (AC 1995, 2219); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de junio de 1999 (JUR 1999, 272220); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003, 196943); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 31 de mayo de 2007 (JUR 2007, 312681); y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320, 2018) los cónyuges pactaron una utilización de la vivienda familiar al 50% por ser susceptible de división física. El padre solicita una nueva distribución de los elementos del domicilio, alegando que la madre ha rehecho su vida con otra pareja en cuyo domicilio convive. Sin embargo, la Audiencia desestima esta pretensión y acuerda mantener lo acordado por falta de prueba de la convivencia de la madre con su nueva pareja, y además señala que «no puede hacerse depender la necesidad de vivienda del hijo menor de la estabilidad sentimental de la madre con la nueva pareja, ello en el supuesto en que se hubiese demostrado que conviven los tres en otra vivienda distinta a la familiar».

<sup>35</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2016 (JUR 2016, 131580).

<sup>36</sup> *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 16 de julio de 2002 (JUR 2002, 227646).

<sup>37</sup> En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4495); y, de 23 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3531). Adoptando esta doctrina *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2018 (JUR 2018, 64717) que, es objeto del actual recurso de casación y obviando la posición fijada en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valladolid, de 14 de abril de 2017, objeto de recurso de apelación, en el que se mantuvo el uso y disfrute de la vivienda familiar pese a la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero; y, sin embargo, se acordó modificar el importe de la pensión alimenticia reduciendo los 500 euros mensuales que estipuló la sentencia de divorcio en 400 euros mensuales —doscientos por cada hijo—. Se opta en lugar de por la extinción del uso, por reducir la pensión alimenticia.

<sup>38</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6923); de 28 de abril de 2016 (RJ 2016, 2216); y, de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018, 352) acción de división de la cosa común ejercitada por el padre a la que se allanó la madre adjudicándosele aquel en subasta pública. Estamos ante una situación de precario en la que no cabe oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia que este sea un tercero ajeno al núcleo familiar o la pareja de hecho y copropietario del bien, al haber consentimiento expreso en el convenio de cesación del uso con la venta de la vivienda. Interés del menor protegido al fijarse ese plazo para el uso y contar, además, la madre con otra vivienda de su propiedad. Asimismo, *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 368684).

<sup>39</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274); y, de 11 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8048).

<sup>40</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021). Comentario al artículo 96.3 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 159.

<sup>41</sup> PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 45.

<sup>42</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid: La Ley, 43-44.



Por su parte, CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *op. cit.*, 2 (versión digital) indica, al respecto, que «la configuración alternativa como un derecho real se explica teniendo en cuenta que el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho dependiente del derecho primitivo de ocupación que se ostenta, de forma que, en ningún caso, puede tener aquel facultades mayores que las que otorgan a este».

<sup>43</sup> MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 166; LACRUZ BERDEJO J.L. *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 2.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 102; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2522. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992. Por su parte, LUNA SERRANO, A. (1982). *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*, Madrid: Civitas, 358 lo califica de derecho real de habitación temporal no vitalicio constituido con arreglo a la ley o por decisión judicial. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2636) lo califica de derecho de ocupación provisional oponible a terceros.

<sup>44</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *Actualidad Civil*, número 19, primera quincena noviembre, 2336; MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas, 251; DE LA PUENTE ALFARO F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre, número 698, 2371. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274).

<sup>45</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *Actualidad Civil*, 1332-1333.

<sup>46</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup>D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons, 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

<sup>47</sup> SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 136-139.

<sup>48</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 897.

<sup>49</sup> ROCA I TRÍAS, E. (1984). Comentario del artículo 96 del Código Civil, *VVAA Comentario a las reformas del Derecho de Familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, Madrid, 612-613; de la misma autora (1991). Comentario al artículo 96 del Código Civil, *Comentarios al Ministerio de Justicia, T. I*, Madrid 401.

<sup>50</sup> *RJ* 1992, 10136. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3807).

<sup>51</sup> *RJ* 1994, 7722.

<sup>52</sup> *RJ* 2004, 2713.

<sup>53</sup> *RJ* 2018, 352. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3807) parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (*AC* 1992, 522); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de junio de 1995 (*AC* 1995, 1654); y, de 27 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 4128); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2000 (*JUR* 2000, 210394); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.<sup>a</sup>, de 4

de diciembre de 2001 (AC 2002, 297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de abril de 2003 (JUR 2003, 142698); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, de 18 de enero de 2006 (AC 2006, 671).

<sup>54</sup> RJ 1999, 7680. *Vid.*, asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167); de 27 de diciembre de 2017; y de 11 de enero de 2018; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de abril de 2003 (JUR 2003, 142698).

<sup>55</sup> RJ 1994, 2945. *Vid.*, también las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330); y, de 4 de abril de 1997 (RJ 1997, 2636); de 18 de enero de 2009 (RJ 2010, 1274); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 (AC 1994, 1027); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2012 (JUR 2012, 298922).

<sup>56</sup> RJ 2004, 1234.

<sup>57</sup> *Vid.*, en esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 23 de enero de 1997 (AC 1997, 197). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y “sui generis” que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar; y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del “ius possidendi” sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuando tal inmueble constituía la vivienda familiar a modo de tal que ese “ius possidendi” así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

<sup>58</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 1993 (AC 1993, 1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996, 475); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004, 186909).

<sup>59</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 21 marzo 1996 (AC 1996, 475); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 19256); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 20 de marzo de 2017 (JUR 2017, 124359).

<sup>60</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211).

<sup>61</sup> RJ 1999, 6085. *Vid.*, la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167).

<sup>62</sup> RJ 2004, 2376. En el mismo sentido, las Resoluciones DGRN, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3155); de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634); y, de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667).

<sup>63</sup> RJ 2017, 5862.

<sup>64</sup> RJ 2018, 48.

<sup>65</sup> RJ 2010, 2323. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (LA LEY 171465, 2010).

<sup>66</sup> *Vid.*, DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, número 698, noviembre-diciembre, 2372; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 737, mayo-junio, 1903; GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *Actualidad Civil*, número 2, 1 de febrero, 20 y, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136); de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713); y, de 7 de julio de 2021 (RJ 2021, 3258); y las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167); y, de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 1667). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

<sup>67</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2342).

<sup>68</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2713).

<sup>69</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1104).

<sup>70</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 8 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7445).

<sup>71</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 936) desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario.

<sup>72</sup> *Vid.*, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero señala al respecto que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado.

*Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2020 (LA LEY 88185, 2020) indica que «el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como una verdadero concepto jurídico indeterminado que, la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural, bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales». Asimismo, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 1 y 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3139; *RJ* 2011, 3590); las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 20 de enero de 1998 (*AC* 1998, 3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2002 (LA LEY 31329, 2002).

<sup>73</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 13928, 1994); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453, 2011) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 90854, 2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726, 2012); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 69264, 2012) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714, 2013); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 10444, 2014); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090, 2014); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745, 2014); y, de 5 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 (*AC* 1995, 758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (*AC* 1997, 2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 (*AC* 1998, 326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 (*JUR* 1998, 89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070, 1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de junio de 2006 (*JUR* 2007, 10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 27477, 2007); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 279953, 2008); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 38828, 2010); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 125895, 2011); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 224628, 2012); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 19 de julio de 2012 (LA LEY 120942, 2012); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 224164, 2012); de la Audiencia

Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 214050, 2013); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 104742, 2014).

<sup>74</sup> *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 634).

<sup>75</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>ta</sup>T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 CC), Navarra: Thomson Civitas, 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 518 que, la finalidad tuitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «el padre tiene que, prever y proveer» con especial cuidado de todo lo concerniente a «la persona y los intereses más personalísimos del hijo» y a su «vida social».

De todas formas, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 295394).

<sup>76</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162416, 2012).

<sup>77</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107, 2011); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162426, 2012).

<sup>78</sup> *RJ* 2011, 3590.

<sup>79</sup> LA LEY 68745, 2014. Asimismo, señala que «el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 de la Constitución española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor; habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil». En esta línea, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3561); de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril y de 21 de junio de 2011 (LA LEY 14453, 2011; LA LEY 90854, 2011); de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 186204, 2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726, 2012); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422, 2012); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899, 2012); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714, 2013); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090, 2014); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 95232, 2014); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 64164, 2014); de 16 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3073); de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6048); de 5 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 5967); y, de 22 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1079); y, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 224413, 2012); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, *Vid.*, el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 151805); y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 355).

<sup>80</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 194732, 2011); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 87809, 2013) uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449) durante un año computable desde la fecha de la presente sentencia; y, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2008 dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 223438, 2010) límite temporal máximo de cuatro años; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 130663, 2011) a dos años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 28571) a un año.

<sup>81</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 549); asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2010 (*AC* 2010, 1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 159485) hasta que el hijo alcance los 21 años.

<sup>82</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2021 (*Roj.* STS 4617/2021; *ECLI:ES:TS:2021:4671*) procede atribuir la vivienda al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de estos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2011 (*LA LEY* 55229, 2011).

<sup>83</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2013 (*LA LEY* 180585, 2013); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2007 (*LA LEY* 117631, 2007); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2012 (*LA LEY* 175093, 2012); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2013 (*LA LEY* 52437, 2013).

<sup>84</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7447); y, de 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

<sup>85</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4375); de 16 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 47658) que señala, al respecto, que: «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre»; y, de 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2021 (*JUR* 2021, 396769) establece al respecto que «es claro que la sentencia recurrida ha desatendido esta doctrina al limitar la atribución del uso de la vivienda a los menores sin ampararse en alguno de los factores que hemos establecido para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el artículo 96 del Código Civil cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges. Y, también lo es, además, que esos factores tampoco se pueden considerar concurrente. El carácter familiar de la vivienda litigiosa ni siquiera se ha controvertido. Y la posibilidad que los hijos no la precisaran, al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios, ni se ha llegado a plantear. (...) En consecuencia, procede estimar el recurso de casación para, sumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Marisa en lo relativo al uso de la vivienda familiar, que, de conformidad con lo que solicita, procede atribuir al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de éstos».

<sup>86</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid: Lex Nova, 524. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2002 (*LA LEY* 33343, 2002) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquel; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 25 de octubre de 2005 (*LA LEY* 208063, 2005); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2010 (*LA LEY* 3028, 2010) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

<sup>87</sup> RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, *op. cit.*, 115; CUENA CASAS M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 386.

<sup>88</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre de 2010 (*LA LEY* 277807, 2010).

<sup>89</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2003 (*LA LEY* 91309, 2003).



<sup>90</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>ta</sup>. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 CC), *op. cit.*, 293.

<sup>91</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>ta</sup>. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 CC), *op. cit.*, 287; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 398. *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7722); y, de 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 10432); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 74784); las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1165); de 29 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2273); de 23 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 2546); y, de 1 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 608) por representar el interés más necesitado de protección y por ser el titular del contrato de alquiler de la vivienda de protección oficial; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2013 (*JUR* 2013, 200427), y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 15 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 180782).

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 19455) se procede a un atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por periodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación, división o a la venta.

<sup>92</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 1999 (*AC* 1999, 1782) la vivienda familiar es el lugar de trabajo de la esposa.

<sup>93</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 CC), *op. cit.*, 295-296; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 399-400; PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar, *op. cit.*, 535-536. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 294911); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 11 de septiembre de 2013 (*LA LEY* 171870, 2013); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2014 (*LA LEY* 129334, 2014) se atribuye a la esposa durante dos años, si transcurridos los mismos no se ha procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, tal derecho de uso se declara con carácter alterno a favor de ambos cónyuges.

<sup>94</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299).

<sup>95</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

<sup>96</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2017 (Roj. STS 1792/2017; ECLI:ES:TS:2017:1792); y, de 6 de abril de 2018 (Roj. STS 1167/2018; ECLI:ES:TS:2018:1167).

<sup>97</sup> Roj. STS 2246/2013; ECLI:ES:TS:2013:2246:2246. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 12 de septiembre de 2016 (Roj. STS 4045/2016; ECLI:ES:TS:2016:4045); de 16 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 666) se estimula la cooperación de los progenitores; y, de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 4032/2020; ECLI:ES:TS:2020:4032).

<sup>98</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2018 (Roj. STS 3479/2018; ECLI:ES:TS:2018:3479).

<sup>99</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 (Roj. STS 3743/2018; ECLI:ES:TS:2018:3743).

<sup>100</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017 (Roj. STS 849/2017; ECLI:ES:TS:2017:849); de 9 de mayo de 2017 (Roj. STS 1786/2017; ECLI:ES:TS:2017:1786); de 22 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3327/2017; ECLI:ES:TS:2017:3327); de 25 de octubre de 2017 (Roj. STS 3755/2017; ECLI:ES:TS:2017:3755); de 17 de enero de 2018 (Roj. STS 43/2017; ECLI:ES:TS:2018:43); de 7 de junio de 2018 (Roj. STS 2102/2018; ECLI:ES:TS:2018:2102); y de 13 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4930).

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 (*LA LEY* 153054, 2012) dispone al respecto que «como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de

los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que asumiendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello, de forma que la decisión del juez sobre la guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquellos».

<sup>101</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5532/2016; ECLI:ES:TS:2016:5532); de 19 de octubre de 2017 (Roj. STS 3724/2017; ECLI:ES:TS:2017:3724); de 10 de enero de 2018 (Roj. STS 21/2018; ECLI:ES:TS:2018:21); de 18 de abril de 2018 (Roj. STS 1414/2018; ECLI:ES:2018:1414); y, de 30 de octubre de 2018 (Roj. STS 3684/2018; ECLI:ES:TS:2018:3684).

<sup>102</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2017 (LA LEY 40716, 2017).

<sup>103</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016 (Roj. STS 2617/2016; ECLI:ES:TS:2016: 2617); de 22 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5537/2016; ECLI:ES:TS:2016:5537); y, de 27 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3378/2017; ECLI:ES:TS:2017:3378). Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 20 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 28517) existe una óptima vinculación afectiva con ambos progenitores.

<sup>104</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2017 (Roj. STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161); de 22 de febrero de 2017 (Roj. STS 582/2017; ECLI:ES:TS:2017:582); de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226); de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255); y, de 27 de octubre de 2021 (Roj. STS 4022/2021; ECLI:ES:TS:2021:4022). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016 (Roj. STS 1638/2016; ECLI:ES:TS:2016:1638) señala que la absolución del delito de maltrato habitual al cónyuge constituye un cambio de circunstancias esencial a valorar en una eventual modificación de medidas.

Ahora bien, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante auto de 28 de septiembre de 2020 (LA LEY 2633455, 2020) ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil que, excluye la guarda conjunta, cuando existe un proceso penal entre los cónyuges por alguno de los delitos que indica, por vulneración del principio del interés superior del menor, por la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes tutelada por el artículo 10.1 CE, en relación con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del artículo 10 de la propia Constitución y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al artículo 39.1 CE; por la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad; y la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes protegida en el artículo 18.1 CE. En el caso de autos, los litigantes sometieron a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la compartían ambos progenitores por semanas alternas, estando pendiente un proceso penal en el que el padre tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la madre está siendo investigada por un delito de violencia doméstica conexo con los anteriores, habiendo ocurrido los hechos de posible relevancia penal antes de la separación de hecho del matrimonio. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental.

Para la titular del Juzgado la custodia compartida contemplada en el artículo 92 del Código Civil limita el principio de protección del menor que se deriva del artículo 39 CE, particularmente de sus apartados 2 y 4, en todos aquellos casos en los que concurren similares circunstancias a las de este asunto en el cual se dan todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para acordar la custodia compartida, mostrándose este como el sistema más beneficioso para los hijos menores de las partes. Asimismo, limita el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y los principios de protección a la familia (art. 39.1 CE) y a los menores (arts. 39.2 y 39.4 CE), en relación con el derecho a la vida familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y limita también el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1



CE) y el derecho a la vida privada (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el artículo 10.1 CE). Asimismo, entiende que, si la finalidad del artículo 92.7 del Código Civil es, en último término, satisfacer el interés del menor, en casos como el presente la prohibición de custodia compartida constituye un obstáculo. Y si su finalidad es apartar al menor de un peligro (el progenitor al que se atribuye una conducta delictiva en el ámbito familiar), la norma resulta irrelevante porque no impide que el menor acabe bajo la custodia exclusiva de aquel. En este caso, se puede lograr el mismo resultado que se consigue con el actual artículo 92.7 del Código Civil introduciendo una excepción que, con las cautelas que se consideren necesarias, permita establecer la custodia compartida cuando de las circunstancias del caso resulte que ese régimen de custodia se adecúa mejor al interés superior del menor. Por lo tanto, las limitaciones de los artículos 10.1 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos podrían no estar justificadas constitucionalmente por la finalidad de proteger el interés superior del menor que persigue el artículo 92.7 inciso primero del Código Civil. Y en la medida en que, adicionalmente, la regla prohibitiva que contiene el precepto está configurada de tal modo que resulta contraria al artículo 39 apartados 2 y 4 de la CE, por no respetar el interés superior del menor, no es posible justificar tales limitaciones sobre la base de las segundas de las posibles finalidades constitucionales de la norma —la protección de las víctimas de violencia doméstica—, ya que, como se ha indicado anteriormente, esta finalidad está siempre supeditada a la adecuada consecución de la otra —la tutela del interés superior del menor—.

Así pues, procede elevar la cuestión de inconstitucionalidad en los términos que resultan de los anteriores fundamentos, acordando la suspensión provisional de las actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

El Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 15 de diciembre de 2020 ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 4701-2020, planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera en el procedimiento de divorcio contencioso número 23-2020 en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión (BOE, número 332, de 22 de diciembre de 2020, 117501).

<sup>105</sup> Esta Ley 17/2021 ha entrado en vigor el día 5 de enero de 2022. A partir de ahora a los animales se les califica de seres vivos «sintientes», dejando de ser cosas.

Otro supuesto de violencia vicaria se contiene en la reforma del artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la violencia de género por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Dispone al respecto que «la violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o algunos menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado 1 del citado precepto». En concreto, a la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones familiares de afectividad, aun sin convivencia.

<sup>106</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2019 (Roj. STS 2832/2019; ECLI:ES:TS:2019:2832); y de 26 de octubre de 2020 (Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562).

<sup>107</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899, 2012) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

<sup>108</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017, 483); de 6 de julio de 2020 (RJ 2020, 2220); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2014 (JUR 2014, 119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (LA LEY 108568, 2014); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 141867, 2014) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 276233)

atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y periodos vacacionales; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 15 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 248972).

En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61) no es un sistema que, vele por el interés de los menores ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

<sup>109</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2017 (Roj. STS 2347/2017; ECLI:ES:TS:2017:2347).

<sup>110</sup> *Vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2014 con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 178933); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2014 (*JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 27 de octubre de 2014 (*JUR* 201549497).

<sup>111</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 233941) uso alternativo por periodos temporales.

<sup>112</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 y 27 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3323/2017; ECLI:ES:TS:2017:3323; Roj. STS 3369/2017; ECLI:ES:TS:2017:3369); y, de 20 de diciembre de 2021 (*JUR* 2022, 39937) en la que descartando el modelo de casa nido, se atribuye a la madre e hija el uso de la vivienda litigiosa, en consideración a la precaria situación económica de la recurrente, que se trata de una vivienda de naturaleza ganancial, en la que venía conviviendo madre e hija menor. No obstante, se fija el límite temporal de los dos años, solicitado en el recurso, a contar desde la fecha de esta sentencia que, coincidirá con la mayoría de edad de la menor (art. 96.1 CC).

<sup>113</sup> LUQUE JIMÉNEZ, Mª del C. (2012). *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., 2012, 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO T. (2009). Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso, *La Ley*, núm. 7105, año XXX, 2 de febrero, 7. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7834); de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489, 2014); de 24 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; de 6 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1321); de 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la sentencia; de 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; de 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449); de 23 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; de 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 878); de 10 de enero y 20 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 74; *RJ* 2018, 573); de 9 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 1852); de 12 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 1574) un año desde la fecha de esta sentencia; de 26 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 4165) limitación a dos años; y, de 4 de octubre de 2021 (*RJ* 2021, 4459) a dos años. Asimismo,

las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 136661, 2012); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, de 18 de julio de 2016 (JUR 2016, 221681).

<sup>114</sup> Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489, 2014) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; y, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017, 483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social, no procede a entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencias las incidencias que procedan.

<sup>115</sup> Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 de junio de 2013 (JUR 2013, 317947) a la esposa.

<sup>116</sup> Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (Roj. STS 973/2017; ECLI:ES:TS:2017:973); de 7 de junio de 2018 (RJ 2018, 2857) de 22 de junio de 2021 (RJ 2021, 2988); y, de 3 de enero de 2022 (JUR 2022,39826).

<sup>117</sup> Así los artículos 230-20.4, 233-20.2 y 233-20.3 a) del Código Civil catalán; el artículo 81.1 del CDFa; y, el artículo 9 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

<sup>118</sup> LA LEY 601/2017.

<sup>119</sup> JUR 2017/20739.

<sup>120</sup> Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 (Roj STS 3276/2021; ECLI:ES:TS:2021:3276); de 19 de octubre de 2021 (Roj STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770); y, de 2 de noviembre de 2021 (Roj STS 4003/2021; ECLI:ES:TS:2021:4003).

<sup>121</sup> En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 158.

<sup>122</sup> JUR 2017/20694. Asimismo, las Sentencias de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1633); y, de 4 de abril de 2018 (RJ 2018, 1185).

<sup>123</sup> Asimismo en esta línea, Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2017 (JUR 2017, 60732). Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2015 (JUR 2016, 4526) se atribuye la vivienda a la madre, al entender que hay que cubrir las necesidades del hijo común con una discapacidad psíquica importante del 65% y que es dependiente económicamente de sus padres.

<sup>124</sup> Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2018 (RJ 2018, 1185).

<sup>125</sup> RJ 2017, 4528 en un caso de unión extramatrimonial. Si el uso del bien inmueble se atribuye a la menor hija común, se vería desplazado del mismo a la otra hija del padre, desfavoreciendo sus necesidades de convivencia con el progenitor que tiene en común. No se atribuye a la madre como custodia de uno de los hijos, pues, tiene una vivienda en la misma zona y de la que no se niega que pueda utilizarla y satisfacer las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad.

<sup>126</sup> RJ 2018, 460.

<sup>127</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, decimo-cuarta edición, Madrid: Edisofer, 802.

<sup>128</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C. (2020). El préstamo y los contratos de financiación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones*, vol. II Contratos y responsabilidad civil, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer, 268.

<sup>129</sup> GARCÍA PÉREZ, R. M.<sup>a</sup> (2021). El contrato de préstamo. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 11.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 402.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2), undécima edición, Madrid: Tecnos, 157 lo definen como «un contrato en virtud del cual el comodatario recibe una cosa no fungible para usarla durante cierto tiempo, al cabo del cual ha de restituirla». DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, en: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 462 por el contrato de comodato «una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva». En fin, LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2171 configura este contrato como «aquel por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible para que la use durante un determinado periodo de tiempo y se la devuelva».

<sup>130</sup> BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés y L. M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 820. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3275).

<sup>131</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2020). El préstamo y los contratos de financiación, *op. cit.*, 268; GARCÍA PÉREZ, R. M.<sup>a</sup> (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.*, 402; 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.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson, 163. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2020 (RJ 2002, 3313) si se pactara como contraprestación la obligación del comodatario de entregar al comodante parte de las ganancias obtenidas por el uso del bien, dejaría de ser gratuito.

<sup>132</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2171. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 1965 (RJ 1965, 2432); y, de 21 de diciembre de 1967 (RJ 1967, 4706).

<sup>133</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2014.

<sup>134</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, 1885 considera que también se puede considerar como «sinalagmático *ex post facto*», esto es, contrato que al liquidarse puede generar obligaciones para la parte que, en principio, no resulta obligada por este».

<sup>135</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 802.

A todos estos caracteres se refiere DOMÍNGUEZ GUILLÉN C. (2020). Sobre el comodato o préstamos de uso, *Revista Boliviana de Derecho*, número 29, enero, 63-75.

<sup>136</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. ((2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 163.

<sup>137</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 462. Por su parte, LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2171 indica que «lo diferencia del simple préstamo o mutuo, donde lo prestado consiste en dinero u otra cosa fungible y quien lo recibe debe devolver, transcurrido un plazo, otro tanto de la misma especie y calidad y donde se puede pactar el pago de intereses».

<sup>138</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3251); y, de 14 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2221).

<sup>139</sup> En este sentido, PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2014). El contrato de comodato. El precario. En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 897 asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3880).

<sup>140</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3275).

<sup>141</sup> PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 896 respecto de la posibilidad que los menores cesan en comodato los bienes de su propiedad sobre lo que tienen la administración, entiende que «si las condiciones del uso convenido o del tiempo previsto exceden de lo que es habitual o conforme a los usos sociales, tendrá

sentido admitir una reclamación de los padres o guardadores exigiendo la anulación del comodato».

<sup>142</sup> En todo caso, precisa LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 163 que «aun cuando tuviese la propiedad, la acción personal nacida del comodato presenta, para reclamar la restitución, notables ventajas sobre la reivindicatoria: es innecesario demostrar la propiedad, y se puede dirigir contra el comodatario, aunque no esté en posesión de la cosa, en cuyo caso debe indemnizar». En la misma línea, BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 819 quién, además, indica que «en los casos de arrendatario y del usufructuario, la acción que se ostenta para obtener la restitución de la cosa es únicamente la personal derivada del contrato mismo de comodato. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 31 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10670).

Por otra parte, en el artículo 562.4 apartado 1 del Código Civil de Cataluña se alude expresamente a la indisponibilidad de los derechos del uso y habitación sin el consentimiento del propietario; y la Ley 425 de la Compilación de Navarra dispone, asimismo, que los titulares de estos derechos no pueden ceder totalmente su derecho, aunque sí, aunque si compartir su ejercicio con otras personas, tanto mediante retribución, como sin ella.

<sup>143</sup> MARÍN PÉREZ, P. (1987). Comentario al artículo 1741 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXII.1.º, Madrid: Edersa, 43.

<sup>144</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 1886 precisa que, en caso de percepción de los frutos por el propietario, «el comodatario (preceptor) tendrá derecho de crédito en los términos del artículo 356 del Código Civil».

<sup>145</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 804. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 158.

<sup>146</sup> BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 820.

<sup>147</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2172.

<sup>148</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2172.

<sup>149</sup> COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 3522.

<sup>150</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2173; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentarios al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 821 y 842.

<sup>151</sup> BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 821.

<sup>152</sup> Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 158.

<sup>153</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1742 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch, *Comentarios del Código Civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1608; BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1742 del Código Civil, *op. cit.*, 1887; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1742 del Código Civil, *op. cit.*, 822. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, de 25 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 408339).

<sup>154</sup> Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 158; LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil *op. cit.*, 2173; COSTAS RODAL L. (2020). Comodato, *op. cit.*, 3529.

<sup>155</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10670).

<sup>156</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 803; LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2171.

<sup>157</sup> BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 820. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3275).

<sup>158</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, C. (2020). Sobre el comodato o préstamos de uso, *op. cit.*, 77-78.



- <sup>159</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 802.
- <sup>160</sup> PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup>Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 891-892.
- <sup>161</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3067).
- <sup>162</sup> COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.*, 3523; TAMAYO CARMONA J.A. (2016). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.*, 831.
- <sup>163</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.*, 2176 sea subjetivo (dolo) u objetivo (riesgo); BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.*, 1890.
- <sup>164</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.*, 1890 indica que mejor que la expresión «sin culpa suya» debería decir «sin que concurra título alguno de imputación por el que deba responder conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, ni subjetivo (dolo, culpa), ni objetivo (esfera de control del deudor, riesgo implícitamente asumido al contratar».
- <sup>165</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.*, 1890; PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1745 del Código Civil. En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 11938.
- <sup>166</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1746 del Código Civil, *op. cit.*, 1890.
- <sup>167</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10670); de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 180); y, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4244).
- <sup>168</sup> COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.*, 3524.
- <sup>169</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.*, 2178; PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.*, 11949; COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.*, 3526;
- <sup>170</sup> BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.*, 835. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4244).
- <sup>171</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1749 del Código Civil, *op. cit.*, 1892.
- <sup>172</sup> La doctrina entiende que, aunque el artículo 1746 del Código Civil solo se refiera a deterioros, la exención de responsabilidad (sin culpa suya) se aplica también a los casos de pérdida de la cosa sin mediar negligencia. *Vid.*, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 465 nota 31.
- <sup>173</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2173. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10670) debe pagar el comodatario las cuotas de la comunidad de propietarios, cuando el objeto prestador es un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal.
- <sup>174</sup> TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario al artículo 1743 del Código Civil. En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi, 1969.
- <sup>175</sup> TAMAYO CARMONA J.A. (2016). Comentario al artículo 1743 del Código Civil. En: J. Orduña Moreno, J. Plaza Penadés, y L.M. Martínez Velencoso (coords.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 823.
- Para DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 1608 distingue entre los gastos de la cosa como bien-capital y los derivados de la cosa como bien de uso y son estos gastos a cargo del comodatario.
- <sup>176</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 164. En esta línea, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 465.
- <sup>177</sup> TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 825.

<sup>178</sup> Sin embargo, la Ley 541 del Fuero Nuevo de Navarra posibilita tal derecho de retención a favor del comodatario a efectos del pago de los gastos debidos por el comodante y abonados por el comodatario.

<sup>179</sup> TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2001). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 1969.

<sup>180</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 2174.

<sup>181</sup> COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.*, 3522.

<sup>182</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 2174.

<sup>183</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 164.

<sup>184</sup> Para BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1748 del Código Civil, *op. cit.*, 1891 se trata de un supuesto de «solidaridad legal» que se rige por las reglas generales en materia de solidaridad de deudores».

<sup>185</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1748 del Código Civil, *op. cit.*, 2177.

En el mismo sentido, TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1748 del Código Civil, *op. cit.*, 833.

<sup>186</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 805-806.

<sup>187</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2171.

<sup>188</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1993 (RJ 1993, 4829).

<sup>189</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 160.

<sup>190</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 2180.

Por su parte, BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 1894 indica que mientras los gastos de conservación ordinarios «son los que permiten que la cosa resulte apta para el uso pactado; los extraordinarios «atienden a su misma subsistencia, o a su aptitud para usos distintos del pactado». Así entiende que, en el comodato de vivienda en régimen de propiedad horizontal «las cuotas de la comunidad de vecinos correspondientes al tiempo de duración del contrato son gastos de uso; las cuotas correspondientes a limpiezas especiales, pero periódicas, podrían considerarse gastos ordinarios de conservación; pero las cuotas para la limpieza extraordinaria de la fachadas (cada treinta o cuarenta años), o para realizar alguna inversión más ambiciosa y duradera, como un cambio de caldera podrán considerarse como gastos de conservación extraordinarios».

Para BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 840-841 el concepto de extraordinario «no es sinónimo de imprevisible y por tal motivo será de aplicación no solo en los supuestos derivados del caso fortuito o fuerza mayor, sino también ante cualquier gasto que la lógica hubiera obligado a contemplar en el momento en que nació el comodato, pero que ha devenido imprescindible para asegurar la conservación del bien».

<sup>191</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2173-2174. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1993 (RJ 1993, 4829) no considera gastos ordinarios la colocación de rejas en las puertas y ventanas e instalación de agua y luz en la vivienda cedida.

<sup>192</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1741 del Código Civil, *op. cit.*, 2174. No obstante, para TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1743 del Código Civil, *op. cit.*, 824-825 respecto a los seguros obligatorios «tendrá especial relevancia atender a las circunstancias del comodato, en atención a la práctica previa de la actividad por el comodante la duración del préstamo, distribuyendo en consecuencia, la imputación del gasto» y respecto a los seguros voluntarios «desde el momento en que el beneficiario del seguro es el comodante (comodato como bien-capital) no parece adecuado repercutir las primas abonadas por él durante el tiempo del comodato, alegando que se trata de un gasto ordinario, o mucho menos y, por definición, necesario» y añade a esto que «respecto a la imposición al comodatario del mismo como condición previa a la entrada en posesión del bien, desnaturalizaría la esencial gratuidad del contrato, además de poder obtener el mismo resultado sin necesidad de imponer al comodatario un gasto».



De todas formas, la Ley 541 del Fuero Nuevo de Navarra establece que el comodante debe pagar las contribuciones y seguros y debe, asimismo, abonar al comodatario los gastos extraordinarios que la cosa haya causado e indemnizarle de los daños producidos por vicios de la cosa prestada que conocía el comodante y no declaró. El comodatario puede también retener la cosa prestada hasta que el comodante cumpla con esta obligación.

<sup>193</sup> COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.*, 3527; LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 2181; PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 2181; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 842.

<sup>194</sup> BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1751 del Código Civil, *op. cit.*, 842.

<sup>195</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 20 de febrero de 2008 (AC 2008, 974) respecto de urgente necesidad establece que «el diccionario define el calificativo de urgente como apremiante, que ha de ejecutarse con rapidez o prontitud, se trata, pues, de un término valorativo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de la cosa que se precise o de la actuación que se haya de ejecutar. Así, en relación a la urgencia de la necesidad exigida por la Ley para pedir la restitución en los supuestos de comodato no puede valorarse con la misma intensidad en aquellos casos en que la cesión se ha hecho por un periodo corto o por un uso determinado y concreto de una duración muy limitada (por ejemplo, la cosecha, una feria, la preparación o la realización de un determinado evento o curso o la ejecución de determinadas obras) que en aquellos en que el uso para el que se prestó, se refiera a un tiempo más prolongado, así el concepto de «urgencia» ha de relativizarse en supuestos como el presente en que se trate de un «usos» (aceptado y fijado como tal en el pleito anterior tan genérico («vivienda familiar») que se puede dilatarse en el tiempo, durando de por vida y dejando prácticamente, vacía de contenido la titularidad dominical. Así la urgencia en tales casos exige una cierta inmediatez sin que sea preciso que, se trate de algo imperioso o absolutamente inaplazable».

<sup>196</sup> GARCÍA PÉREZ, R.M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.*, 405; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 466; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.*, 843; PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 915-916; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 166, asimismo, este autor equipara el conocimiento a la culpa lata, cuando no esté compensada por la negligencia del comodatario.

<sup>197</sup> Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 160.

<sup>198</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.*, 2182.

<sup>199</sup> TRUJILLO DíEZ, I.J. (2001). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.*, 1975.

Para PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 917 «se trata de un régimen de responsabilidad basado en la culpa».

<sup>200</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 166.

<sup>201</sup> En esta línea, BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.*, 1895.

<sup>202</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1752 del Código Civil, *op. cit.*, 1622.

<sup>203</sup> Sin embargo, los artículos 569.3 y del Código Civil catalán permiten al poseedor de buena fe de un bien ajeno, mueble o inmueble, retener su posesión en garantía de pago de los daños producidos por razón de la cosa a la persona obligada a la entrega. Por su parte, la Ley 473 del Fuero Nuevo de Navarra se refiere al derecho de retención convencional que será inscribible cuando la naturaleza del objeto lo permita.

<sup>204</sup> GARCÍA PÉREZ, R.M.ª (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.*, 404. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 807.

Para LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 165 este hipótesis «puede entenderse como de incumplimiento doloso (art. 1107.2 CC)». Mientras que, para LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 2174 resulta conveniente una conducta culposa o dolosa. A lo que añade que, «equivale a

esta conducta y por tanto, se aplica esta misma consecuencia, cuando el comodatario ceda a y un tercero el uso del bien prestado».

<sup>205</sup> TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 826. En esta línea, GARCÍA PÉREZ, R.M.<sup>a</sup> (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.*, 404.

<sup>206</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 165.

<sup>207</sup> Para LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 165 estamos ante un caso de mora del deudor, al parecer automática (art. 1096.3 CC). En el mismo sentido, Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 159. Por su parte, López Maza, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 2174 precisa que «la mora en que incurre el comodatario por el retraso en el cumplimiento de su obligación de restitución es automática y no requiere la reclamación previa del comodante (art. 1100.1 CC)».

<sup>208</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 464 nota 32.

<sup>209</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 159. En el mismo sentido, aplicando analógicamente el artículo 1896.2 del Código Civil López Maza, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 2175.

<sup>210</sup> López Maza, S. (2021). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 2175.

<sup>211</sup> TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 827.

<sup>212</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1744 del Código Civil, *op. cit.*, 1889.

En esta línea, PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 920 si bien, matiza que «si no se señaló de modo expreso u tiempo de uso, sí sería necesario un requerimiento, puesto que solo a partir de entonces podría considerarse que el comodatario se retrasa negligentemente en la devolución y debe soportar las consecuencias negativas de la misma».

<sup>213</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 165.

<sup>214</sup> GARCÍA PÉREZ, R.M.<sup>a</sup> (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.*, 404.

<sup>215</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 159.

<sup>216</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 1889-1890 quien, asimismo, indica que «si la pérdida o deterioro fuesen culpables y por cuantía superior a la tasación, parece lógico que pueda acudir al régimen ordinario de responsabilidad contractual, salvo la tasación se hubiera pactado “en sustitución de esta”».

<sup>217</sup> TAMAYO CARMONA, J.A. (2016). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 829.

Para DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 1889 este supuesto opera «no solo cuando exista pacto en que expresamente se exima de responsabilidad al comodatario», sino siempre que «se pruebe que “la voluntad de las partes al llevar a cabo la anticipada tasación fie en cualquier cosa distintas de la de imponer al comodatario tan excepcional responsabilidad”».

<sup>218</sup> López Maza, S. (2021). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 2175.

<sup>219</sup> TRUJILLO Díez, I.J. (2001). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 1970.

<sup>220</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 1611.

En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 922 que considera al respecto que «el traspaso de los riesgos del comodatario en caso de tasación tiene el límite que la cosa se hubiera perdido, igualmente, en poder del comodatario (art. 1896 CC)».

<sup>221</sup> López Maza, S. (2021). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 2175-2176. En esta línea, COSTAS RODAL, L. (2020). Comodato, *op. cit.*, 3524.

<sup>222</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 1889-1890. En la misma línea, PARRA LUCÁN, M. Á. (2013). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 11934.

<sup>223</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1745 del Código Civil, *op. cit.*, 2176.

<sup>224</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 807; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 160; GARCÍA PÉREZ, R.M.<sup>a</sup> (2021). El contrato de préstamo, *op. cit.*, 405; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013). El préstamo, *op. cit.*, 466.

<sup>225</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4244); y, de 11 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8048) señalan que no es suficiente con un uso genérico que pueda tener la cosa en sí misma, sino que resulta necesario un uso concreto y determinado, derivado de la temporalidad del comodato y la exclusión de su carácter vitalicio. Por su parte la Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2011 (RJ 2012, 3180) el derecho de uso no sujeto a plazo o uso, no resulta objeto de inscripción cuando se configura como un derecho personal.

<sup>226</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5587); de 13 de abril de 2009 (RJ 2009, 2895); de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 8848); y, de 23 de abril de 2015 (RJ 2015, 1209).

<sup>227</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1750 del Código Civil», *op. cit.*, 2178-2179 precisa que «la costumbre de la tierra se refiere a los usos sociales con trascendencia jurídica, esto es, a lo que es normal en las circunstancias en que se celebra el contrato».

<sup>228</sup> PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2014). El contrato de comodato. El precario, *op. cit.*, 928. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2010 (RJ 2009, 4244).

<sup>229</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3880).

<sup>230</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 167 destaca que «cuando hay verdadera concesión y puesta en posesión de la cosa comodada, se forme entre precaristas y concedente un tejido de relaciones que son propiamente contractuales y a las que se aplican los requisitos del comodato»; a lo que añade que «tampoco se puede afirmar que la libre recuperabilidad de la cosa elimine la idea del contrato, por quedar el cumplimiento al arbitrio de una de las partes (art. 1256); que a él, sí, el cese de la relación contractual, más no la existencia de obligaciones entre las partes mientras la posesión precaria se halle pendiente. El acuerdo entre el concedente y precarista justifica y titula a la posesión con algo más que la mera tolerancia de quien, simplemente, ve ocupar su finca sin impedirlo»; BATALLER RUIZ, E. (2016). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.*, 835.

Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2007 (JUR 2007, 21389) bajo la denominación de precario «se pueden englobar dos situaciones distintas: una, derivada de la posesión por un tercero al margen de la voluntad del dueño, y otro, la posesión a título gratuito por un tercero con consentimiento del dueño, pero manteniendo este la posesión la facultad de recuperarla en cualquier momento. Es lo que podríamos llamar un precario contractual; pues, bien, este es una modalidad de comodato y así lo regula el Código Civil».

<sup>231</sup> Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 161.

<sup>232</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6878) la ausencia de plazo y de uso de la cosa prestada lleva a la existencia de precario.

<sup>233</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.*, 2179; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 161. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 1958 (RJ 1958, 593); de 31 de enero de 1995 (RJ 1995, 413); de 30 de julio de 1991 (RJ 1991, 5673); de 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9163); de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1301); de 25 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1407); y de 21 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5037).

<sup>234</sup> RJ 2021, 3258. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6017) define el precario como el «(...) disfrute o simple tenencia de una

cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor o sin ella», por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Asimismo, las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 28 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2162); y, de 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 605) dispone que se trata de «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 derechos. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 14 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 351416) indica que «de forma constante por doctrina y jurisprudencia constituye precario “la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia”».

Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 29 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1930) equivale «a la posesión graciosa desprovista de cualquier derecho, ya que solo responde a la mera tolerancia del dueño»; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 4 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 178471) siguiendo la tendencia doctrinal favorable a la inclusión en el concepto de precario de todos los supuestos en que una persona posee una cosa sin derecho alguno para ello, con independencia de la causa de la posesión, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1961 y de 26 de abril de 1963) que «el desahucio en precario, para ser eficaz, ha de apoyarse en dos fundamentos: de parte del actor, la posesión real de la finca, a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla; y por otra parte del demandado, la condición de precarista, es decir, la ocupación del inmueble sin ningún otro título que la mera tolerancia del dueño o poseedor, apareciendo ambos requisitos como suficientes, pero también como necesarios para el éxito de la acción». Por otro lado, indica que «definido el precario como la situación de hecho que implica la utilización de los ajeno faltando el título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se ha tenido nunca, ya porque habiéndole tenido se pierde, siendo la carencia de título y el no pagar merced la esencia del precario, como hechos negativos y por la dificultad de su prueba, es al demandado a quien corresponde probar lo que se ponga a esta afirmación, bastándole para enervar la acción una mera prueba indiciaria o indirecta de la existencia de título».

<sup>235</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 2323).

<sup>236</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.*, 1620; Díez-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2015). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 162 señalan que, el poseedor puede pagar cantidades en contraprestación por el uso (v.gr., recibos de luz, gastos de comunidad, etc.) y, además, salvo pacto en contrario, los gastos de mero uso no desnaturalizan el precario; BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.*, 1893. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 7255); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 5 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 146386).

<sup>237</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4688).

<sup>238</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 466.

<sup>239</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de octubre de 1993 (*AC* 1993, 2161); de la Audiencia Provincial de Soria, de 12 de diciembre de 1996 (*AC* 1996, 2542); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10ª, de 28 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 72740); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, de 23 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 95808); de la misma Audiencia Provincial y secc., de 2 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/116194); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 6.ª, de 1 de mayo de 2002; y, secc. 1.ª, de 19 de febrero de 2003; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, de 21 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 73023); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 1 de febrero de 2002 (*AC* 2002, 430); de la Audiencia Provincial de

Cádiz, secc. 7.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 137446); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 135946); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.<sup>a</sup>, de 3 de octubre de 2003 (*JUR* 2003, 264463); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.<sup>a</sup>, de 14 de julio de 2006 (*AC* 2006, 2375); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2009 (*JUR* 2009, 401496).

<sup>240</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, 2 de noviembre de 1993 (*AC* 1993, 2359); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 16 de febrero de 1995 (*AC* 1995, 839); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 16 de julio de 1996 (*AC* 1996, 1438); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 7362); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 5.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000, 301745); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 25 de octubre de 2000 (*JUR* 2000, 304363); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 63496); y, secc. 1.<sup>a</sup>, de 31 de julio de 2002 (*JUR* 2003, 41232); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de septiembre de 1999; secc. 5.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 1999; y, secc. 4.<sup>a</sup>, de 11 de septiembre de 2002; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 44313); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 304274); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.<sup>a</sup>, de 16 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 29020); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 64151); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2005 (*JUR* 2006, 46247); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007, 134618); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 21389); de la misma Audiencia y secc., de 27 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 5616); de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 12515); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 345536); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.<sup>a</sup>, de 15 de abril de 2011 (*JUR* 2011, 240779); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.<sup>a</sup>, de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 118599); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 368684); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 174403); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 195423) se aplican por analogía esta doctrina a la unión de hecho; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 1 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 127271); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 37601); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 75694).

<sup>241</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 20 de junio y 25 de octubre de 2000; y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2000 y, secc. 3.<sup>a</sup>, de 12 de septiembre de 2002.

<sup>242</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 1993; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 1995; de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 1995 y secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 1996; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 1998; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 1998; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.<sup>a</sup>, de 24 de noviembre de 2000 y, secc. 4.<sup>a</sup>, de 23 de diciembre de 2000; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.<sup>a</sup>, de 29 de mayo de 2002; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2002; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2003; y de 21 de enero de 2002; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.<sup>a</sup>, 21 de enero de 2002; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 2002.

<sup>243</sup> *RJ* 1964, 5552.

<sup>244</sup> *RJ* 1992, 10250.

<sup>245</sup> *Roj STS 20231/1994; ECLI:ES:TS:1994:20231.*

<sup>246</sup> *RJ* 2006, 180.

<sup>247</sup> *RJ* 2008, 5587.

<sup>248</sup> *RJ* 2008, 6923.

<sup>249</sup> *RJ* 2008, 6925.

<sup>250</sup> *RJ* 2009, 5.

<sup>251</sup> *RJ* 2009, 393.

<sup>252</sup> *RJ* 2009, 2323.

<sup>253</sup> *RJ* 2010, 274. Se ha formuló voto particular por los magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O'Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller estimando que, en este supuesto estamos ante un comodato y no ante un precario.

En la misma línea, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 5704); de 25 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 1407); de 14 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6041); de 11 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8048); de 22 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 936); de 18 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 935); de 30 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3724); de 10 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6389).

<sup>254</sup> *RJ* 2011, 935.

<sup>255</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6708); de 11 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8848); de 14 y 15 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2420; *RJ* 2013, 2174); de 13 y 14 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1341; *RJ* 2014, 954); y, de 3 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6078); de 6 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1104); y de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1917).

<sup>256</sup> *RJ* 2013, 2420.

<sup>257</sup> *RJ* 2016, 2216.

<sup>258</sup> *JUR* 2021, 341405. Con anterioridad, *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4588); de 2 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 1589); y, de 17 de noviembre de 2020 (Roj. STS 3805/2020; ECLI:ES:TS:2020:3805).

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2021 (Roj. SAP V 4559/2021; ECLI:ES:TS:2021:4559) no procede el desahucio instando por el ex esposo, respecto de una vivienda cedida por el matrimonio al hijo de la ex esposa, pues, la demanda de desahucio se presenta únicamente por el copropietario de la mitad indivisa contra la expresa voluntad de la otra copropietaria. A tal fin argumento que, si bien es cierto que, cualquier copropietario tiene derecho a ejercitar acciones en beneficio de la comunidad de bienes, pero su legitimación cede en el supuesto que concurra una expresa oposición del resto de los comuneros, ya que es la mayoría de las cuotas la que decide el interés de la comunidad, salvo en caso de mala fe o abuso del derecho. La solución del caso se encuentra en la idea que el ejercicio de la acción de desahucio es un acto de administración y conforme al artículo 398 del Código Civil, en la administración de la cosa común habrá de respetarse el acuerdo de la mayoría, por lo que no parece que pueda darse lugar al desahucio cuando consta claramente la oposición del titular de la mitad de la comunidad. Debe tenerse presente que, ambos copropietarios en su día cedieron el uso de la vivienda a los codemandados y el actor no ostenta la administración exclusiva del bien, existiendo intereses contrapuestos de ambos comuneros al ser el poseedor hijo de la copropietaria.

<sup>259</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 1948 afirma que «(...) como solamente cabe reputar poseedor de buen fe, conforme al artículo 433, al que ignora que su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulte evidente que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza solo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y, por tal motivo, no puede retener este en su poder por los gastos que en la misma hubiese realizado, ni impedir el desahucio...».

<sup>260</sup> *RJ* 2002, 4449.

<sup>261</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1984 (*RJ* 1984, 3804); y, de 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 919).

<sup>262</sup> En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3434).

<sup>263</sup> DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2010). Comentario al artículo 455 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 578; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2021). Comentario al artículo 455 del Código Civil. En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 696; DÍAZ ROMERO M.<sup>a</sup> Del R. (1997).



*Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid: McGraw-Hill, 34-35 y 39. Asimismo, *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 1956 (*RJ* 1956, 922); de 4 de abril de 1968 (*RJ* 1968, 2034); de 22 de enero de 1980 (*RJ* 1980, 84); de 10 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 8925); y, de 13 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 7080).

<sup>264</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6925); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 7 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 195423).

<sup>265</sup> LÓPEZ MAZA, S. (2021). Comentario al artículo 1750 del Código Civil, *op. cit.*, 2180. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2008 (*RJ* 2008, 4062).

<sup>266</sup> En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 2013 (Roj. STS 6651/2013; ECLI:ES:TS:2013:6651) al declarar «el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (arts. 445 y 450 CC); de forma que, aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no autoriza a ningún heredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación de su derecho de coposesión carente, por tanto, de una necesaria cobertura formal del derecho (...)». Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 14 de febrero de 2014; y, 21 de diciembre de 2020 (*RJ* 2020, 5037) procede la acción de desahucio por precario instada por la primera esposa del causante contra la segunda respecto de la vivienda que corresponde a la comunidad postganancial, aun sin liquidar formada por aquella y por la comunidad hereditaria del causante, a la que pertenece la segunda esposa como legataria del usufructo y que tiene la posesión exclusiva de la vivienda. La circunstancia de no haber hecho constar la actora en su demanda que actúa en beneficio de la comunidad no es razón para negarle la legitimación, si se trata de una pretensión que, de prosperar redundará en provecho de la misma y siempre que no se demuestre una actuación en su beneficio exclusivo, como es el caso. La actora ha puesto de manifiesto su condición de cotitular de la vivienda como bien perteneciente a una sociedad de gananciales no liquidada y no reclama para sí la posesión de la vivienda con exclusión de los demás interesados en la comunidad postganancial, lo que incurriría en la misma posesión exclusiva que contravendría el fundamento de acción que ejercita.

<sup>267</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 734, 3180; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar; *op. cit.*, 1905; DE VERDA Y BEEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana, *op. cit.*, 3413-3421; GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *op. cit.*, 22-24; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 80, 686-687; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 477-483. En la doctrina italiana, VIRGADAMO, P. (2015). Il comodato casa familiare in italia: un rapporto precario, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 3 bis, noviembre, 409.

<sup>268</sup> *Vid.*, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 483-487. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 1990 (*RJ* 1990, 3827); de 29 de octubre de 2008 (Roj. STS 5636/2008; ECLI:ES:TS:2008:5636); y, de 3 de diciembre de 2014 (Roj. STS 4837/2014; ECLI:ES:TS:2014:4837). Asimismo, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de noviembre de 1996 (*AC* 1996, 2259); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 13 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 8030).

En la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 13 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2895) ante una venta del usufructo de la vivienda familiar por el propietario a su madre, tiene lugar la separación conyugal del nudo propietario y la atribución de la vivienda al hijo

y a su cónyuge. Se consiente por la usufructuaria la continuidad en el uso. No procede, en consecuencia, el desahucio por precario instado por esta.

<sup>269</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, de 21 de marzo de 1997 (Roj. SAP M 182/1997; ECLI:ES:APM:1997:182).

<sup>270</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20.ª, de 29 de junio de 2016 (Roj. SAP M 9091/2016; ECLI:ES:APM:2016:9091).

<sup>271</sup> Para la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2510) la cesión de la vivienda familiar en precario supone un acto propio: su desalojo deberá efectuarse en procedimiento de desahucio, dado que esta Sala en sede de proceso matrimonial, no puede atribuir, ni desalojar vivienda que no sea familiar.

<sup>272</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1992 (Roj. STS 8816/1992; ECLI:ES:TS:1992:8816). En esta línea, CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *op. cit.*, 3180.

<sup>273</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 24 de abril de 2012 (Roj. SAP CS 465/2012; ECLI:ES:APCS:2012:465) para quien el cambio de posesión de los demandantes pretendiendo forzar la figura del precario atenta contra los principios de buena fe (art. 7 CC) o incluso de la doctrina de los actos propios; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, de 16 de junio de 2003 se alegó abuso del derecho.

<sup>274</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 503. En este sentido, CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de viviendas y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *op. cit.*, 3187.

<sup>275</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (Roj. STS 6496/2011; ECLI:ES:TS:2011:6496); y, de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5073).