

LAS CUESTIONES COMPLEJAS EN LOS DESAHUCIOS POR PRECARIO EN LAS CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA A FAMILIARES*

COMPLEX ISSUES IN EVICTIONS FOR PRECARIOUSNESS IN THE FREE TRANSFER OF HOUSING TO FAMILY MEMBERS

FEDERICO ARNAU MOYA

Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España).
arnauf@uji.es

RESUMEN:

Los padres en ocasiones ceden viviendas gratuitamente a sus hijos para que establezcan en ellas su domicilio conyugal. Tras la sentencia de separación o divorcio los padres interponen un juicio de desahucio por precario para recuperar la vivienda cedida. Frecuentemente la esposa del hijo se defendía alegando “cuestiones complejas” para conseguir que el juez archivara la demanda y se tuviera que iniciar otro proceso. En este trabajo analizaremos algunas de estas cuestiones que con la nueva ley de enjuiciamiento civil ya no permiten archivar el proceso pero que merecen especial atención.

PALABRAS CLAVE:

Vivienda familiar, atribución judicial del uso, precario, comodato, propiedad, posesión, divorcio.

ABSTRACT:

Parents sometimes cede housing free of charge to their sons and daughters so that they can establish their marital home there. After the separation or divorce judgment, the parents file an eviction lawsuit for precariousness in order to recover the assigned housing. Frequently the wife of the son defended herself by alleging "complex issues" in order to get the judge to file the lawsuit and another process would have to be initiated. In this paper we will analyze some of these issues which, with the new civil procedure law, no longer allow the process to be filed, but which deserve special attention.

KEY WORDS:

Family home, judicial allocation of use, precarious, commodatum, property, possession, divorce, gratuitous bailment.

* Rebut en data 15/06/2022. Acceptada la seua publicació en data 25/06/2022.

SUMARIO:

LAS CUESTIONES COMPLEJAS EN LOS DESAHUCIOS POR PRECARIO EN LAS CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA A FAMILIARES	71
COMPLEX ISSUES IN EVICTIONS FOR PRECARIOUSNESS IN THE FREE TRANSFER OF HOUSING TO FAMILY MEMBERS	71
I. INTRODUCCIÓN.....	72
II. LINEAS JURISPRUDENCIALES CONSOLIDADAS SOBRE CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA	73
III. LAS CUESTIONES COMPLEJAS EN LOS JUICIOS DE DESAHUCIO POR PRECARIO	82
1. LOS FALSOS PRECARIOS Y EL FRAUDE DE LEY.....	82
2. LA ATRIBUCIÓN AL CÓNYUGE DE OTRA VIVIENDA DISTINTA A LA FAMILIAR.....	88
3. EFECTOS DE LA ADJUDICACIÓN DE UNA VIVIENDA EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	92
4. EL PAGO DE DETERMINADOS GASTOS POR EL PRECARISTA NO GENERA NINGÚN TÍTULO QUE ENERVE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO	94
5. LA INTERPOSICIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO POR QUIEN ES COTITULAR DE LA VIVIENDA CON EL EX MARIDO	97
IV BIBLIOGRAFÍA	100

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos analizar las denominadas “cuestiones complejas” de los desahucios por precario que en regulación de este tipo de procedimientos en la derogada LAU/1881 impedían en ocasiones que se entrara en el fondo del asunto. Tras la publicación de la vigente LAU, el desahucio por precario ha dejado de ser un juicio plenario de modo que aquel tipo de cuestiones necesariamente han de resolverse dentro del proceso. No obstante, bajo esta denominación que hoy en día ya no tiene sentido hemos querido poner énfasis en toda una serie de cuestiones que se plantean en este tipo de procesos y que por su excepcionalidad nos atrevemos a utilizar aquella desfasada denominación. Hemos

querido poner de relieve que estos temas en los que vamos a analizar en la época anterior a promulgación de la nueva LEC habrían provocado el archivo del proceso por una inadecuación del procedimiento de desahucio por precario. Por otro lado, nos ha animado a analizar estas cuestiones el poco interés que ha despertado en la doctrina su estudio que ha preferido dedicar su esfuerzo a construir lo que sería el núcleo duro de la teoría del desahucio por precario en las cesiones gratuitas de vivienda por los progenitores a sus descendientes para que instalen en ellas sus hogares familiares. No es nuestra intención en entrar en el análisis de estas cuestiones relativas a si este tipo de cesiones que realizan por lo general los progenitores han de ser calificadas como precario o como comodato. Ni tampoco vamos a realizar un exhaustivo análisis de los efectos frente a terceros de la sentencia de atribución del uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja que no es familiar del cedente. No obstante, para poder analizar las que hemos denominado cuestiones complejas nos vemos obligados a realizar un somero repaso de cuanto se ha dicho sobre la calificación jurídica aplicable a las cesiones gratuitas de vivienda.

II. LINEAS JURISPRUDENCIALES CONSOLIDADAS SOBRE CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA

En nuestro país con frecuencia los progenitores contribuyen a la solución de los problemas de alojamiento de sus hijos cediéndoles gratuitamente un inmueble de su propiedad para que residan en él. En ocasiones, la cesión se realiza únicamente para los hijos, así sucede cuando estos tienen a que trasladarse por estudios o por trabajo a otra ciudad donde sus progenitores cuentan con un inmueble o incluso en la misma ciudad cuando los hijos quieren independizarse de sus padres. Otras veces la de una vivienda se efectúa para que el descendiente instale en la misma su hogar familiar junto con su esposa o su pareja de hecho y, en su caso, con sus hijos. Esta última cesión suele hacerse de manera gratuita, sin establecer ningún plazo de duración ni determinar un fin específico del uso más allá de que el inmueble constituya el hogar familiar de todos ellos. No existe ningún problema mientras que la relación de pareja funciona bien, pero en el momento en que aquella se rompe pueden empezar las complicaciones cuando no se llega a un acuerdo entre los cónyuges respecto al uso de la vivienda familiar. En caso de desacuerdo, tendrá que ser el juez el que atribuya el uso de la misma y cabe la posibilidad de que el uso del inmueble se adjudique al adjudique al miembro de la pareja que no es el hijo de los titulares cedentes. Esta adjudicación judicial del uso se regula en el art. 96 CC y puede efectuarse bien en convenio regulador o en un proceso contencioso de nulidad, separación o divorcio en el caso de la pareja

matrimonial. En el caso de las parejas de hecho la atribución del uso puede realizarse en un procedimiento de adopción de medidas de guarda y custodia en el caso de que la pareja *more uxorio* tenga hijos comunes. Tras la adjudicación a quien no es su hijo los progenitores cedentes suelen reclamar al cónyuge beneficiado por la adjudicación la restitución de la vivienda a través de una acción de desahucio por precario o de una acción reivindicatoria. Esta actitud es en cierto modo comprensible puesto que ellos que no han sido parte en el proceso matrimonial no tienen obligación alguna de sufragar a su costa las necesidades habitacionales de una persona con la que ya no tienen ningún tipo de relación.

Desde los años 90 del pasado siglo se han dictado multitud de sentencias cuyo objeto eran las reclamaciones efectuadas por quienes han cedido gratuitamente una vivienda a un hijo o a cualquier otro pariente para que la ocupe como vivienda familiar. Si bien durante bastantes años el Tribunal Supremo mantuvo una posición dubitativa al respecto finalmente una vez entrados en la primera década del presente siglo se fueron consolidando las principales líneas jurisprudenciales. Ya adelantamos al lector que no es el objeto de este trabajo el análisis exhaustivo de esta jurisprudencia, no obstante, nos vemos obligados a hacer un breve repaso de la cuestión puesto que sin hacerlo difícilmente va a poderse comprender cuanto digamos de las denominadas cuestiones complejas.

La jurisprudencia y doctrina respecto este tipo de cesiones gratuitas de vivienda han puesto el foco en dos cuestiones que analizaremos por separado: en primer lugar, se ha terminado imponiendo la línea jurisprudencial que estima que este tipo de cesiones han de calificarse como precario en aquellos supuestos en los que la cesión por el progenitor se haga sin fijar un plazo para su duración y que se ceda la vivienda para ser usada como hogar familiar sin realizarse más especificaciones¹. Sólo en aquellos casos en los que hubiera fijado un plazo para

¹ Con la STS 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*) se inicia una línea jurisprudencial que se consolida con la STS 2 octubre 2008 (*Tol 1378500*). De forma muy sucinta en esta resolución establecen las denominadas pautas de interpretación en este tipo de cesiones gratuitas. En primer lugar, habrá que comprobar si concurren los requisitos de un comodato, en caso contrario habrá que estimar que concurre un precario. No obstante, la existencia del contrato tiene que probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho y en ese caso, se aplicarán los efectos del contrato de comodato. En segundo lugar, se mantiene la tesis de que la ruptura de la relación matrimonial transforma el comodato en precario y que esta nueva calificación permite que el propietario pueda ejercer la acción de desahucio por precario o en algunos supuestos la acción reivindicatoria. Finalmente, se establece que Estima que la sentencia homologatoria del convenio de separación o divorcio no altera la titularidad del uso de la vivienda. Y que, si bien es aceptable que la protección de la vivienda vaya ligada a la familia, “no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio. Esta doctrina ha sido seguida por las SSTS 14 octubre 2014 (*Tol 4525358*), 13 febrero 2014 (*Tol 4118977*), 26 diciembre 2005 (*Tol 795335*), 2 octubre 2008 (*Tol 1378500*), 29 octubre 2008 (*Tol 1396318*). Asimismo, el Tribunal Supremo mantiene la calificación de precario que realizan aquellos tribunales y que no se verá afectada por la ruptura conyugal. Este es el caso de las STS 11 junio 2012 (*Tol 2645805*), (Pleno) 18 enero 2010 (*Tol 1793037*), (Pleno) 14 enero 2010 (*Tol 1840576*) 22 octubre 2009 (*Tol 1641343*), 14 noviembre 2008 (*Tol 1432560*), 30 octubre 2008 (RJ 2008,6925)- (*Tol 1396292*) 30 octubre 2008 (RJ 2008, 403).

la ocupación y uso específico se podrá calificar la cesión como un contrato comodato y no como un contrato de precario. A título de ejemplo, un supuesto de uso específico y sometido a un plazo sería cuando los padres le ceden al hijo y a su pareja un apartamento que tienen en una playa para que lo ocupen durante el mes de agosto de un determinado año para pasar sus vacaciones ya que sus padres no pueden ocuparlo ese año en esa concreta fecha. No obstante, hemos de señalar que tanto el precario como el comodato se tratan de figuras de origen contractual en el caso de la cesión de viviendas por el dueño de las mismas o de quien tenga un derecho sobre las mismas que permita realizar tal atribución. Así pues, tanto en el caso de que se ceda la vivienda para ser ocupada como hogar familiar (precario) como en el caso de que aquella se ceda para ser ocupada durante un mes para pasar las vacaciones (comodato) se requiere de una manifestación expresa de voluntad por parte de los propietarios autorizando la cesión, que además -habida cuenta del carácter de contrato de naturaleza real de ambas figuras, vendrá seguido de la correspondiente puesta a disposición o tradición del inmueble mediante la correspondiente entrega de las llaves. La principal diferencia entre ambas figuras estriba en que en el caso del precario se aplicará el art. 1750 CC que permite que el comodante reclame la devolución de la vivienda a su voluntad sin tener que esperar ningún plazo de tiempo desde que se cedió la vivienda y además sin alegar ningún tipo de necesidad, es decir se trata de una reclamación *ad nutum*². En la doctrina mayoritaria se estima que el precario está incluido en el art. 1750 CC como una especie de comodato y en consecuencia de esta inclusión cabe afirmar que el precario puede tener un origen contractual³. En el caso de que se califique la cesión como comodato el propietario cedente no podrá reclamar la cosa hasta que concluya el uso para el que se prestó, salvo que antes de la conclusión de estos el comodante probara que tuviera urgente necesidad tal como se establece en el art. 1749 CC⁴.

² Establece el art. 1750 CC que "Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario".

³ ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: "Comentario", cit., pp. 11954. BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La liquidación del estado posesorio del poseedor de mala fe: los frutos y gastos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021 (JUR 2021, 341405)", *Revista de Derecho Patrimonial*, num.57/2022. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 15-05-2022. MARÍN LÓPEZ, J.J.: "Comentario al art. 1750 del CC", *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado: 31 de marzo de 2021. tras afirmar el carácter de figura procesal del precario mantiene que "el comodato sin plazo de duración se considera a estos efectos situación de precario, de tal modo que puede el comodante desahuciar al comodatario, de conformidad con lo previsto en el artículo 250.1.2º LEC, que mantiene, pese a un primera impresión, los procesos especiales de desahucio".

⁴ El art. 1749 CC dice que "El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso

En segundo lugar, ha quedado fijado por la jurisprudencia el alcance la resolución judicial dictada en un proceso de separación o divorcio en el se cede el uso de la vivienda al cónyuge en cuya compañía queden los hijos comunes, el denominado cónyuge custodio, hasta que aquellos alcancen la mayoría de edad. Tal como se proponía en el antiguo art. 96 I CC y actualmente en el nuevo art. 96.1 tras su reforma por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, en ausencia de hijos comunes también cabe que se adjudique la vivienda al cónyuge titular si su interés fuera el más necesitado durante el tiempo que prudencialmente se fije por el Juez, siempre que atendidas las circunstancias lo hicieren aconsejable. Así consta en el nuevo art. 96.2 y en parecidos términos constaba en el antiguo art. 96 III. Es evidente que estos problemas surgen cuando la vivienda se adjudica al cónyuge o al miembro de la pareja de hecho que no son el familiar de los propietarios cedentes. Una vez que el Tribunal Supremo consolida la jurisprudencia respecto al alcance de los efectos de la atribución del uso de la vivienda frente a terceros, en aquellos casos en los que la vivienda no pertenecía a ninguno de ambos cónyuges o convivientes, ni con carácter exclusivo ni en comunidad, estos quedaron fijados en los siguientes términos: 1º) El derecho de uso atribuido en una sentencia de divorcio o separación no tiene el carácter de derecho real y en consecuencia no es oponible frente a terceros, de modo que los propietarios cedentes podrán interponer la correspondiente acción de desahucio por precario o acción reivindicatoria para recuperar el uso de la vivienda. Esta sentencia solo tiene efectos y limitados frente al cónyuge a los efectos de que no pueda disponer de la vivienda. 2º) En el caso de que la relación jurídica inicial entre cedentes y cesionarios fuera la de comodato este se transformará en una situación de precario tras la ruptura de la pareja. Esta mutación de la condición jurídica de comodato a precario deja sin título que justifique la posesión a la ex esposa si bien solamente frente a terceros que no fueron parte en el pleito de familia, tal como sucede con los propietarios cedentes o con los actuales propietarios cuando aquellos ya han fallecido y la propiedad pertenece a uno de los herederos. Asimismo, cabe la posibilidad de que la propiedad cambiase de manos como consecuencia de procedimiento de ejecución hipotecaria en la que un optante se hubiera adjudicado la propiedad. Únicamente tendrá efectos, y limitados, la atribución judicial del uso de la vivienda frente al ex marido⁵.

para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución”.

⁵ En la STS (de Pleno) de 14 de enero 2010 (*Tol 1840576*) tras un análisis sobre el art. 96 CC se estima que “De

En ocasiones el Tribunal Supremo se ha visto obligado a recurrir a dos técnicas que permiten crear jurisprudencia sin la necesidad de que concurren como mínimo dos sentencias para que se cumpla la reiteración que se exige en el art. 1.6 CC para la existencia de jurisprudencia. Así pues, se ha utilizado por una parte la técnica de las sentencias del Pleno, que permite que una sola sentencia cree jurisprudencia, y por otro las sentencias dictadas para fijar la doctrina en los recursos por interés casacional a tenor de lo establecido en el art. 487.3 LEC⁶.

La consolidación de las líneas jurisprudenciales a las que hemos hecho referencia no ha sido suficiente para resolver otras cuestiones que relacionadas con las cesiones gratuitas de vivienda. De ahí que constantemente han ido surgiendo “cuestiones complejas” a las que el Alto Tribunal también ha tenido que ir dando respuesta. En realidad, este tema de las cuestiones complejas está ligado a la diferente regulación del desahucio por precario en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC/1881) y en la vigente ley procesal civil del año 2000, la LEC.

El desahucio por precario se regulaba en la LEC 1881 en su artículo 1565 que establecía que: “Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la inca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe”. Bajo aquella regulación el desahucio era un juicio sumario, en

la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)⁵. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda [...] 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 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista”. Esta doctrina que estima que el derecho de uso de la vivienda familiar ex art. 96 CC como un derecho de carácter familiar y no de naturaleza real está plenamente consolidado en la jurisprudencia. Así las, SSTS STS 6 febrero 2018 (*Tol 6509285*), 6 marzo 2015 (*Tol 4786486*), 18 marzo 2011 (*Tol 2089131*), 22 noviembre 2010 (*Tol 2003527*), 11 noviembre 2010 (*Tol 2003510*), (Pleno) 18 enero 2010 (*Tol 1793033*), (Pleno) 14 enero 2010 (*Tol 1840576*), 31 diciembre 1994 (*Tol 1741583*).

⁶ YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.: "Sentencias del pleno y por interés casacional. Jurisprudencia de caso único", *Diario La Ley*, N° 9387, 2019.

el que no se podían discutir cuestiones como el derecho de propiedad relativo a la finca de cuya posesión se discutía, ni tampoco se podía entrar en el análisis de la titularidad real. Por otro lado, los pronunciamientos en este tipo de juicios sumarios no eran definitivos puesto que no producían efectos de cosa juzgada y siempre podía volverse a analizar esa misma cuestión en un procedimiento declarativo ordinario⁷.

La jurisprudencia en resoluciones ya bastantes alejadas en el tiempo llegó a elaborar una doctrina sobre las denominadas “cuestiones complejas” con base a la cual “cuando el tema de oposición planteado por el demandado es complejo, lo que obliga a un examen pormenorizado y reflexivo distinto del que en forma simplista se ofrece en el planteamiento de una oposición que puede ser resuelta en el proceso sumario de desahucio, es forzoso recurrir al procedimiento ordinario, donde sin estrecheces pueden debatirse ampliamente los puntos en pugna, con la ventaja además, de la obtención de la seguridad jurídica que presta la cosa juzgada material de que está revestida la sentencia del juicio ordinario y que no ofrece el procedimiento sumario de desahucio”⁸. A título de ejemplo en la STS 31 enero 1995 (RJ 1995,413) se reconocía la naturaleza sumaria del desahucio por precario y establecía que “que su ámbito se reduce al examen del título invocado por el actor, la identificación del objeto sobre que recae y al estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título, o cuando el invocado sea ineficaz y sin pagar merced, de tal manera que en su seno solamente pueden resolverse situaciones sencillas, claras y nítidas, posponiéndose todo otro problema jurídico al proceso declarativo correspondiente”.

La vigente LEC del año 2000 prescinde del carácter sumario del desahucio y establece un nuevo cauce procesal, el denominado juicio verbal, para recuperar la posesión de una finca cedida en precario. Se trata de un proceso plenario, solo para

⁷ IZQUIERDO BLANCO, P.: “El juicio verbal de desahucio por precario”, en: AA.VV.: El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas (Dir. P. Izquierdo Blanco y J. Picó i Junoy), 2ª ed., Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2018, pp.70 y 71, establece que durante la vigencia de la LEC/1881 la jurisprudencia de la cuestión compleja permitía que se alegara una excepción para que el desahucio por precario ya no se pudiera resolver en un juicio especial y sumario, de modo que el juez se veía obligado a rechazar la demanda y remitir a las partes al juicio declarativo ordinario. Comoquiera que la eficacia de cosa juzgada ex art. 447.2 LEC comporta que no haya limitación alguna para el conocimiento del juez de cuantas cuestiones complejas puedan plantear las partes en este procedimiento. No hay restricción para que se realicen cuantas alegaciones se estimen necesarias, se pueden alegar cuantos motivos de oposición se tenga por conveniente y que se practiquen cuantas pruebas sean necesarias. Por todo ello, nos dice este autor, que el actual desahucio por precario es el marco adecuado para que el juez pueda estudiar cuantos documentos se presenten en la contestación a la demanda como vía de excepción a los únicos efectos de resolver sobre la pretensión de recuperación de la finca.

⁸ ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: "Comentario del art. 1750" en AA.VV, Comentarios al Código Civil, Tomo VIII, (Dir. R. Bercovits Rodríguez-Cano) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. Disponible en : <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356?showPage=1>. Consultado: 21-05-2022.

inmuebles, en el que pueden plantearse y debatirse, con plenitud de medios probatorios, todas las cuestiones, y la sentencia produce los efectos de la cosa juzgada (art. 447 LEC)⁹. La norma establece un cauce procesal, que es independiente de la cuantía del asunto, para el ejercicio de las acciones de reintegración posesoria cuando el demandado sea un precarista convencional («cedida en precario», dice el art. 250.2 LEC). A la vista de los antecedentes y del empleo de la palabra «cesión», la jurisprudencia menor está vinculando el uso de este cauce a las cesiones a título gratuito, de forma que quedaría fuera la cesión a título de arrendamiento (en particular, las reclamaciones suscitadas cuando, finalizado el contrato de arrendamiento, no se restituye la posesión)

Tras el cambio legislativo ya no es posible que las partes presenten excepciones por la existencia de cuestiones complejas en los juicios verbales de desahucio por precario. Aquellas excepciones por lo general se planteaban como una estrategia de la defensa de quien estaba ocupando el inmueble para ganar el máximo de tiempo posible antes de ser desalojado puesto que como hemos dicho este tipo de cuestiones se tenían que sustanciar en un juicio declarativo posterior¹⁰.

A partir de la entrada en vigor de la LEC/2000 la jurisprudencia se ha manifestado en repetidas ocasiones sobre el carácter plenario del desahucio por precario, habida cuenta que la estrategia de intentar cerrar en falso un proceso judicial alegando la existencia de una cuestión compleja no se había abandonado en el foro. Este es el caso de la STS 11 junio 2012 (*Tol 2645805*) en este caso se trata de un caso de desahucio por precario un tanto atípico puesto que no se trata del típico supuesto en el que los cedentes a título gratuito de una vivienda para ser utilizada como hogar familiar reclamen la devolución a la ex nua una vez que se le ha atribuido el uso del inmueble en un proceso de separación o de divorcio. En este caso la madre propietaria insta el desahucio contra su propia hija y su marido que todavía siguen felizmente casados pero con los que la actora ha entrado en una situación de mala relación personal. En la primera instancia se desestima la demanda por estimarse que existe un comodato y no se ha probado ni alegado la existencia de urgente necesidad del art. 1749 CC. En la segunda instancia, se estima la existencia de precario, de acuerdo con las tendencias jurisprudenciales a las que hemos hecho referencia, puesto que no existe un pacto expreso sino genérico sobre el uso de la cosa. Finalmente, en el recurso de casación se mantiene

⁹ IZQUIERDO BLANCO, P.: “El juicio”, cit., p. 70, manifiesta que tras la nueva LEC se ha variado la naturaleza jurídica del proceso de reclamación de la posesión por precario al suprimirse su carácter sumario. Ahora la sentencia que se dicte en el juicio verbal produce efectos de cosa juzgada al tiempo que ya no existen límites para la alegación y prueba para la sustanciación de este tipo de procesos.

¹⁰ IZQUIERDO BLANCO, P.: “El juicio”, cit., p.70.

la existencia del precario aun a pesar de que se mantenga la vigencia del matrimonio. En este caso los demandados intentaron, sin éxito, dilatar al máximo el proceso y alegaron a consabida inadecuación del procedimiento de precario por la existencia de cuestiones complejas, para ello en su contestación a la demandada intentaron transformar una simple cuestión de desahucio por precario en un complicado proceso que bajo la LEC/1881 habría conducido sin duda alguna al juicio declarativo, así pues frente a la demanda de la madre y suegra los demandados alegaron que habían adquirido la propiedad de la finca reclamada por donación, usucapión y subsidiariamente defendieron la existencia de un comodato. El Alto Tribunal mantuvo el pronunciamiento de la primera instancia en favor de la adecuación de juicio verbal para resolver todas aquellas cuestiones al decir, basándose en la SAP Alicante 22 octubre 2007, que “[...] tras la reforma, operada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) el juicio de desahucio por precario ha dejado de tener un carácter sumario con restricción de medios de ataque y defensa que impedía analizar todas las cuestiones que pudieran plantearse desde el momento en que la complejidad del asunto quedaba constatada, relegando la discusión al ámbito del juicio plenario que hubiera lugar. Evidentemente la modificación producida en la nueva ley adjetiva en este aspecto, de acuerdo con los arts. 447 en relación con el art. 250, provoca una nueva perspectiva de la denominada comúnmente cuestión compleja, en cuanto que en el campo de este procedimiento podrán analizarse las distintas relaciones jurídicas que quieran alegarse como justificación de la posesión que se ostenta, aunque eso sí limitadas al ámbito posesorio de cuya recuperación se trata”.

En la STS 13 octubre 2010 (*Tol 1989049*) en un juicio de desahucio por precario el Tribunal Supremo ya se vio en la necesidad de pronunciarse sobre el alcance de este tipo de procedimiento. Se trataba de un proceso cuyos supuestos fácticos se apartaban de lo que es habitual en este tipo de desahucios. El actor dejó vivir a un matrimonio en su propia casa para que le ayudaran con el cuidado de un hijo que estaba aquejado de una discapacidad mental (oligofrenia). El matrimonio estaba conformado por otro hijo del actor y su esposa. Tras cuatro años de convivencia el actor y su hijo con discapacidad cambian de ciudad. Mas tarde, cuatros años después de morir el marido de la demanda el propietario solicita a la viuda y a su hija menor que desocupen la vivienda, esta se niega y luego tiene lugar la presentación de la acción de desahucio por precario. La demanda en su escrito de contestación a la demanda alega el máximo posible de objeciones para impedir el desahucio, pero sobre todo para provocar la excepción de inadecuación del procedimiento. Para ello alega que es propietaria por haber adquirido el dominio a través del instituto de la usucapión y subsidiariamente alega la existencia de

comodato. En primera instancia, no se admite la procedencia del desahucio por precario por estimarse que la ocupación de la vivienda correspondía a un contrato de comodato. En la segunda instancia, se estima que la cesión de la vivienda no corresponde a un comodato, sino a mera tolerancia del propietario y se estima el desahucio por precario. La demanda presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En uno de los recursos por infracción procesal se alegó la consabida inadecuación del procedimiento que fue rechazada por el Alto Tribunal al decir que “el juicio de desahucio por precario es hábil para analizar la existencia o no de precario -lo que corresponde a la decisión de fondo- ya que no se configura ya en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil como un juicio especial y sumario, de "cognitio" limitada y prueba restringida sino como un procedimiento declarativo que, aunque por razón de la materia ha de tramitarse por las normas del juicio verbal, participa de todas sus garantías de defensa, sin restricción alguna en materia de alegación y prueba, y admite en su seno el debate de toda clase de cuestiones, incluso las que se refieren al título del demandado, que podrán resolverse en él con efectos de cosa juzgada material; es más, la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de enero, corrobora con claridad esta conclusión, pues en su apartado XII, y después de relacionar los procesos de carácter sumario -cuya sentencia no produce los efectos de cosa juzgada-, añade que "La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad".

No obstante, el cauce del juicio verbal no supone que puedan plantearse absolutamente todo tipo de cuestiones en el ámbito del desahucio por precario puesto que estas estarán limitadas al ámbito posesorio del inmueble que se trata de recuperar. De modo que se trata de averiguar si la parte demandada tiene derecho a poseer la cosa reclamada. De modo que los derechos definitivos sobre la cosa tendrán que sustanciarse en otro proceso declarativo. Así pues, se puede afirmar que el desahucio por precario es un juicio plenario pero limitado al ámbito de la posesión¹¹.

¹¹ IZQUIERDO BLANCO, P.: “El juicio”, cit., p.72. Este autor se apoya en la STS 28 febrero 2017 que establece que no es posible acudir al desahucio por precario cuando “la cuestión que se ventila no es meramente posesoria, sino que afecta a la titularidad dominical”.

III. LAS CUESTIONES COMPLEJAS EN LOS JUICIOS DE DESAHUCIO POR PRECARIO

La existencia de las antiguas cuestiones complejas provocaba que los propios demandantes a la hora de la demanda seleccionasen el material que iban a utilizar para la reclamación de la posesión del inmueble de su propiedad a los efectos de evitar la consabida excepción procesal de inadecuación del procedimiento que iba a presentar la contraparte. En otras ocasiones, la necesidad de cuestionar el título en base al cual la parte contraria intentaba legítima su posesión aconsejaba directamente a la vía del correspondiente juicio declarativo plenario. Así pues, en este apartado segundo de nuestro trabajo queremos entrar en el análisis de toda una serie de cuestiones que ha sido resueltas en los juicios verbales de desahucio una vez aprobada la LEC/2000 y que bajo la LEC/1881 tendrían que haber sido resueltas en el correspondiente declarativo. El interés en analizar estas cuestiones reside en que la gran mayoría de trabajos sobre esta materia el foco de la atención de los autores se centra en establecer la diferencia entre el precario y el comodato, así como en el establecimiento del alcance frente a terceros de la atribución judicial de vivienda ex art. 96 CC.

1. LOS FALSOS PRECARIOS Y EL FRAUDE DE LEY

Cuando los propietarios de la vivienda conyugal son los propios maridos y están inmersos en una crisis matrimonial o de pareja, son perfectamente conocedores de que en el caso de una futura sentencia de separación o divorcio el inmueble será adjudicado a la esposa e hijos comunes menores de edad por aplicación del art. 96.1 CC. O incluso en el caso de un matrimonio sin hijos comunes, pero en el que el cónyuge no propietario sean el más necesitado de protección y, en consecuencia, con toda probabilidad le será adjudicada la vivienda familiar tal como se prevé por el art. 96.2 CC. En algunas ocasiones, algunos cónyuges que se encuentran en alguna de las anteriores situaciones realizan toda una serie de maquinaciones, para urdir una situación fáctica que les permita a él o a una persona de su confianza ejercitar en un futuro una acción de desahucio por precario o una acción reivindicatoria contra su cónyuge una vez que se haya producido la hipotética atribución judicial de la vivienda¹².

¹² No obstante, hay que tener en cuenta que al abanico de acciones recuperatorias de la posesión van más allá del desahucio por precario o de la acción reivindicatoria. También pueden utilizarse las acciones para la tutela sumaria de la tenencia o la posesión de una cosa o derecho (art. 250.1.4 LEC) los antiguos interdictos de recobrar la posesión, así como la acción para la defensa de los derechos registrales inscritos también denominado procedimiento del art. 41 LH. En el caso de las acciones para la tutela sumaria de la posesión hay que tener en cuenta su breve plazo de prescripción que habrá que empezar a contar el día en que se dicte la sentencia de atribución de la vivienda en favor del cónyuge custodio o del cónyuge más desprotegido en el caso de no existir hijos comunes. Vid. ARNAU MOYA, F.: “Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 32, 2021, p. 319.

Este es el caso de la STS 18 marzo 2008 (*Tol 1311967*) en el que se reconoce la existencia de un fraude de ley en la creación de una titularidad ficticia para posibilitar el ejercicio de la acción reivindicatoria contra la esposa a la que se le ha cedido el uso de la vivienda en sentencia de separación¹³. El supuesto de hecho de la sentencia consiste en el típico caso en el que los suegros de la demandada les cedieron a ella y a su esposo una vivienda para que la ocuparan como hogar conyugal. Al cabo de varios años de matrimonio el inmueble se le adjudica a la esposa y al hijo común menor de edad en una sentencia dictada en un proceso de separación matrimonial. Tras el fallecimiento de los dueños de la vivienda, el hermano del esposo -como heredero de aquellos- interpone una demanda contra su hermano y su cuñada. Sin embargo, el hermano también fallece, sin que todavía se hubiera producido la partición de la herencia de sus padres. Mediante escritura pública varios de los herederos del fallecido cuñado de la actora aceptan la herencia de sus abuelos, por el contrario que todavía marido de la demandada no aceptó la herencia. Uno de los hijos del cuñado fallecido interpone acción reivindicatoria contra la usuaria de la vivienda. En primera instancia se estima la demanda y el correspondiente desahucio. En segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia por estimarse que “la partición realizada lo ha sido en fraude de Ley y con la finalidad de crear un título para la reivindicación por lo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, considera que tal fraude no puede alterar la situación de hecho existente en orden a la ocupación de la vivienda por los demandados”. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por estimar que se ha constituido una titularidad del actor, nieto de los antiguos propietarios, y sus hermanas, a las que representa, sobre el inmueble que, en principio, le habilita para terminar con la situación de precario del que disfrutaba la demandada. Se admite la concurrencia de toda una serie de hechos que demuestran la existencia de un “*iter*” fraudulento y preconcebido en la sucesión del bien para crear una legitimación “*ad hoc*” que permita ejercer al actor la acción reivindicatoria. Además, se advierte una dejación de derechos por parte del esposo de la demandada en cuanto a los que pudieran corresponderle sobre la vivienda objeto de la litis. Termina estimando el Alto Tribunal que todos los implicados en la herencia de los propietarios de la vivienda “en lugar de efectuar una verdadera

¹³ Comentada por. ANDERSON, M.: “Sentencia de 18 de marzo de 2008: Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho del uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 78, 2008, pp. 1419-1438.

partición, total o parcial, realizan algo distinto buscando un resultado antijurídico al amparo de dicha norma, como es atribuir pro indiviso a los primeros [los sobrinos] -que tienen conjuntamente un derecho a la mitad del caudal hereditario- la propiedad íntegra de la vivienda, excluyendo de todo derecho sobre ella al esposo de la demandada -titular de un derecho a la herencia que representa la mitad restante de la misma- sin siquiera señalar si existen o no otros bienes hereditarios al faltar un inventario de los mismos. Resulta así que al amparo de una norma de cobertura (art.1.058 CC) se actúa en perjuicio de quien tiene un derecho sobre un bien -en este caso, la vivienda- que resultaría inatacable si tal bien se hubiera atribuido en la partición a quien lógicamente habría de corresponder no sólo por ser el mayor partícipe en la herencia sino también por habersele concedido inicialmente su posesión sin haber sido revocada tal concesión en momento alguno”¹⁴. En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación y se mantiene la sentencia de apelación que desestima la demanda por concurrir fraude de ley¹⁵.

En la jurisprudencia menor se recogen varios supuestos en los que se reconoce la existencia de fraude de ley en este tipo de cesiones gratuitas. En el caso de la SAP Córdoba (S. 1ª) 8 junio 2020 (*Tol 8079290*) una empresa inmobiliaria había adquirido una vivienda en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria. La vivienda adjudicada venía siendo ocupada por la demandada y su hija a resultas de un proceso de divorcio en el que se les adjudicó la vivienda de la que aquella era cotitular con su ex marido. En este caso el fraude de ley se cometió al realizarse un fraudulento informe por una empresa colaboradora de la inmobiliaria a los

¹⁴ En la STS 18 marzo 2008 (*Tol 1311967*) se estima que en el hecho enjuiciado concurren los requisitos que la doctrina jurisprudencial es ese tribunal ha establecido para la concurrencia del fraude de ley ex art. 6.4 Código Civil “el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (STS 17 abril 1997, 3 febrero 1998, 21 diciembre 2000). Se caracteriza (sentencias, entre otras, 4 noviembre 1994, 23 enero 1999, 27 mayo 2001, 13 junio 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada "de cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada "eludible o soslayable", amén que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (sentencia de 27 marzo 2001 y 30 septiembre 2002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (sentencias 17 abril 1997, 3 febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (sentencia 23 febrero 1993) y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (sentencias 4 noviembre 1982 y 30 junio de 1993)”.

¹⁵ ANDERSON, M.: “Sentencia de 18 de marzo de 2008”, cit., pp. 1433 y 1435, se plantea varias cuestiones respecto de esta sentencia: el hecho de que el Tribunal Supremo diga que por lógica la vivienda cedida tendría que ir al excónyuge porque es el mayor coheredero no es convincente, porque tanto él como sus sobrinos son coherederos al 50%. En este caso no termina de verse que concreta norma jurídica ha sido defraudada porque realmente no existe. Finalmente, se ha forzado la doctrina del fraude de Ley hasta el punto de que el único aspecto que se constata con suficiente certeza es la intención de lo implicados en eludir el derecho de atribución judicial de la vivienda.

efectos de burlar la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. De acuerdo con esta ley a la demandada le hubiera correspondido permanecer en la posesión de la vivienda por razón de los beneficios reconocidos en ese texto legal. En el supuesto de hecho de la SAP Illes Balears (S. 4^a) 17 octubre 2019 (*Tol 7631296*) el domicilio conyugal pertenece a una empresa unipersonal del marido. Cuando el matrimonio entra en situación de crisis matrimonial el marido permite la entrada de otros socios en su sociedad a los efectos de conseguir la inoponibilidad a ellos del título en que descansa el uso de la vivienda por la apelada. En la sentencia se estima que la demandada no se encuentra en una situación de precario y que en consecuencia no puede predicarse la situación como tercero de la propietaria del inmueble. En el fallo también influye el hecho de que la vivienda si bien era propiedad de empresa se compró a los efectos de servir de vivienda familiar. En la SAP Barcelona (S. 4^a) 8 enero 2010 (*Tol 6213731*) una sociedad mercantil interpone una acción de desahucio por precario contra la demandada y sus hijos menores. Previamente, en un proceso de divorcio, se les había adjudicado el uso y disfrute la vivienda familiar. La mencionada vivienda familiar en su día llegó a estar a nombre de la esposa si bien posteriormente fue transmitida a una Sociedad Limitada Unipersonal del marido. La sentencia estima que hubo fraude de Ley puesto que el actor que no es extraño al vínculo familiar “una vez dictada sentencia de divorcio en primera instancia, y en fase de apelación, deja su cargo de administrador único y nombra a su pareja sentimental, un año antes de interponer la presente demanda de desahucio por precario y con la finalidad de que una tercera persona instara la acción judicial, a pesar de continuar el mismo como socio mayoritario de la mercantil demandante”. Finalmente, en la SAP Barcelona (S. 13^a) 15 julio 2019 (*Tol 7416813*) se estima que concurre fraude de ley tras aplicar la teoría del levantamiento del velo. Una sociedad limitada insta un desahucio por precario contra la demandada que en su día era socia al 50% de la citada empresa junto con su ex marido. Ambos habían comprado la vivienda antes de casarse y posteriormente la vendieron a la citada empresa de la cual ambos eran socios. A la demandada y a los dos hijos comunes del matrimonio se le había adjudicado el uso de la vivienda en un proceso de divorcio. Se desestima el desahucio por precario al considerarse que la utilización de la personalidad jurídica societaria lo ha sido como un instrumento defraudatorio.

En otras ocasiones, la defensa de la ex esposa no se ha planteado adecuadamente porque no se ha alegado en la demanda la existencia de fraude de ley o abuso de derecho en algunos supuestos que levantas sospechas al respecto. En consecuencia,

en alguno de estos casos los tribunales se han visto obligados a forzar la calificación de la situación jurídica, llegando a saltarse incluso las líneas jurisprudenciales predominantes en esta materia. Así pues, estimamos que un ejemplo de la aplicación de la justicia del caso concreto para evitar un probable fraude de Ley es el que tuvo lugar con ocasión de la STS 13 abril 2009 (*Tol 14991529*). En esta situación fáctica es tan enrevesada, que permite sospechar si demasiadas dudas que se creó una situación de “falso precario” para que el hijo de la usufructuaria pudiera blindarse frente a una resolución judicial que adjudicara el uso del piso a su esposa como así sucedió posteriormente. El supuesto de hecho enjuiciado consiste en que el hijo de la demandada y su esposa estaban viviendo en un piso propiedad del primero, más adelante y, sin dejar de ocupar el piso el hijo vende el usufructo a su madre y a su padre (fallecido más tarde). Posteriormente los progenitores le ceden gratuitamente el uso del piso al hijo para que continúe viviendo allí con su esposa. Más adelante, tras la crisis matrimonial en un proceso de separación se atribuye el uso de la vivienda a la esposa y al hijo de los cónyuges. A continuación, la actora promovió del desahucio por precario contra la esposa de su hijo. En primera instancia se estima la demanda, pero en la segunda se revoca la misma por estimarse la existencia de un comodato. Finalmente, Tribunal Supremo, de manera un tanto forzada, como se deduce del hecho de que aplica una doctrina totalmente superada, califica como comodato la cesión puesto que esta se realizó en consideración al matrimonio de la pareja y con el objeto de que los esposos establecieran su hogar conyugal donde habían venido residiendo hasta la crisis familiar.

Los comentaristas de esta sentencia han destacado el hecho de que la actora y recurrente en casación no tuviera el pleno dominio de la vivienda sino un derecho de usufructo que adquirió de su hijo que pasa de tener el pleno dominio a convertirse en un simple nudo propietario. Lo más chocante es el hecho que cuando la esposa se instaló en el inmueble el pleno dominio lo tenía su marido¹⁶. En esta enrevesada situación, la madre una vez que adquiere el usufructo le cede el disfrute del bien a su hijo (que realmente nunca dejó de usar la vivienda junto con su esposa). Así pues, entre progenitores e hijo han realizado la operación jurídica perfecta para poder seguir usando de la vivienda aun a pesar de que el juez en un proceso de familia pudiera otorgarle a su esposa (y a su hijo) el uso y disfrute de la casa que estaba siendo su hogar conyugal. Finalmente, así sucedió y mediante convenio regulador homologado judicialmente se les atribuyó el uso de la vivienda

¹⁶ AGUILAR RUIZ, L.: «Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009 (RJ 2009, 2895)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 24, 2010, pp. 255-267.

conyugal a la esposa y al hijo común del matrimonio. Al poco tiempo la madre del marido de la demanda intentó recuperar la vivienda ejercitando una acción de desahucio por precario. En primera instancia se califica como precario la situación jurídica de la ex nuera sobre la vivienda litigiosa y se estima el desahucio por precario. Sin embargo, en segunda instancia, se estima que aquella situación es constitutiva de un contrato de comodato. Para ello se argumenta que la actora realmente no cedió a su hijo y a su esposa el uso de la vivienda para que les sirviera de hogar conyugal, puesto que la actora y recurrente en casación se limitó a consentir que continuara ese uso que en verdad se inició cuando su hijo tenía el pleno dominio sobre el inmueble.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación que plantea la actora. Entre otras justificaciones llega a señalar que la actitud de la actora podría incluso haber conculcado el art. 7.1 CC. En nuestra opinión toda la operación jurídica orquestada por la actora junto con su hijo podría ser constitutiva bien de un abuso de derecho o de un fraude de Ley. Es más que evidente la intencionalidad del marido para evitar que su exmujer y su hijo común pudiera continuar usando la vivienda a tal como luego se había pactado en el convenio regulador. El hecho de que alguien que es propietario de una vivienda que está ocupándola como propietario junto con su mujer, le venda el usufructo a su madre para que esta a su vez le autorice a continuar usando la vivienda es, a todas luces, una burda maniobra para impedir que tras una ruptura conyugal la exmujer no propietaria pueda continuar utilizando el inmueble. De hecho, tras la separación conyugal la madre intenta el desahucio de la vivienda que venía ocupando la mujer de su hijo, aunque nada dice la sentencia se hace evidente que sería para ceder nuevamente el uso a su hijo. Si se analiza con detalle la base fáctica del caso, resulta sorprendente la operación jurídica hilvanada para lograr que el marido no pierda el uso de la vivienda. El marido era consciente que de haber continuado con el pleno dominio de la vivienda hubiera sido privado de su uso mediante una resolución judicial en un proceso de separación que habría adjudicado el uso de la vivienda a su mujer e hijo común menor de edad. Con la venta del usufructo del marido propietario a su madre que a su vez le mantiene en el uso de la vivienda se ha confeccionado un traje jurídico a medida para que la madre pueda reclamar la vivienda a su todavía nuera.

En esta sentencia el Tribunal Supremo aplica la justicia del caso concreto, en nuestra opinión realmente no existiría ni precario ni comodato, puesto que entendemos que existe un fraude de ley. En consecuencia, lo suyo hubiera sido declarar la nulidad de la venta del usufructo y haber mantenido la condición de pleno propietario del hijo de la actora y, en consecuencia, habría que haber

mantenido por esta vía a la mujer e hijo común en el uso de la vivienda de acuerdo con el convenio regulador. No es difícil pensar que la defensa de la esposa del hijo de la actora se limitó a oponerse a la demanda por la vía de argumentar la improcedencia del desahucio por precario por tratarse de un contrato de comodato. De modo que tanto en segunda instancia como casación, so pena de incurrir en incongruencia al resolver una cuestión no planteada en la demanda, no ha quedado otra solución que realizar una calificación muy forzada y estimar que se trataba de un comodato para de esa manera aplicar la justicia del caso concreto en una situación de evidente fraude de ley.

2. LA ATRIBUCIÓN AL CÓNYUGE DE OTRA VIVIENDA DISTINTA A LA FAMILIAR

En materia de crisis conyugales la regla general en materia de atribución del uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente está expresada en el vigente art. 96 CC. En el primer párrafo, se regula el caso de la existencia de hijos comunes menores de edad, en cuyo caso el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario les será atribuida a estos y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos estos alcancen la mayoría de edad. En el segundo párrafo, se contempla la posibilidad de acordar el uso de los anteriores bienes al cónyuge no titular de la vivienda por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección

En la doctrina se ha puesto de relieve que la idea que parece presidir la redacción del art. 96 I CC, que en nuestra opinión también es aplicable al actual 96.1 CC, es la de que los menores deben de quedar en la misma vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal por presuponerse que esta solución les es más favorable por mantenerlos en su entorno habitual¹⁷. No obstante, esta norma debería de interpretarse con una cierta flexibilidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, habida cuenta que su rigurosa aplicación supone en ocasiones un sacrificio desproporcionado del interés del progenitor no custodio a contar con una residencia propia. En defensa de esta interpretación flexible se argumenta que el art. 96 tiene carácter dispositivo de modo que si es admisible que los cónyuges puedan pactar que el progenitor no custodio se quede con el uso de la vivienda familiar no se entiende porqué el juez no pueda adoptar esta medida. Máxime cuando tras la proliferación de las custodias compartidas en las que los hijos han de pasar tiempos similares con sus progenitores en diferentes residencias ha supuesto una quiebra de la idea de que el principio de que el interés del menor

¹⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 91, Nº 752, 2015, p.3396.

exige que este tenga que continuar residiendo en la misma casa donde había venido residiendo siempre. De modo que se impone una interpretación del art. 96 CC en clave alimenticia¹⁸. Así está sucediendo en algunos casos en los que la vivienda familiar haya sido cedida mediante precario

Esta nueva interpretación no rigorista del art. 96.1 CC (antes 96 I) que permite la adjudicación de la vivienda familiar al cónyuge no custodio se está aplicando, en algunas ocasiones y teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto, en aquellos casos en los que la vivienda conyugal había sido cedida en precario a los cónyuges por un tercero. De este modo se evita que la atribución de la vivienda familiar pueda quedar sometida a un posible riesgo de desahucio cuando el cónyuge custodio no es el hijo del propietario¹⁹. En la jurisprudencia, en ocasiones se ha admitido la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio en los casos en los que el custodio tenía la disposición de otra casa que cubría las necesidades habitacionales de los hijos menores comunes de forma digna y adecuada. Este ha sido el caso contemplado por la STS 5 noviembre 2012 (*Tol 2675572*)²⁰. En este caso el Tribunal Supremo a instancias del antiguo cónyuge admite la modificación del uso de la vivienda familiar cuyo uso inicialmente se había adjudicado a la esposa y madre de una hija común. Esta modificación del uso tuvo lugar una vez comprobado que la exesposa se había comprado una vivienda. El reintegro del uso de la vivienda familiar al exmarido que era su propietario se justifica en los siguientes términos “en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre, y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su exesposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler (FD 2º)”²¹. Esta posibilidad de cesión

¹⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso”, cit., p. 3396, añaden a lo anterior que la jurisprudencia está avalando una nueva interpretación del art. 96 CC en el sentido de que su razón de ser es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos en una modalidad habitacional.

¹⁹ CHAPARRO MATAMOROS, P.: “1. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en *La vivienda en las crisis familiares* (coord. P. Chaparro Matamoros; J. R. de Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 44-45.

²⁰ CHAPARRO MATAMOROS, P.: “1. La atribución”, cit., pp. 47.

²¹ En parecidos términos las SSTS 29 marzo 2011 (*Tol 2098863*); 5 noviembre 2012 (*Tol 2675572*) y 3 diciembre 2013 (*Tol 4035486*).

de una vivienda alternativa a la que había venido siendo el domicilio conyugal se ha contemplado por el Tribunal Supremo en varias ocasiones.

En el caso contemplado por la STS 24 mayo 2021 (*Tol 8454612*) la esposa había cedido temporalmente durante un año a su esposo una vivienda de su propiedad que no tenía la condición de vivienda familiar para que aquél la ocupara junto con un hijo menor sobre el que ambos tenían la custodia compartida. Finalmente, el padre ha vivido durante cinco años con el hijo común en la vivienda privativa de la ex esposa sin pagar ninguna renta. La esposa pretende la recuperación de esta vivienda para lo que solicita que se declare que no tiene la condición de vivienda familiar. En la sentencia de apelación se estimó que la vivienda cedida por la madre al padre sí que tenía la condición de vivienda familiar porque padre e hijo han estado viviendo allí por aquiescencia de la madre que, en consecuencia, ha quedado vinculada por sus propios actos. En casación por el contrario se estima que aquella vivienda no puede considerarse familiar porque “es un concepto no controvertido en la doctrina jurisprudencial que conforme al art. 96 CC, vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijo(s), hasta la ruptura del matrimonio (STSS 23 de enero 2017 y 22 septiembre 2017). Por otro lado, no puede considerarse vinculante la cesión temporal de la vivienda puesto que la ex esposa puso fin a la liberalidad mediante una demanda de desahucio por precario interpuesta en 2019. En el caso de la STS 15 julio 2015 (*Tol 5212102*) se deniega la atribución de la vivienda, que fue familiar, a las menores, puesto que la madre que las custodia se ha trasladado a nuevo domicilio propiedad de la abuela materna. Por otro lado, resulta que la que fue vivienda familiar, es titularidad de la abuela paterna que en cualquier momento podría interponer un desahucio por precario. En otras sentencias como la STS 15 marzo 2013 (*Tol 3266069*) el marido que era propietario de la vivienda conyugal que ha sido adjudicada a la esposa e hijos comunes pretende, sin éxito, que se le restituya en el uso del inmueble. El hecho de que la esposa e hijos durante la tramitación del proceso de divorcio estuvieran viviendo en una vivienda que el abuelo materno puso a su disposición no justifica que a los abuelos les corresponda la obligación continuada de mantener a los nietos que realmente corresponde a los progenitores. Por otro lado, mantener a los hijos en la vivienda de los abuelos supone consagrar una situación de precario. Todos los anteriores supuestos tienen su punto de partida en la STS 10 octubre 2011 (*Tol 2261892*) donde se establece como jurisprudencia que el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que

se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos²². En ese caso la vivienda familiar que cuyo uso se le ha adjudicado en un proceso de divorcio a la esposa pertenece a los padres del marido en un 67% y en un 33% el propio esposo. En este caso había una segunda vivienda que pertenecía a ambos cónyuges por mitad, si bien estaba arrendada a un tercero cuyo contrato se extinguió durante el proceso de divorcio. En la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa en el proceso de divorcio ya se hizo constar que se hacía con carácter temporal hasta la extinción del contrato de arrendamiento en la vivienda copropiedad de ambos esposos. Apelada esta sentencia en la Audiencia se mantiene la adjudicación a la esposa de la vivienda familiar que era la que suegros cedieron en precario. Se elimina la referencia en la utilización del uso familiar a cualquier otro piso que no reúna esa condición como era el piso propiedad de ambos esposos en el que nunca habían vivido. El Tribunal Supremo admite el recurso del padre que solicitaba que se adjudicase a ex esposa e hija como vivienda familiar el piso común en el que nunca habían vivido. El Alto Tribunal tiene en cuenta el hecho de que el uso de la vivienda que se ha atribuido a esposa e hija pertenece a los padres del marido y una parte a el mismo. Tras citar la jurisprudencia en la que se establece la inoponibilidad de la atribución judicial de la vivienda al propietario, estima que “la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda”. Asimismo, el tribunal estima que la vivienda que se presenta como alternativa es idónea para satisfacer el interés del menor y más cuando la vivienda que debe atribuirse a la menor pertenece a ambos progenitores. Finalmente se pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: “El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”²³.

²² Sentencia comentada por MORENO NAVARRETE, M.A.: "Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 89, 2012, pp.463-476. Comparte la tesis de la sentencia puesto que la atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio en los casos de precario impone una situación de pendencia o inseguridad a los hijos, puesto que su situación jurídica se encuentra en manos del tercero propietario que puede ejercer una acción de desahucio por precario o reivindicatoria. Esta situación es contraria al interés del menor, especialmente en aquellas situaciones donde el conflicto entre los cónyuges es permanente.

²³ MORENO NAVARRETE, M.A.: "Sentencia", cit., pp.14 y 15 resalta que la condición de residencia idónea en

3. EFECTOS DE LA ADJUDICACIÓN DE UNA VIVIENDA EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El adquirente de una vivienda en subasta judicial tras un proceso de ejecución hipotecaria por impago de la hipoteca puede interponer un desahucio por precario contra los ex propietarios. Lo que incluye a la esposa a la que por resolución judicial en un proceso de familia, tras la sentencia de divorcio o separación se le haya adjudicado el uso de la vivienda. En la STS 25 octubre 2021 (*Tol 8634355*) no se aplica esta doctrina por concurrir un defecto procesal en de la demanda por incluir solo al marido y no a la esposa. En la STS 7 julio 2021 (*Tol 8510326*) se reconoce que el adquirente de una vivienda en subasta judicial tras un proceso de ejecución hipotecaria por impago de la hipoteca puede interponer un desahucio por precario contra los expropietarios. En el caso de la STS 6 febrero 2018 (*Tol 6509285*) el marido interpone una acción de desahucio por precario contra su expareja de hecho e hija. El cónyuge había adquirido en una subasta de liquidación de bienes gananciales posteriormente a la adjudicación la vivienda hogar común. En el convenio regulador ya constaba que cuando se vendiera la casa la atribución cesaría. La demandada cuenta con una vivienda en la misma ciudad si bien de calidad inferior. No cabe oponer atribución judicial de uso de exmujer e hijos al adjudicatario en subasta pública por hipoteca. En parecidos términos en la STS 22 noviembre 2010 (*Tol 2003527*) se ejecuta hipoteca de la vivienda matrimonial y los abuelos del marido se quedan la casa en subasta pública y permiten que hijo y nuera continúen en el uso de la vivienda. Luego abuela desahucio por precario después de que mediante resolución judicial se atribuye la vivienda. La atribución en precario es posterior a la resolución judicial. En supuestos en los que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a corroborar que la atribución del uso del inmueble a uno de los cónyuges no puede afectar al derecho de propiedad del adquirente. De modo similar sucede con la STS 8 octubre 2010 (*Tol 1972276*) en este caso la vivienda familiar que era propiedad del marido se atribuye a la esposa en un proceso de separación judicial estaba gravada con una hipoteca de garantía de un préstamo constituido por el marido antes de la separación y al que la esposa había prestado su consentimiento. Tras la separación

interés del menor no sólo viene determinada porque la vivienda familiar haya sido el lugar de convivencia durante el matrimonio, sino que además cuente con las adecuadas condiciones de habitabilidad y que el derecho de atribución de su uso sea perdurable en el tiempo o no dependa de la voluntad de un tercero respecto de su ejercicio. De modo que en aquellas atribuciones judiciales de vivienda en las que los propietarios puedan recuperar la vivienda ejercitando una acción de desahucio por precario han de considerarse perjudiciales para el menor ante la contingencia de que pueda ser desalojado.

el marido incumple con la obligación de pago del préstamo y el banco inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria. La vivienda se subasta y la empresa adjudicataria insta un procedimiento de recuperación del art. 41 LPH. En las dos primeras instancias se desestima la demanda. Sin embargo, el Alto Tribunal estima el recurso de casación alegando que el art. 1320 CC en el que la demanda intenta basar su defensa no es de aplicación por cuanto que ella había prestado su consentimiento para la constitución de la hipoteca²⁴. El citado art. 1320 CC señala que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial»²⁵. En consecuencia, cuando un cónyuge, en virtud de una sentencia dictada en un procedimiento matrimonial pasa a tener un derecho de uso sobre la vivienda matrimonial lo hace asumiendo todas las limitaciones que afectaban al derecho de uso puesto que la adjudicación no puede generar un derecho antes inexistente, de modo que en este caso la actora pasa a tener un derecho de uso sobre una finca hipotecada. En consecuencia, esta se ha visto afectada por las contingencias que pueden ocurrir en este tipo de fincas como ha sido la ejecución de la hipoteca. Por otro lado, como el derecho de hipoteca era preexistente a la atribución judicial de uso de la vivienda no podría verse afectada por un derecho posterior con independencia de que estuviera o no registrado. De modo que el adjudicatario no está obligado a respetar el derecho de uso mientras que quien sí que estaba obligado a hacerlo, mientras la finca era de su propiedad, era el

²⁴ MARÍN VELARDE, A.: "La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex art. 96 del CC. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010", *Revista de Derecho Patrimonial num.26/2011*, p. 369, si bien está de acuerdo con la decisión adoptada en casación de estimar que no era de aplicación del art. 1320 CC y por lo tanto el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca era válido. Sin embargo, estima que "las normas reguladoras del régimen jurídico de la vivienda familiar, especialmente en las situaciones de crisis matrimonial, precisan que el ordenamiento jurídico sea más permeable a los intereses de quienes están más necesitados de protección". La autora pone de relieve que en este caso, con independencia de que la recurrida prestase el consentimiento a la constitución de la hipoteca, realmente no era la prestataria del préstamo que se garantizó con la hipoteca pero es ella la que pierde el derecho a poseer la vivienda, cuando el obligado a pagar el préstamo era el marido que tras la separación matrimonial deja de pagarlos lo que provoca la pérdida de la posesión de la vivienda para su esposa e hijas.

²⁵ NASARRE AZNAR, S.: "Comentario a la sentencia de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445). Entrega de la posesión de un inmueble que había sido vivienda familiar al adjudicatario: procedencia. Hipoteca de bien privativo del marido, donde se constituyó la vivienda familiar, consentida por la mujer: atribución del uso a la mujer e hijas en sentencia de separación: adjudicación a tercero de la vivienda en procedimiento hipotecario: no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas: inaplicación del art. 669.2 LECiv/2000 al ser el derecho de uso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.87/2011, p. 5, estima que en el caso de que la actora no hubiera prestado su consentimiento hubiera dispuesto de un plazo de cuatro años para solicitar la nulidad de la constitución de la hipoteca habida cuenta que se trata de un plazo de anulabilidad. Ese plazo se podría haber computado desde que conoció la constitución o bien desde la disolución de la sociedad conyugal o desde la disolución del matrimonio.

progenitor no custodio²⁶.

4. EL PAGO DE DETERMINADOS GASTOS POR EL PRECARISTA NO GENERA NINGÚN TÍTULO QUE ENERVE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO

En ocasiones, los precaristas han utilizado la reclamación al propietario del pago de ciertos gastos realizados por la general en la realización de obras en la cosa cedida con diferentes finalidades.

En primer lugar, con una finalidad meramente restitutoria de las cantidades invertidas en obras realizadas en el inmueble que se les ha prestado. De modo que en ocasiones, el cesionario que ya no disfruta del inmueble que en su día le cedió un pariente suyo o de su cónyuge para constituir en el su domicilio conyugal presenta una acción de reclamación de cantidad contra el cedente, por las obras que realizó en el inmueble. La mayoría de estas demandas, que en ocasiones se formulan como reconvenición en el pleito en el que les exige la restitución de la vivienda, suelen desestimarse porque se estima que los gastos útiles a los que se refieren los arts. 453 y 454 CC exigen para su restitución la existencia de justo título en la ocupación y buena fe. La jurisprudencia estima que en el precarista no concurre ni la existencia de justo título ni tampoco la buena fe. Así se pone de manifiesto en la más reciente STS 3 noviembre 2021 (*Tol 8637989*)²⁷, al citar a la más antigua de 17 de mayo de 1948 que ya afirmó que "como solamente cabe reputar poseedor de buena fe, conforme al art. 433, al que ignora que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulta 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 sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio [...]". Asimismo, con cita de la STS 9 julio 1984, niega la existencia de la buena fe de quien realizó las obras "pues sabe que la casa no le pertenece y el desplazamiento patrimonial desde el precarista al dueño de la finca se produce con una finalidad ampliamente compensatoria, cual es la de procurarse

²⁶ NASARRE AZNAR, S.: "Comentario", cit., p.5, añade que la demanda siempre podría haber evitado ella la ejecución de la hipoteca habiendo pagado la deuda hipotecaria (pago por tercero).

²⁷BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La liquidación del estado posesorio del poseedor de mala fe: los frutos y gastos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021 (JUR 2021, 341405)", *Revista de Derecho Patrimonial*, num.57/2022. Disponible en <https://insignis.aranzadigital.es/>. Consultado el 15-05-2022.

una mayor comodidad durante los muchos años (más de doce) que gratuitamente había de disfrutar del inmueble²⁸.

En segundo lugar, la existencia de gastos realizados por el cesionario en la vivienda cedida en precario, también se utilizan como una defensa frente al desahucio por precario. Se alega la existencia de un derecho de retención que a los efectos de continuar manteniendo el uso de la vivienda hasta el momento de ser resarcido de los gastos. Esta dilatoria estrategia de defensa no procede puesto que no sólo se requiere que se reconozca el derecho a ser reintegrado en los gastos útiles, sino porque el art. 1747 CC es tajante al respecto al establecer que “el comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba²⁹”. De modo que en algunas de las sentencias que hemos citado se aborda la cuestión del derecho de retención. Así sucede con la STS 3 noviembre 2021 (*Tol 8637989*) y las que allí se citan que al no reconocer en primer lugar el derecho al resarcimiento por los gastos también rechazan el derecho de retención.

En tercer lugar, el cesionario demandado intenta crear un título jurídico de arrendamiento que permita enervar la acción de desahucio por precario. Para ello se utiliza la estrategia de hacer pasar el pago de algunos gastos como el pago de una renta para justificar la existencia de un contrato de arrendamiento. Sin embargo, para que exista la figura del arrendamiento es requisito que los pagos realizados por el ocupante de la finca hayan sido aceptados por el propietario en concepto de contraprestación, además tendrán que ser periódicos y equiparables al pago de una renta por alquiler³⁰. No obstante, en ocasiones existen prestaciones dinerarias a cargo del precarista que son compatibles con el precario puesto que no constituyen auténticas contraprestaciones por el uso de la vivienda como son el pago de los recibos de luz y el agua, gastos de comunidad de la vivienda, entre otros³¹. En cualquier caso, la prueba de la existencia de un contrato de

²⁸ Esta doctrina se ha mantenido por las SSTs 3 noviembre 2021 (*Tol 8637989*), 17 noviembre 2020 (*Tol 8218492*), 7 marzo 2018 (*Tol 6538390*), 23 octubre 2017 (*Tol 6408340*), 20 mayo 2002 (RJ 2002, 4449), 13 septiembre 2000 (JUR 2001, 16871), 21 abril 1997 (*Tol 216424*) y 9 julio 1984 (*Tol 1737561*).

²⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario a los artículos 1741 a 1755 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil*, T. II, dirigidos por C. Paz-Ares Rodríguez; R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid 1991 pp. 1613 y 1614 justifica el rigor de este precepto por el hecho de que en el comodato, el beneficiario es el comodante, mientras que los otros supuestos legales de retención reconocidos por el Código (art. 1600 para el contrato de obra, 1730 para el mandato y 1780 para el depósito), los beneficiarios son el dueño de la cosa en el contrato de obra, así como el depositante y el comodante en los otros casos. En parecidos términos MANTECA VALDELANDE, V.: “Cuando desaparece la causa del comodato el poseedor se convierte en precarista”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.768/2008, estima que la razón por la que se priva del derecho de retención al comodatario a diferencia del depositario se encuentra en que el comodato es un contrato que se celebra en beneficio exclusivo del comodatario.

³⁰ BELLO JANEIRO, D.: “El precario”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, nº 1, 1995, p.3

³¹ En la doctrina se estima que el pago de los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa no constituyen contraprestación que desnaturalice la gratuidad del comodato y que lo transforme en un contrato de arrendamiento. En este sentido se manifiesta DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “Comentario”, cit., p.

arrendamiento corresponde al ocupante del inmueble³². En alguna ocasión como sucede con la STS 17 noviembre 2020 (Tol 8218492) la demandada sí que pudo recuperar las cantidades invertidas en obras invertidas en la finca disfrutada en concepto de precario incluso contar con el preceptivo derecho de retención³³. Sin embargo, a diferencia de los otros casos citados aquí la demandada contribuyó constante matrimonio al pago de la construcción de la vivienda familiar sobre el suelo de la propiedad del padre de su ex marido. En este caso la defensa frente a la demanda de desahucio por precario que ejercitó su ex suegro consistió en alegar la inexistencia de precario porque ella había contribuido a la construcción de la vivienda. De modo que tratándose de un supuesto de accesión la vivienda se integró en su sociedad de gananciales de domo que el dueño del predio no es dueño de lo edificado mientras no pague la indemnización prevista legalmente en el art. 361 CC. Además, se alega el derecho de retención de la casa hasta que su ex suegro le reintegre por los gastos realizados en la casa. En la primera instancia, se desestima la demanda de desahucio por precario. En la segunda instancia, se estima el recurso del ex suegro y se declara la pertinencia del desahucio por precario puesto que la demandada ocupa la vivienda sin título. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, en primer lugar, se reconoce que si el dueño del terreno quiere hacer suya la vivienda tiene que pagar previamente la indemnización prevista en el art. 361 CC o ceder el terreno a cambio de precio, por otro lado se reconoce en favor de la demandada del derecho de retención que el art. 453 CC prevé para el poseedor de buena. Hasta que el dueño no ejerza la opción señalada

1605. DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II (Tomo II)*, cit., p. 162 y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La liquidación”, cit. En parecidos términos GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “Los contratos de préstamo”, p. 344, para el que no cambia la naturaleza gratuita del comodato el hecho de que el comodatario entregue al comodante una cantidad voluntaria y espontáneamente, por ser una situación diferente al pacto de pagar una retribución o precio. O incluso por la circunstancia de que el comodatario pague, como reembolso, al comodante, los gastos ordinarios que venía obligado a satisfacer e incluso los que fueran necesarios para poner la cosa dada en condiciones de servir para el uso al que se destinaba.

³² La STS 29 junio del 2012 ((Tol 3238983) declaró como doctrina jurisprudencial que la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el poseedor de que existe una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos.

³³ Sentencia comentada por GARCÍA ABURUZA, M.P.: “Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º. 3, 2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 15-04-2022. Para la autora la importancia de la sentencia estriba en que se trata de caso de accesión en la modalidad de construcción en suelo ajeno. Destaca que el art. 361 CC no concede un derecho automático en favor del dueño del terreno sino únicamente de un derecho potestativo que el permite o bien hacer suya la obra, pagando la correspondiente indemnización u obligar al constructor a la adquisición del terreno. Al mismo tiempo hasta que no se ejerce la mencionada opción el dueño del suelo no tiene el dominio de lo edificado ni puede ejercer la acción reivindicatoria antes haber hecho uso de la mencionada opción. En el caso de existir buena fe por el edificante se aplica la previsión del art. 361 CC y permite que se aplique el derecho de retención ex art. 453 CC hasta que se abone el valor de la obra.

por el art. 361 CC la ex nuera será la dueña de lo edificado. Finalmente, se reconoce que se descarta el desahucio por precario puesto que la cuestión que se ha ventilado en ese proceso no era posesoria, sino que afectaba a la titularidad dominical.

5. LA INTERPOSICIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO POR QUIEN ES COTITULAR DE LA VIVIENDA CON EL EX MARIDO

Una cuestión que se ha planteado en algunas ocasiones en los pleitos sobre desahucio por precario respecto de viviendas cedidas gratuitamente es cuando no se trata de un propietario individual el que presenta la demanda. En ocasiones de uno o de varios miembros de una comunidad hereditaria, o incluso postganancial el que presenta la demanda. En otras ocasiones se trata de un copropietario el que presenta la demanda contra la ex mujer de otro miembro de la comunidad. Por sus particularidades analizaremos cada grupo de supuestos por separado.

5.1 Interposición de la demanda de desahucio por precario por un coheredero o un miembro de una comunidad postganancial

En el supuesto contemplado por la STS 21 diciembre 2020 (*Tol 8251440*) se estima la procedencia de las acciones de desahucio contra las comunidades hereditarias o postgananciales frente a un cotitular que detenta la posesión de forma exclusiva. En este caso se admite la procedencia del desahucio por precario instado por la primera esposa del causante contra la segunda respecto de la vivienda que le corresponde como parte de comunidad postganancial que todavía no ha sido liquidada. La segunda esposa ocupa en exclusiva la vivienda como legataria del usufructo. En este caso resulta que la demandante es dueña del 50% de la propiedad mientras que la demandada es usufructuaria del otros 50% de la propiedad que está en manos otros terceros como nudos propietarios.

5.2 Interposición de la demanda de desahucio por precario por un copropietario

Una cuestión un tanto controvertida es aquella que tiene lugar cuando en este tipo de procesos en los que el propietario interpone un desahucio por precario contra la ex nuera a la que en un proceso de divorcio o de separación se le ha adjudicado la vivienda familiar es copropietario de la vivienda junto con el ex marido. En la jurisprudencia hay dos posturas enfrentadas al respecto, la que mantiene que la existencia de una copropiedad en la que forma parte el ex marido no supone impedimento alguno para que prospere el desahucio por precario: La postura contraria entiende que no cabe apreciar el desahucio por precario puesto que el título que legitima a la usuaria de la vivienda es el de propiedad

En la STS (Pleno) 18 enero 2010 (*Tol 1793037*) la demandante, que es la copropietaria de la mitad de una vivienda junto con su hermano, interpone una acción desahucio por precario contra su ex cuñada. Antes del matrimonio de su hermano la copropietaria autorizó la cesión del uso exclusivo de la vivienda común a su hermano y su cuñada para que la utilizaran como vivienda familiar. La demanda de restitución de la posesión se interpone una vez que a la demandada se ha adjudicado en sentencia de separación la vivienda familiar. El juzgado desestima el desahucio por precario por entender que la titularidad de la actora era compartida con el marido de la demandada de modo y en consecuencia el título originario no era solo la concesión graciosa de la actora sino esencialmente la copropiedad. En la audiencia se estima el recurso apelación y, en consecuencia, se estima la procedencia del desahucio por precario por entenderse que la sentencia dictada en un proceso de familia no crea un título *erga omnes* que sí que hubiera sido posible en el caso de que el marido hubiera sido el dueño exclusivo de la vivienda. Asimismo, el Alto Tribunal estima la existencia del precario aun a pesar de que el marido ya era copropietario de la vivienda antes de contraer matrimonio. Para ello aplica la ya consolidada doctrina que estima que "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial". No obstante, el tribunal estima que en ese caso concurre una cuestión más compleja como es el de "la cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos".

Para ello se parte del art. 445 CC que establece que "la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión". Se establece que la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda por sí misma, pero puede también ceder su derecho para una finalidad concreta, en este caso para que su hermano la utilizar como vivienda familiar, "de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad". Matiza la sentencia que la actora cuando presenta la demanda, aunque es copropietaria no es coposedora puesto que ella en su día cedió la posesión a su hermano. En consecuencia, del art. 445 CC no cabe deducir que siempre que exista condominio está concurriendo una coposesión. De modo que, aunque "la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido

dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor”. En consecuencia, se desestima el recurso de casación, en base a dos conclusiones: 1º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario. 2º La demandante está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad.

No obstante, en esta sentencia se formula un voto particular por varios magistrados para los que no existe un precario puesto que el título de la esposa se basa en el título de propiedad de esposo, copropiedad compartida con su hermana con la que acordaron que el uso sería del matrimonio. En consecuencia, en el voto particular se estima que: “Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio”.

El Tribunal Supremo ha contemplado esta cuestión con posterioridad en varias ocasiones. En la STS 14 julio 2010 (*Tol 1911613*) la actora, cedió el uso y disfrute a título gratuito de dicha vivienda a su hijo, para que fijara en ella su domicilio, junto con la que era su esposa, ahora demandada. El matrimonio, junto con las hijas de ambos, vino ocupando la vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, adjudicándose en sentencia de separación el uso de la vivienda a la hasta entonces esposa. La actora ejercita acción de desahucio por precario contra la que fuera esposa de su hijo. En el momento de ejercitarse la acción restitutoria el marido de la actora había fallecido de modo que la actora era propietaria del 50% de la finca así como usufructuaria del restante 50% del cual el hijo era el nudo propietario. El Juzgado desestima la demanda por considerar la existencia de un comodato; por el contrario, la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y admite el desahucio por precario. El Tribunal Supremo, califica como de precario la relación entre la cedente y los cesionarios. Estima que tal calificación “no se ve alterada por el hecho de que, tras la muerte del esposo de la actora y como consecuencia de la división de su herencia y la previa disolución de la sociedad de gananciales, resulte ser propietaria ahora la demandante de la mitad indivisa del inmueble y usufructuaria de la otra mitad, pues tal circunstancia no altera el título en virtud del cual la demandada viene usando y disfrutando del inmueble, a lo que se debe añadir, tal y como indica la Audiencia, que en el momento en el que se cedió la vivienda la actora era la única propietaria. En definitiva, la actora cedió la

vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar, pero no consta su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la familia. En este sentido, no se dan los elementos característicos del comodato, por lo que la posesión de la vivienda por la demandada lo es a título de precario”. En este caso se ha seguido la doctrina establecida por la STS (Pleno) 18 enero 2010 (*Tol 1793037*).

IV BIBLIOGRAFÍA

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

-ANDERSON, M.: “Sentencia de 18 de marzo de 2008: Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho -del uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 78, 2008, pp. 1419-1438.

-ARNAU MOYA, F.: “Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados”, *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 32, 2021, pp. 314-365.

-BELLO JANEIRO, D.: “El precario”, *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil*, nº 1, 1995, pp. 219-259. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 14-05-2022.

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

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

-DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “Comentario a los artículos 1741 a 1755 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil*, T. II, dirigidos por C. Paz-Ares Rodríguez;

R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid 1993 , pp. 1604 a 1631.

-DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 91, Nº 752, 2015, pp.3387-3466.

-DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *-Sistema de Derecho civil, Vol. II (Tomo II). Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

-ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: "Comentario del art. 1750" en AA.VV, *Comentarios al Código Civil, Tomo VIII*, (Dir. R. Bercovits Rodríguez-Cano) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11953- 11965. Disponible en: : <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356?showPage=1>. Consultado: 21-05-2022.

-GARCÍA ABURUZA, M.P.: “Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 3, 2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 15-04-2022.

-IZQUIERDO BLANCO, P.: “El juicio verbal de desahucio por precario”, en: AA.VV.: *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas* (Dir. P. Izquierdo Blanco y J. Picó i Junoy), 2ª ed., Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2018, pp. 69-128.

-MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Comentario al art. 1750 del CC”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>.

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

-MORENO NAVARRETE, M.A.: "Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 89, 2012, pp.463-476. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Consultado el 13-05-2022.

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

-YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.: "Sentencias del pleno y por interés casacional. Jurisprudencia de caso único", *Diario La Ley*, Nº 9387, 2019.