

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria: Junio

**ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS
DE RUPTURA. EN ESPECIAL, LOS CASOS DE CESIÓN DE LA
VIVIENDA POR UN TERCERO**

**ATTRIBUTION OF THE USE OF THE FAMILY HOME IN CASES OF
BREAKUP. IN PARTICULAR, CASES OF TRANSFER OF HOUSING
BY A THIRD PARTY.**

Realizado por el alumno/a D^a Laura Mesa Pérez

Tutorizado por la profesora Dra. María Elena Sánchez Jordán

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil



ABSTRACT

The purpose of this work has been the study of the different jurisprudential positions in relation to the attribution of the right to use the family home in case of breakup, recognized in art 96Cc; the right of the spouses (or members of the couple) on that building; the analysis of the case of free transfer of the family home by a third party; and the possibility of recovery of that building by the real owner.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La finalidad de este trabajo ha sido el estudio de los diferentes posicionamientos jurisprudenciales en relación a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de ruptura, recogido en el art 96Cc; el derecho que tienen los cónyuges (o los miembros de la pareja) sobre ese inmueble; el supuesto de cesión gratuita de la vivienda familiar por parte de un tercero; y la posibilidad de recuperación del inmueble por el verdadero propietario.



ÍNDICE

I INTRODUCCIÓN	4
II ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CRISIS CONYUGAL Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.	5
1. Crisis conyugal.....	6
2. Protección del interés del menor.	7
3. Concepto de vivienda familiar.	10
4. Temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar.	14
III DERECHO DE PROPIEDAD VS DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA. ..	17
1. Propiedad de un solo cónyuge.....	19
2. Propiedad de ambos cónyuges (ganancial o en comunidad de ambos cónyuges).....	22
3. Propiedad de un tercero.....	23
A) Vivienda arrendada	24
B) Cesión gratuita por un tercero	28
IV CESIÓN GRATUITA POR UN TERCERO PARA UN FIN DETERMINADO O SIMPLEMENTE POR MERA TOLERANCIA	28
1. Requisitos para estar ante este supuesto.....	29
2. Evolución jurisprudencial y legislación al respecto.....	30
3. Comodato y Precario.....	34
V POSIBILIDAD DE RECUPERAR LA VIVIENDA POR EL VERDADERO PROPIETARIO	38
VI CONCLUSIONES	40
VII REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43



I INTRODUCCIÓN

A raíz de la insuficiencia que presenta el art 96.1 Cc para solventar algunos de los numerosos problemas actuales en relación a la adjudicación por resolución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar se ha planteado la realización de este trabajo, con el propósito de mostrar los principales criterios que establece el precepto y que sirven de base a los jueces y magistrados para atribuir la vivienda familiar en caso de crisis conyugal (o de la pareja conviviente, a la que la jurisprudencia extiende la aplicación del precepto citado). Por ello, y teniendo en cuenta la redacción del art. 96.1 Cc, para decidir la atribución del derecho de uso lo primero que hay que ver es si existen hijos menores nacidos del matrimonio, pues si los hubiera se trataría de proteger el interés de estos, por ser los sujetos que requieren de una mayor protección; en segundo lugar es importante destacar el concepto de vivienda familiar, sus características y las diferentes posibilidades de perder ese carácter familiar; y, en tercer lugar, habrá que profundizar en la posibilidad de limitación temporal del derecho de uso, destacando un supuesto en especial (el de la custodia monoparental o exclusiva), en el que no se suele establecer un límite temporal porque, si se estableciera, se estaría vulnerando los derechos de los hijos menores de edad. En cambio, tal y como veremos, en los casos de custodia compartida o en los supuestos en los que los hijos no precisen de esa vivienda familiar porque sus necesidades ya han sido cubiertas a través de la adquisición posterior de una vivienda alternativa, pueden aparecer una serie de conflictos, que surgen principalmente por la falta de criterios legales sobre cómo atribuir la vivienda en estos casos, lo que ha llevado a la jurisprudencia a adoptar distintos posicionamientos en función de las circunstancias del caso.

Tras este análisis preliminar, el trabajo se centrará en el estudio del derecho que tienen los cónyuges (o los miembros de la pareja) sobre esa vivienda, es decir, se indagará en el derecho de propiedad y su posible predominio frente al derecho de uso de la vivienda familiar y para ello se analizará una por una las diferentes posibilidades de



titularidad del derecho de uso de la vivienda familiar, centrándonos en una de ellas, concretamente en la cesión gratuita de la vivienda familiar por un tercero para un fin determinado o por mera tolerancia. En este último caso, los cónyuges no son propietarios del inmueble, sino que ostentan la posesión gracias a la cesión gratuita por parte de un tercero, en la mayoría de los casos parientes cercanos. El problema que surge es el siguiente: una vez se produce la ruptura de pareja, y tras dictarse la resolución judicial que atribuye en la mayoría de los casos el derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y a su cónyuge custodio, los propietarios del inmueble deciden interponer la acción de desahucio por precario para recuperar la posesión del inmueble. En estos casos habría que plantearse si predomina el derecho de propiedad de estos terceros o si por el contrario vence el derecho de uso que tiene el cónyuge custodio y sus hijos. Para resolver esta cuestión y lo señalado anteriormente, habrá que estar muy pendiente a lo que explicaremos en los apartados siguientes.

II ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CRISIS CONYUGAL Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

El derecho de uso de la vivienda familiar en caso de crisis conyugal y no existiendo acuerdo entre ambos cónyuges se encuentra recogido en el art 96.1Cc.

Teniendo en cuenta esto, a lo largo de este apartado procederé a analizar los diferentes criterios que recoge el artículo y que permiten a los magistrados tomar la decisión judicial final para atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar, además de profundizar en la falta de adaptación de este artículo a la realidad social y su defectuosa regulación en los supuestos nuevos que han ido apareciendo a lo largo de estos años.



Por lo tanto, empezaré hablando de la crisis conyugal y los problemas que acarrearán, luego, me centraré en la protección del interés del menor de edad y la posible atribución de la vivienda familiar a este y al cónyuge custodio; posteriormente, haré alusión al concepto de “*vivienda familiar*”; y, por último, explicaré la limitación temporal de este derecho de uso teniendo en cuenta el tipo de custodia que se haya dictado (exclusiva o compartida).

1. Crisis conyugal

Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico permite la unión entre dos personas conformando un lazo matrimonial y produciendo efectos civiles, es lo que se conoce como “matrimonio”. Pero, al igual que permite esta unión, también faculta a los cónyuges, cuando concurren determinadas circunstancias, a poner fin a ese lazo matrimonial a través del divorcio. Esta figura, siendo un modelo de crisis conyugal, plantea cuestiones complejas, como por ejemplo, la pensión de alimentos, la guarda y custodia de los hijos, o la atribución de los bienes de titularidad ganancial o privativa, y en especial, el derecho de uso de la vivienda familiar, cuando existen hijos menores de edad nacidos de esa unión matrimonial. Para este último supuesto será de aplicación lo dispuesto en el artículo 96.1 Cc, tal y como iremos viendo a lo largo de este trabajo.

No obstante, y aunque este precepto solo hablaría de la atribución del uso de la vivienda en caso de crisis matrimonial, es importante tener en cuenta lo que ha dicho la jurisprudencia en relación a su aplicación analógica para los supuestos de rupturas de parejas de hecho. En este sentido, se ha venido interpretando por parte del Tribunal Supremo que las rupturas de convivencia de hecho entre parejas con hijos menores de edad cumplirán los mismos requisitos que las rupturas matrimoniales, y de ahí que se aplique el mismo precepto legal. De hecho, tal y como recoge la STS 5/2015, 16 de enero de 2015 *"Las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se*



proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso". Por lo tanto, cuando estamos ante una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se regirá por las mismas reglas establecidas en el art 96.1 Cc, como si se tratara de una ruptura matrimonial¹.

En conclusión, se hace patente la intención de los jueces y magistrados de aplicar idénticas medidas para tratar de salvaguardar el interés de los hijos tras las crisis de pareja, ya sea matrimonial o no matrimonial.

2. Protección del interés del menor.

Cuando estamos ante la atribución del uso de la vivienda familiar recogida en el art 96.1Cc, podemos ver que existen varias cuestiones de importancia. La primera de ellas y con mayor relevancia tiene que ver con la protección del interés del menor.

Respecto a esta cuestión, en un primer momento lo más lógico sería pensar que en caso de que existan hijos menores de edad, estos son los sujetos más vulnerables y afectados, y por tanto requieren de un mayor nivel de protección en caso de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. Sin embargo, esto no siempre es así. En ocasiones, por las circunstancias especiales del progenitor no custodio, como por ejemplo la dependencia económica que tiene con el otro cónyuge, una enfermedad, o incluso, porque el interés del menor ya ha quedado satisfecho de otra manera, es posible que este sujeto sea el más necesitado de protección, y por ello se le atribuya el derecho de uso de la vivienda familiar, tal y como veremos más adelante.

¹ La STS 314/2012, 31 de mayo de 2012 ha establecido que *“La aplicación del Art. 96 Cc a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”*.



Teniendo en cuenta esto, es interesante observar cómo la regla general es la establecida en el Código Civil, concretamente en su art 96.1, al disponer que *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*. Es decir, en caso de que existan hijos menores de edad nacidos del matrimonio, se tratará principalmente de proteger el interés de estos frente a sus progenitores. De hecho, la jurisprudencia en numerosas sentencias ha mantenido de manera estricta e imperativa lo dispuesto en este artículo, argumentando que: *“... la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el propio art 96 Cc”*². Además, la misma sentencia añade que *“El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros”*³.

Por lo tanto, resulta evidente, entonces, que el interés del menor se traduce en un conjunto de factores que han de tenerse en cuenta, como pueden ser: las circunstancias

² STS 221/2011, 1 de abril de 2011.

³ Línea jurisprudencial mayoritaria que ha seguido el Tribunal Supremo en las sentencias nº 563/2017 de 17 de octubre, nº 236/2011, 14 de abril de 2011, o nº 641/2018, 20 de noviembre de 2018, entre otras.



personales de los padres y afectivas de los hijos, las circunstancias materiales, y las circunstancias sociales del entorno del menor, tratando principalmente de proteger al menor pero siempre teniendo presente las relaciones afectivas con su familia, amigos, situación escolar, y el entorno en el que había crecido. De ahí que la postura tradicional y mayoritaria del Tribunal Supremo es considerar que el artículo 96Cc, cuando atribuye la vivienda al menor de edad y a su progenitor custodio, trata de evitar que, tras la separación de los padres, se produzca la pérdida de la vivienda en la que el menor y sus progenitores han convivido hasta el momento de la crisis conyugal, con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

No obstante, esta cuestión se complica cuando no solo existen hijos del matrimonio (o de la pareja), sino que conviven hijos extramatrimoniales o de distintos progenitores. En estos casos (por ejemplo, dos hijas de madres diferentes que se mantienen en la misma casa, siendo propiedad del padre), la jurisprudencia ha entendido, tras la escasa adaptación del art 96 Cc a la realidad social, que se debe aplicar analógicamente este artículo, alegando lo siguiente “...*en caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar en la que ha existido una convivencia estable a uno u otro progenitor*”⁴. En la sentencia recién citada (STS 567/2017, 17 de octubre de 2017), el Tribunal Supremo entendió que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar debía recaer en el padre, y no en la madre, por entender que esta última ya tenía una vivienda alternativa y por lo tanto no habría problema en que la ocupara, y además afirmaba que dicha atribución del uso no debe entorpecer el desarrollo vital común de las hijas, tratando de cubrir sus necesidades de convivencia con el progenitor, es decir la convivencia de ambas con el progenitor.

Asimismo, otra de las cuestiones que da inseguridad es que no puede interpretarse en un sentido literal el art 96 Cc, porque como ya habíamos adelantado

⁴ STS 563/2017, 17 de octubre de 2017.



antes, aunque la regla general sea la atribución de la vivienda a los menores de edad por ser los sujetos más necesitados de protección, esto no siempre es así. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia, aunque minoritario, considera que pueden darse otras soluciones diferentes a la atribución del derecho de uso de la vivienda a los menores de edad y su progenitor custodio. Es el caso de de la atribución de la vivienda al cónyuge no custodio, cuando por determinadas circunstancias (una enfermedad o su escaso poder adquisitivo y económico), es el sujeto más necesitado de protección. Dándose esta circunstancia, la jurisprudencia interpreta el art 96 Cc de forma dispositiva, perdiendo así su automatismo, esto es, su carácter imperativo, por lo que en estos casos se puede atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar a ese cónyuge más necesitado de protección, siempre y cuando el interés del menor se haya visto satisfecho por otro lado⁵.

Por lo tanto, se entiende que el art 96 Cc no siempre se aplica de manera uniforme o en un sentido literal, ya que tal y como se ha puesto de manifiesto, existen algunas excepciones, debidas fundamentalmente a su falta de adaptación a la realidad social, que provocan no solo una cierta inseguridad con respecto a la aplicación de este artículo sino, también, que la solución que contempla su párrafo primero sea insuficiente para resolver muchas de las cuestiones que se plantean hoy en día.

3. Concepto de vivienda familiar.

Siguiendo con el análisis del apartado uno del artículo 96 Cc, podemos ver la importancia que este artículo le da al concepto de “*vivienda familiar*”. De ahí que, llegados a este punto, convenga determinar qué se entiende por vivienda familiar, si

⁵Teniendo en cuenta este aspecto, la Sentencia 819/2000 de 28 de junio de 2000 otorgó el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, es decir al padre por considerar que es el más necesitado de protección “...podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección”.



cualquier vivienda es apta para considerarla familiar y cuándo puede perder esa condición.

Frente a esta cuestión, nuestra legislación civil no nos brinda un concepto de vivienda familiar, siendo la doctrina y la jurisprudencia quienes han conseguido delimitarlo. De hecho, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones que “...se trata de un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario⁶”.

Siguiendo esta línea, Cuenca Casas ha añadido que la vivienda familiar es el espacio donde conviven efectivamente los cónyuges aunque no sea su domicilio legal o domicilio conyugal, y para tener la condición de familiar debe tratarse del lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar⁷, dándose dos características fundamentales: habitualidad y permanencia.

En este sentido, una sentencia relativamente reciente del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 ha tenido muy presente este carácter familiar de la vivienda y sus características. En este supuesto, el padre, siendo la parte demandada, presenta un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por el que pretendía entre otras cosas, que no se atribuyera el uso de la vivienda que se consideraba familiar a su hija menor de edad y a la progenitora custodia (la madre), porque entendía que, como la menor y su madre no vivían en el domicilio familiar hacía casi 4 años, no se podía considerar como domicilio familiar. Sin embargo, la Sala inadmite el recurso, al entender que ha resultado acreditado, conforme a la valoración de la prueba, que la mayor parte de la convivencia entre ambos progenitores a través de la relación *more uxorio* (unión de

⁶ STS de 31 de diciembre de 1994, entre otras.

⁷ CUENAS CASAS, Matilde, “*El régimen jurídico de la vivienda familiar*” Tratado de Derecho de la familia (volumen III), cap 20, Aranzadi, Navarra, 2017,p.11; Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1994 procedió a la elaboración del concepto de vivienda familiar, que ha sido utilizado con posterioridad: “*La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar... siendo el bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, con independencia de quien sea el propietario*”.



hecho), se ha realizado en esa vivienda, aunque no se haya vivido allí en algún periodo de crisis existente entre la pareja. Por lo tanto, entiende que sí que se trata de la vivienda familiar y que se debe aplicar lo dispuesto en el art. 96 Cc, por lo que se atribuye a la menor y a su progenitor custodio el uso de la misma, por ser el interés más digno de protección .

No obstante, aparte de la habitualidad y la permanencia, un sector de la jurisprudencia, aunque minoritario, ha añadido una característica más. Este sector entiende que para que la vivienda adquiera el adjetivo de “*familiar*” debe adaptarse a los fines matrimoniales, es decir, a lo que realmente se pretendía cuando se casaron. Por lo que “*una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación*”⁸. De hecho, la STS 641/2018, 20 de noviembre de 2018, citando la STS 726/2013, 19 de noviembre de 2013 puso de manifiesto que “*... no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial*”.

Por lo tanto, hay ocasiones en las que, de acuerdo con la jurisprudencia, es posible que se pierda ese carácter familiar. En esta línea, las Sentencias del Tribunal Supremo nº 622/2013, de 17 de octubre de 2013 y nº 641/2018, 20 de noviembre de 2018, han puesto de relieve la posibilidad de eliminar el rigor de la regla contenida en el art 96 Cc en varios supuestos, como la pérdida del carácter familiar de la vivienda: así, por ejemplo, cuando entra a vivir la nueva pareja del progenitor custodio; también, cuando se hubieran cubierto las necesidades de los menores de edad a través de otros medios, como por ejemplo la existencia de una segunda vivienda alternativa, más

⁸ STS 2209/2017, 15 de marzo de 2017.



beneficiosa para el menor que la primera⁹. En este sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia nº 426/2013, 17 de junio de 2013, atribuyó el derecho de uso de una vivienda alternativa al hijo y a la madre, considerando que aunque el hijo común expusiera su deseo de mantenerse en la vivienda familiar, ello no puede perjudicar por largo e indefinido lapso temporal los intereses legítimos del progenitor no custodio, estimando que a través de la enajenación futura de esa vivienda familiar, situada en una finca, se permitirá dotar al menor de otra vivienda del mismo nivel, cubriendo así sus necesidades de alojamiento. Por lo tanto, mientras no se produzcan tales operaciones, se le atribuye el derecho a ocupar la vivienda alternativa que tenían ambos progenitores.

Esta apreciación hecha por el Tribunal Supremo también ha sido recogida en las legislaciones autonómicas. De hecho, el artículo 233-20 del Código civil de Cataluña permite que en caso de que las otras residencias sean idóneas para salvaguardar y cubrir las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada.

En conclusión, cuando las necesidades de los menores se hubieran visto cubiertas por una vivienda alternativa (por ejemplo, segunda vivienda o vivienda privativa del progenitor custodio), la que fuera vivienda familiar podría no ser objeto de atribución en el caso de producirse una ruptura conyugal. Y así se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando argumenta que *“El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda*

⁹Ambas Sentencias en sus fundamentos de derecho alegan lo siguiente: *“hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor. Para más detalle, véase SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, “Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la “desfamiliarización” de la vivienda. Comentario a la STS número 641/2018 de 20 de noviembre (RJ 2018, 5086)”, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 48, 2019.*



familiar ... siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”¹⁰.

4. Temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar.

Otro de los aspectos fundamentales a tener en cuenta si seguimos profundizando en el análisis del art 96 Cc es el límite temporal al que puede estar sometido ese derecho de uso de la vivienda familiar.

En este sentido, existe una línea jurisprudencial bastante reciente y mayoritaria que considera que existiendo hijos en común, y cuando la custodia es exclusiva de uno de los progenitores, no debe imponerse un tiempo limitado para el uso y disfrute de la vivienda familiar, porque si existiera este límite se estaría vulnerando los derechos de los hijos menores de edad. Por ello, este derecho de uso de la vivienda se atribuiría de manera indefinida y sin plazo alguno, como se recoge en la STS anteriormente mencionada de 23 de enero de 2019: *“esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez”*. Este sector entiende que el art 96 Cc es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras que condicionen el derecho de uso de esa vivienda a un tiempo determinado, siempre y cuando los menores de edad que adquieren ese derecho lo sigan siendo. Por lo tanto, el único límite temporal en estos casos es la mayoría de edad.

No se debe olvidar que este es un posicionamiento bastante reciente y que existen varios supuestos en los que es posible que el hijo no precise de la vivienda familiar porque sus necesidades de habitación son satisfechas a través de otros medios,

¹⁰ El Tribunal Supremo en la sentencia 695/2011, 10 de octubre de 2011 estableció esta tesis, que ha seguido aplicando en otras sentencias como la sentencia 563/2017, 17 de octubre de 2017.



como por ejemplo la adquisición de una vivienda alternativa. En estos casos, la jurisprudencia sí ha establecido límites temporales, considerando que no se puede perjudicar por largo o indefinido lapso temporal los intereses, también legítimos, del progenitor no custodio.¹¹

En los casos de custodia compartida, la regla general es la de atribución temporal del uso de la vivienda, aunque es importante tener en cuenta que tal y como veremos a continuación no siempre ocurre así. Para ver mejor esta cuestión, es fundamental proceder al análisis de la STS 3348/2017 de 22 de septiembre de 2017. Esta sentencia se dictó a raíz de una demanda de divorcio, guarda y custodia y atribución del uso de la vivienda familiar por parte de la progenitora. En primera instancia se le atribuyó la guarda y custodia de los hijos menores de forma compartida a ambos progenitores, y además el derecho de uso del domicilio familiar a la madre e hijos durante un periodo de dos años, considerando que *“Al otorgar la custodia compartida por semanas produce como consecuencia la no aplicación de la doctrina jurisprudencial de atribución de la vivienda a quien se le concede la custodia. Por tanto, no consta la necesidad de que a D.ª Genoveva se le conceda el uso de la vivienda familiar sine die, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC , aplicado analógicamente, se fija un plazo de dos años durante el que la madre podrá hacer uso de la vivienda familiar, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes”*. Frente a esta resolución, se interpone recurso de apelación por parte de Dª Genoveva, entendiéndose que no se debe fijar un límite temporal al uso de la vivienda familiar. Ante esto, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso revocando la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda, argumentando que *“En el presente caso, los hijos menores cuentan en la actualidad con ocho y doce años, por lo que con independencia de que se instaure un sistema de custodia compartida, no puede establecerse una*

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo 819/2000 de 28 de junio de 2000, anteriormente mencionada recoge lo siguiente: *“la demandada tiene suficientes medios económicos para procurarse su propio domicilio, por ende resultando desvirtuada la presunción establecida en el art. 96, lo que justifica la atribución temporal del domicilio conyugal”*.



limitación temporal del uso de la vivienda, que tiene carácter familiar y no existe ninguna otra que permita dar cobertura a los intereses de los menores cuando estén bajo la guarda de la madre, sin perjuicio de la posibilidad de acudir en un futuro a un proceso de modificación de medidas". Ante esto, el progenitor decide interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Y la Sala Primera, tras una valoración de los diferentes posicionamientos anteriores entiende que *"... al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente"*. Y siguiendo la línea jurisprudencial que ha mantenido esta sala en numerosas ocasiones, añade que *"la atribución temporal del uso de la que fue vivienda familiar en casos de custodia compartida ha sido el criterio adoptado en supuestos en los que ambos progenitores perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, lo que justifica que no conste la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar sine die"*, por lo tanto, siendo este el caso, se entiende que debe existir un límite temporal, confirmando así lo dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia y limitándose el uso de la vivienda familiar durante un periodo de dos años.

Tras analizar esta sentencia se puede comprobar cómo en casos de custodia compartida, el Juzgado de 1ª Instancia y el Tribunal Supremo adoptan una postura sobre la atribución temporal del uso de la vivienda y la Audiencia Provincial otra diferente. Sin embargo, es importante destacar brevemente que no es la única cuestión problemática en los casos de custodia compartida, pues tal y como se pudo apreciar en el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la sentencia recientemente citada, otro de los grandes problemas recae en la dificultad de atribuir la vivienda familiar cuando ambos progenitores tienen la guarda y custodia compartida de sus hijos menores de edad. En estos casos, el Tribunal Supremo para atribuir el derecho de ese inmueble trata de averiguar si mantener una vivienda común en la que convivan los hijos menores



de edad junto a sus progenitores de forma alterna, y las viviendas de cada uno de esos progenitores resulta incompatible con la capacidad económica de los mismos. Si estamos ante esta circunstancia de imposibilidad económica, el Tribunal mantiene que la residencia del menor se establecerá en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido¹².

III DERECHO DE PROPIEDAD VS DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA

Una vez vistas las especialidades del art 96 Cc y los criterios en los que se basa el juez para atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar en caso de que existan hijos menores de edad nacidos del matrimonio, es necesario ahora profundizar sobre el derecho que tienen los cónyuges sobre ese inmueble, es decir, indagar en el derecho de propiedad y su posible predominio frente al derecho de uso de la vivienda familiar. Para ello, hay que examinar las diferentes posibilidades en virtud de las cuales los progenitores serán titulares del uso de la vivienda, ya que es posible una cesión gratuita de un tercero, que sea propiedad de un cónyuge o de ambos, o incluso que uno de los progenitores sea titular del derecho de uso a través del contrato de arrendamiento. Y en función del supuesto en el que nos encontremos, predominará el derecho de uso o el derecho de propiedad, tal y como iremos viendo.

Pero antes de profundizar en este punto, es conveniente saber qué es el derecho de propiedad, y tener una idea más o menos clara de cuál es su alcance.

¹² Si nos fijamos en la Sentencia relativamente reciente del Tribunal Supremo 215/2019, 5 de abril de 2019, podemos ver como la Sala Primera del Tribunal Supremo consideró que mantener una vivienda común, además de las viviendas de cada uno de los progenitores resultaba antieconómico., a lo que se unía la conflictividad del buen mantenimiento de la vivienda común. Por lo que lo que se decidió en ese supuesto fue que sería vivienda familiar (a efectos del uso por el menor) la de cada uno de los progenitores, teniendo que darse a la que en su momento fue vivienda familiar el destino que de acuerdo con su naturaleza le correspondiera.



Nuestro Código Civil recoge una definición en su art 348, considerando que *“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”*, y de acuerdo con el art 349 *“Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado”*

Si tenemos en cuenta este precepto, en un primer momento se podría pensar que es un derecho absoluto y que prima en todo caso con respecto a otros derechos, como por ejemplo el derecho de uso. Sin embargo, no ocurre siempre así. Veamos varios supuestos:

Si el derecho de propiedad fuera de un tercero, que ha cedido gratuitamente el derecho de uso de la vivienda familiar a los cónyuges para que desarrollen su vida matrimonial, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario, y en estos casos, tal y como profundizaremos en otro apartado, el derecho de propiedad vence al derecho de uso.

Sin embargo, existen otros supuestos en los que ocurre lo contrario: esto es, el derecho de uso de la vivienda familiar atribuida al cónyuge custodio y a sus hijos vence al derecho de propiedad. Por ejemplo, cuando el propietario del inmueble es únicamente uno de los cónyuges, y el derecho de uso se le atribuye por resolución judicial al otro cónyuge junto a sus hijos. En este caso, y aunque indagaremos más adelante en esta cuestión, el derecho de uso por regla general vence al derecho de propiedad.

También existe la posibilidad de que la vivienda sea propiedad de ambos cónyuges, ya sea ganancial o proindiviso, y en esta hipótesis, al igual que en el supuesto anterior como regla general vence el derecho de uso, aunque no en todos los casos.



1. Propiedad de un solo cónyuge.

Tal y como hemos adelantado, es posible que la vivienda familiar sea propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, ya sea porque la ha adquirido tras la liquidación de los bienes gananciales o por ser un bien privativo.

Cuando esto ocurre debemos plantearnos dos cuestiones: La primera es que el propietario de la vivienda tras la crisis matrimonial sea también la persona a quien se le atribuye el derecho de uso de esa vivienda junto a sus hijos. En ese caso, la misma persona tendría la propiedad y el derecho de uso, no existiendo entonces conflictividad entre estos derechos, porque aunque el otro cónyuge quisiera reclamar la vivienda familiar, el propietario que a su vez es el cónyuge custodio podrá alegar la presencia de estos títulos jurídicos.

La segunda y más compleja es que el cónyuge-propietario y el cónyuge-usuario no sean la misma persona. Frente a esto, es posible que el cónyuge-propietario, al ver que el derecho de uso se atribuye al cónyuge custodio y sus hijos, decida recuperar la vivienda a través de una acción de desahucio por precario. Cuando esto ocurre, hay que plantearse si el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido por sentencia judicial o convenio regulador homologado es o no título oponible frente al propietario de la vivienda; es decir, si el derecho de uso vence o no al derecho de propiedad.

Ante esta cuestión, existe una línea jurisprudencial mayoritaria¹³ que considera que el derecho de uso de la vivienda familiar sí vence al derecho de propiedad con independencia de que la vivienda sea un bien privativo de uno de los cónyuges, de

¹³ STSs 11 de noviembre de 1992, 27 de noviembre de 2007, 18 de enero de 2010 han establecido la siguiente línea jurisprudencial: “*en el supuesto de pertenencia de la vivienda como bien privativo a uno de los cónyuges, de pertenencia al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad en favor de ambos cónyuges, la reclamación de un tercero, aunque haya adquirido la finca en pública subasta a raíz de la división de la comunidad, no determina la extinción del derecho de uso, consecuencia de una situación jurídica tutelada legalmente*”.



pertenencia al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad de ambos cónyuges.

Si nos centramos ahora en la propiedad única de uno de los cónyuges, este sector sostiene la continuidad del derecho de uso cuando se trata de un bien privativo o cuando tras el ejercicio de la acción de división de la cosa común, de liquidación de la sociedad de gananciales o de la efectiva adjudicación de la vivienda familiar consumada en el proceso liquidatorio se adjudica a favor del cónyuge no usuario¹⁴. También entiende que aunque predomine el derecho de uso frente al derecho de propiedad, esos propietarios seguirán manteniendo su derecho, es decir, seguirán siendo propietarios, pero deberán respetar el derecho de uso mientras así se establezca judicialmente. La STS 861/2010, de 18 de enero de 2010 es una de las numerosas resoluciones que así lo contempla: *“Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia”*.

A pesar de lo dicho, existe otra línea jurisprudencial, aunque minoritaria¹⁵, que considera que el derecho de propiedad debe vencer al derecho de uso de la vivienda familiar cuando concurren determinadas circunstancias, como por ejemplo que ese derecho de uso se haya atribuido con una expresa condición o finalidad, que ya se ha cumplido en el momento de reclamar la vivienda. De hecho, si analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo 319/2018 de 6 de febrero de 2018, podemos ver que contempla

¹⁴ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *“La atribución del uso de la vivienda familiar”*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 99.

¹⁵ El Tribunal Supremo ha seguido esta tesis en sentencias como la sentencia 118/2015, 6 de marzo de 2015, aunque en este caso no se trataba de matrimonio sino de pareja de hecho; la sentencia 65/2018, 6 de febrero de 2018; o la sentencia 859/2009, 14 de enero de 2010



dicho pronunciamiento. En este caso, el cónyuge, que además era el propietario íntegro de la vivienda tras adquirirla como consecuencia de la liquidación de bienes, decidió interponer demanda de desahucio alegando que su mujer no disponía de título que la habilitara para su ocupación y que esta tenía otra vivienda alternativa. Ante esto, el Juzgado de Primera Instancia acordó el desahucio porque entendió que la demandada no disponía de título para ocupar la vivienda ya que la atribución del uso de la vivienda se realizó con la expresa condición de que cesaría cuando se procediera a la liquidación de esos bienes, tal y como alegó el Juzgado: *“no consta la existencia de una situación de desamparo susceptible de justificar un interés supremo del derecho de uso pues la demandada es titular en pleno dominio de una vivienda en la misma ciudad, solo que no reúne tan buenas características como la adquirida”*, y por ello cabe el desahucio por precario de la demandada, ya que el titular del derecho de uso no puede oponer este, ante quien le reclama que cese en él, aunque le hubiese sido atribuido por convenio regulador o sentencia, en el curso de un procedimiento. Frente a esta resolución, se interpone recurso de apelación por la parte demandada. No obstante, la Audiencia entendió lo mismo que el Juzgado de Primera Instancia, añadiendo además lo siguiente: *“pese a la previa adjudicación del uso en aplicación del art.96 Cc, no puede obtenerse, frente a un tercero como es ya el demandante, una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la demandada desde la adquisición del dominio por el demandante... adquirido el inmueble por el otro cónyuge o por un tercero no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hija”*¹⁶. Como consecuencia, se interpone recurso de casación por parte de la progenitora, titular del derecho de uso de la vivienda

¹⁶ Siguiendo esta línea jurisprudencial, otra Sentencia del Tribunal Supremo, concretamente la sentencia 65/2018, 6 febrero de 2018 ha puesto de manifiesto lo siguiente: *“Adquirido el inmueble por el otro cónyuge -o por un tercero- no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hija en la sentencia de separación que había previsto como fecha de cese del derecho de uso, precisamente, la de dicha adquisición. A partir de entonces el uso que ella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito del proceso de familia, sino por la mera tolerancia del "nuevo" propietario, circunstancia que determina la ocupación como un precario”*.



familiar junto con su hija menor. Y el pronunciamiento de la sala del Tribunal Supremo es el siguiente: *”...quien reclama que cese el uso, por extinción del título legitimador de éste, es el adquirente de la vivienda en subasta pública, y decimos adquirente y no copropietario del bien, por ser aquél el título que le legitima como propietario único, con independencia de la relación de pareja que mantuvieron las partes y de la hija que tienen en común”*. Esta Sala considera que el derecho de uso no puede oponerse al adquirente o adjudicatario de la vivienda en pública subasta (con independencia de que sea un tercero ajeno al núcleo familiar o quien fuera su cónyuge), porque como se cumplió la condición expresa que habilitaba el derecho de uso de esa vivienda a ese cónyuge custodio y a sus hijos, se ha perdido todo título legitimador para permanecer en ella.

Por lo tanto, teniendo en cuenta este supuesto podemos decir que aunque la regla general establecida por la jurisprudencia para estos casos (vivienda propiedad de un solo cónyuge) sea que el derecho de uso vence al derecho de propiedad, no siempre es así, pues tal y como vimos en la sentencia recién citada se le da mayor importancia al derecho de propiedad.

2. Propiedad de ambos cónyuges (ganancial o en comunidad de ambos cónyuges).

También es posible, como habíamos adelantado, que la titularidad de la vivienda corresponda a los dos cónyuges, ya sea por tratarse de un bien ganancial, o por ser propiedad de los dos pro-indiviso. En este supuesto, la jurisprudencia mayoritaria se ha decantado por admitir que el derecho de uso de la vivienda familiar vence al derecho de



propiedad, con independencia de que esa vivienda pertenezca al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad de ambos cónyuges¹⁷.

Por lo tanto, esta línea jurisprudencial entiende que, al margen de la titularidad, la ley concede su uso en función de los criterios particulares como son la atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes o, no habiendo hijos, el interés del cónyuge más necesitado de protección¹⁸. Se entiende entonces que el derecho de uso adquirido por el cónyuge custodio y sus hijos a través de resolución judicial vence al derecho de propiedad.

3. Propiedad de un tercero.

Otro de los supuestos importantes y que está teniendo mayor presencia en la actualidad es la posibilidad de que la vivienda familiar no sea propiedad de ninguno de los cónyuges, sino de un tercero. Imaginemos la siguiente situación: uno de los cónyuges tras la adjudicación del uso de la vivienda familiar por resolución judicial y siendo copropietario de la vivienda junto al cónyuge custodio, decide pedir la liquidación de la sociedad y su posterior subasta pública o incluso su venta sin necesidad de dicha subasta pública. En este caso, si se procede a esa división y tras la subasta pública este bien es adjudicado a un tercero, tal y como dispone el art 34 de la Ley Hipotecaria, predomina el derecho de propiedad si ese derecho de uso de la vivienda no estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad, ya que ese tercero ha adquirido de buena fe la propiedad del bien. No obstante, no hay que olvidar que existe

¹⁷ Las STS 861/2010, 18 de enero de 2010 y 319/2018, 6 de febrero de 2018, además de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 73/2019 de 8 de febrero de 2019 así lo contemplan: “*Cuando el cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema, porque el título que legitima la transformación de la coposición en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en convenio regulador, bien en la sentencia*”.

¹⁸ CUENAS CASAS, Matilde “*El régimen jurídico de la vivienda familiar*” Tratado de Derecho de la familia (volumen III), cap 20, Aranzadi, Navarra, 2017, p.63.



un sector de la jurisprudencia que mantiene que el derecho del cónyuge usuario es oponible a los terceros que hayan adquirido la vivienda familiar en subasta pública tras la acción de división¹⁹. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges²⁰. Por lo tanto, se tiende a garantizar la continuidad del derecho de uso que le corresponde al cónyuge custodio y a los hijos del matrimonio, a pesar de la acción de división de la cosa común o liquidación de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, y tras ver este supuesto, también es posible que la propiedad sea de un tercero pero que este, durante un cierto tiempo o para un fin determinado, decida dejar que los cónyuges usen la vivienda a través de la cesión gratuita del derecho de uso y disfrute del inmueble, que es lo que llamamos precario, o incluso que no sea cedida gratuitamente sino que se trate de una vivienda arrendada, tal y como vamos a ver a continuación.

A) Vivienda arrendada

Con respecto a la vivienda arrendada, han existido varias líneas jurisprudenciales a lo largo de la historia que vamos a proceder a analizar:

- Línea jurisprudencial anterior a 1994.

Con anterioridad a la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos en 1994, la jurisprudencia²¹ entendía que en los supuestos de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, se disponía de un título jurídico de ocupación, en virtud del cual no podía sostenerse que la esposa (cónyuge usuario), aunque no había celebrado ella el

¹⁹ En este sentido hay que destacar la STS 723/2007, 27 de junio de 2007.

²⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La atribución del uso de la vivienda familiar”, Bosch, Barcelona 2011, p.99.

²¹ STC 135/1986,31 de octubre de 1986, STC 289/1993,4 de octubre de 1993, entre otras.



contrato de arrendamiento, estaba en precario²². De ahí que el contrato de arrendamiento se considerara celebrado por ambos cónyuges, aunque tan solo uno de ellos lo firmara.

Por lo tanto, la atribución del uso al cónyuge no firmante era simplemente el reconocimiento de un derecho que ya poseía, a través de un título jurídico de ocupación. Este título le facultaba como legítima poseedora sobre la vivienda familiar, durante el tiempo que duraba el contrato de arrendamiento. Teniendo en cuenta esto, Espiau Espiau, tras analizar la STC 289/1993, de 4 de octubre de 1993, llegó a la conclusión de que *“el cónyuge beneficiario de la atribución, por su parte, ostenta tan sólo una simple legitimación posesoria sobre la vivienda, que, en cualquier caso, le faculta para poseerla con carácter exclusivo y que, desde luego, debe ser respetada por el propietario de la vivienda, toda vez que, para él, la relación arrendaticia que mantiene con el cónyuge titular no ha experimentado variación alguna”*²³.

- Línea jurisprudencial posterior a 1994 hasta 2002

Tras la nueva Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, se resolvió el problema de la disolución de divorcio y los problemas que surgían con el derecho de uso de la vivienda familiar arrendada. De hecho, el art 15 LAU contempla que tras una crisis matrimonial como puede ser el divorcio, el cónyuge no arrendatario que hubiese obtenido por sentencia judicial el derecho de uso de la vivienda familiar podrá continuar en esa vivienda con independencia de que no sea el arrendatario; sin embargo, solo se mantendría en el inmueble el tiempo que se hubiese establecido en el contrato. Una vez finalizado el contrato de arrendamiento, el derecho de uso se extinguía y el arrendatario (el cónyuge no custodio) podía optar por asumir la continuación del contrato de arrendamiento o no. Asimismo, como regla general la

²² MONTERO AROCA, Juan, *“El uso de la vivienda familiar en los Procesos Matrimoniales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 154.

²³ ESPIAU ESPIAU, Santiago, *“La atribución judicial de la vivienda arrendada”*, Dialnet, Lleida, 1994, p.307.



resolución judicial que atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario no supone la extinción del arrendamiento ya existente y el surgimiento de un nuevo arrendamiento, sino que el cónyuge arrendatario sigue siendo titular de los derechos y obligaciones de ese contrato de arrendamiento concertado.

No obstante, existe una línea decisoria, compuesta exclusivamente por resoluciones de la Audiencia Provincial²⁴ que ha añadido una excepción a la no extinción del arrendamiento existente tras la resolución judicial que atribuye el derecho de uso. Dicha excepción es la siguiente: en los casos de cesión expresa del titular del contrato, es decir del otro cónyuge no usuario, y cuando además exista el consentimiento expreso del arrendador, es posible la subrogación del beneficiario del derecho de uso de conformidad con el art 96 Cc, y en ese caso se entendería que el cónyuge usuario asumiría los derechos y obligaciones de ese contrato.

- Línea jurisprudencial actual

Actualmente, la jurisprudencia sigue considerando que el cónyuge no arrendatario que hubiese adquirido por sentencia judicial el derecho de uso de la vivienda familiar puede continuar en ese inmueble con independencia de que no sea el arrendatario y titular de contrato de arrendamiento de esa vivienda. No obstante, es verdad que la discusión doctrinal sobre la titularidad del contrato de arrendamiento ha ido aumentando a lo largo de los años, existiendo dos posicionamientos claramente

²⁴ Esta línea decisoria (SAP de Córdoba 1756/2000 de 19 de diciembre de 2000, la SAP de Asturias 28 de junio de 1996) ha manifestado lo siguiente: “*ni el titular del contrato de arrendamiento deja de serlo, ni el cónyuge inicialmente no titular adquiere el contrato, salvo que, previa cesión expresa del titular, medie consentimiento escrito del arrendador. Solo en este supuesto se produciría una auténtica subrogación, de manera que, faltando el consentimiento del arrendador, tampoco podría el Juzgado que sustancie el litigio matrimonial decretar la cesión del arrendamiento a favor del beneficiario del derecho de uso al amparo del art. 96 Cc., pues ello supondría imponer obligaciones y modificar los derechos de un tercero - el arrendador - que no ha sido parte en el procedimiento*”.



diferenciados. Tal y como recoge la STS 587/2015 de 26 de octubre: “*existen diferentes puntos de vista para determinar si la atribución del uso de la vivienda familiar, consecuencia de la resolución judicial recaída en los casos de nulidad del matrimonio, separación o divorcio del arrendatario a favor del otro cónyuge, supone una subrogación ex lege de la titularidad arrendaticia o, por el contrario, se trata de la concesión de un simple derecho de uso al cónyuge adjudicatario*²⁵”. Por un lado, tenemos los que consideran que estamos ante una subrogación *ex lege*, y en ese caso, “*una vez dictada la resolución que atribuye el uso exclusivo de la vivienda a uno de los cónyuges y notificada dicha resolución al arrendador, se produce una subrogación contractual en favor del cónyuge adjudicatario, el cual asume las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia*”. Y por otro lado, los que consideran que se trata de un mero derecho de uso al cónyuge adjudicatario, y que el titular del contrato sigue siendo el cónyuge no usuario. Para ello se apoyan en lo siguiente: “*en el carácter provisional y temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar; en que el arrendador no ha sido parte en el proceso matrimonial en íntima conexión con el principio de relatividad de los contratos previsto en el artículo 1257Cc; que la sentencia que recae en un proceso matrimonial no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges poseen el inmueble destinado a vivienda familiar. La consecuencia que extraen quienes sustentan esta tesis es que, en caso de impago de las rentas, la acción debe dirigirse contra el titular del contrato y no contra el cónyuge adjudicatario del derecho de uso, sin perjuicio de que éste pueda intervenir en el proceso y enervar la acción*”²⁶.

²⁵ STS 587/2015, 26 de octubre que ha recogido los diferentes posicionamientos jurisprudenciales sobre la titularidad del contrato de arrendamiento.

²⁶ STS 587/2015 de 26 de octubre ya citada anteriormente. Para más detalles, véase MONTERO AROCA, Juan, “*El uso de la vivienda familiar en los Procesos Matrimoniales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.



B) Cesión gratuita por un tercero

Junto a los problemas que planteamos sobre la vivienda arrendada, también hay que destacar el supuesto de que un tercero haya permitido a los cónyuges usar el inmueble como su “vivienda familiar” de forma gratuita y sin ningún tipo de contraprestación.

Respecto a esta cuestión hay que destacar, en primer lugar, que estos terceros ceden el uso de la vivienda o bien por mera tolerancia o incluso para un fin determinado como puede ser el desarrollo de la vida familiar en ese inmueble y el cumplimiento de las obligaciones propias del matrimonio. El problema en este supuesto surge cuando, al producirse la crisis matrimonial, el juez decide atribuir el derecho de uso de la vivienda a uno de los cónyuges y a los hijos de ambos, quedando el otro cónyuge, cuyo familiar habría cedido la vivienda, sin su uso. Tras dictarse esa resolución que atribuye el derecho de uso al cónyuge custodio y a sus hijos, el verdadero propietario, siendo el que ha cedido gratuitamente el inmueble, decide reclamar al cónyuge usuario el uso del inmueble a través del proceso de desahucio por precario. Y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que cuando hablamos de “tercero” nos referimos a cualquier persona: un amigo, tío, vecino, abuelo, madre, padre...., aunque en la mayor parte de los casos son familiares cercanos a los cónyuges, generalmente los progenitores de alguno de ellos. Por lo tanto, al ser el supuesto más habitual, y que ha ido aumentando a lo largo de los años, a continuación procederé a analizar este supuesto de cesión gratuita de la vivienda familiar por un familiar.

IV CESIÓN GRATUITA POR UN TERCERO PARA UN FIN DETERMINADO O SIMPLEMENTE POR MERA TOLERANCIA

Tal y como hemos adelantado, es posible que los cónyuges no sean los propietarios del inmueble, sino que la posesión que ostentan proceda de la cesión gratuita por parte de un tercero, que sí es el verdadero titular y propietario del inmueble.



En este sentido, es muy habitual que un tercero (en la mayoría de los casos parientes cercanos a los cónyuges como por ejemplo el o los progenitores, los hermanos o incluso un amigo) ceda gratuitamente la vivienda de su propiedad a alguno de los cónyuges simplemente por mera tolerancia o para que desarrollen su vida familiar y conyugal. Pero puede suceder que, tras la crisis conyugal, el juez decida atribuir el uso de la vivienda a uno de los cónyuges junto a los hijos nacidos del matrimonio, por lo que el tercero que cedió la vivienda pretenda ahora recuperar la posesión del inmueble a través del ejercicio de la acción de desahucio por precario.

1. Requisitos para estar ante este supuesto.

Antes de profundizar en la cesión gratuita de la vivienda familiar y en las diferentes posibilidades que tiene el propietario de recuperarla, es fundamental destacar las circunstancias que posibilitan este supuesto, es decir, cuáles son los requisitos necesarios que nos permiten saber cuándo estamos ante una cesión gratuita de un inmueble por parte de un tercero.

En primer lugar, debe existir un poder de disposición por parte del cedente; es decir, por regla general debe ser el dueño de la vivienda el que cede gratuitamente el bien, aunque nada impide que sea el usufructuario o el arrendatario el que ceda el uso de esa vivienda a los cónyuges. En estos últimos casos se daría la particularidad de que la cesión del uso sería necesariamente temporal, ligada a la duración del derecho del cedente (usufructuario o arrendatario).

En segundo lugar, el objetivo principal de esa cesión debe ser la constitución de un nuevo núcleo familiar, es decir, lo que pretendía este tercero al ceder la vivienda es que tenga un uso familiar y conyugal, donde se desarrollen las obligaciones propias del matrimonio, junto a los hijos nacidos del mismo si los hubiera.



Por último, y en tercer lugar, debe existir una circunstancia que modifica la situación actual, como por ejemplo una crisis matrimonial, que dé paso a una resolución judicial motivada que determine a quién le corresponde el derecho de uso de la vivienda familiar. Por lo tanto, el último requisito es la existencia de una resolución judicial que adjudique la vivienda familiar ya sea al cónyuge custodio y sus hijos o excepcionalmente al cónyuge más necesitado de protección.

2. Evolución jurisprudencial y legislación al respecto.

Tras ver los requisitos necesarios para estar ante este supuesto de hecho, es importante ahora profundizar en la evolución jurisprudencial del derecho de uso de esa vivienda que ha sido cedida por un tercero (en la mayoría de los casos, progenitores de los cónyuges) y la posible reclamación por parte de ese legítimo propietario.

A lo largo de estos años, la jurisprudencia ha sido bastante cambiante (sobre todo las resoluciones de las Audiencias Provinciales), pues consideraba, en unos casos, que cuando estábamos ante una cesión gratuita de un progenitor se estaba ante un contrato de comodato, en el que el uso al que se destina la cosa (la vivienda) es servir de vivienda familiar *sine die*, solución que, una vez rota la convivencia conyugal, planteaba el problema de considerar si ese uso persistía por continuar viviendo parte de la familia en ella, o había cesado al dejar de morar en ella un integrante de la unidad familiar y, en consecuencia, ese comodato inicial se había transformado en precario. En otros casos, consideraba simplemente que, no pagándose renta por vivir en la vivienda, la situación de la familia y, en consecuencia, posteriormente la de (generalmente) la mujer a quien se atribuía el uso de aquélla, era la de un precario²⁷.

²⁷ CHAPARRO MATAMOTOROS, “*Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.122.



Teniendo en cuenta esto último, el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones mantiene que la cesión gratuita por parte de este tercero (generalmente los padres de alguno de los cónyuges) es una situación de precario y por lo tanto a la hora de reclamar el propietario este inmueble, vence el derecho de propiedad frente al derecho de uso²⁸. Esta línea jurisprudencial considera que el derecho del cónyuge usuario no puede imponerse al que tiene el propietario del inmueble, el cual no debe verse afectado por

²⁸ La STS 910/2008, 2 de octubre de 2008 es un claro ejemplo de lo que hemos señalado. Dicha sentencia se dictó como consecuencia de una cesión gratuita de los progenitores a su hijo y a su esposa para que constituyeran su hogar familiar. Tras la crisis matrimonial, la vivienda fue atribuida a la esposa y sus hijos, y los verdaderos propietarios (sus ex suegros) promovieron la acción de desahucio por precario. El Juzgado de Primera Instancia consideró haber lugar al desahucio al entender que aunque la situación jurídica de los demandados era la correspondiente a un contrato de comodato, que fue concertado con los demandantes con una única finalidad: desarrollar la vida familiar, cuando se produjo la crisis conyugal perdió esta condición y por lo tanto se convirtió en una situación de precario; tras esto se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, la cual revocó la sentencia del juzgado y procedió a denegar la petición de desahucio. Y posteriormente se interpone recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. Esta Sala citando la sentencia ya dictada de 26 de diciembre de 2005 o la Sentencia 1199/1994 de 31 de diciembre de 1994 considera que para resolver la cuestión planteada hay que partir de una serie de consideraciones:

“A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista. B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista. D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte -porque no pueden serlo- en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”.

Teniendo en cuenta esto, la Sala entendió que el hecho de que la vivienda fuera cedida para un uso concreto y determinado no era suficiente para considerarlo como un título capaz de oponerse a los verdaderos propietarios de la vivienda. Y en caso de crisis matrimonial, estos propietarios y padres del cónyuge no usuario no deben verse afectados por la atribución judicial del derecho de uso a la esposa y a sus hijos, pues, dicha declaración judicial no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario.



una sentencia dictada en un procedimiento del que no ha sido parte. De ahí que la posesión en concepto de precario no fuera suficiente para oponerse al título de propiedad de la vivienda. De hecho a partir de la sentencia citada (STS de 2 de octubre de 2008) se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: *“La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”*²⁹ Teniendo en cuenta esto, la STS 160/2013, 14 de marzo de 2013 ha añadido que *“ la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”*.

Por lo tanto, el derecho de uso del cónyuge no puede imponerse al propietario del inmueble, que no puede ver «gravado» el mismo por virtud de una sentencia dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte³⁰.

²⁹ SÁNCHEZ MARTÍN, Arturo, *“Las Crisis Matrimoniales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.332. Por otro lado, Sentencias del Tribunal Supremo como la Sentencia nº1036/2008 de 30 de octubre de 2008 o la nº861/2009, 18 de enero de 2010 se han pronunciado al respecto y han señalado que *“Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario”*.

³⁰ CUENAS CASAS, Matilde *“El régimen jurídico de la vivienda familiar”*, Tratado de Derecho de la familia (volumen III), cap 20, Aranzadi, Navarra, 2017, p.91.



Sin embargo, es importante tener en cuenta que existen otras resoluciones judiciales que justifican el derecho del cónyuge usuario a permanecer en el inmueble. Esta línea jurisprudencial entiende que, aunque inicialmente podían los cónyuges durante el matrimonio tener la consideración de precaristas, tras el proceso de crisis conyugal y la correspondiente atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, se otorga al cónyuge usuario un título para poseer el inmueble, dejando de ser un mero precarista y permitiéndole enervar la acción de desahucio por precario, por tener este título jurídico, consistente en un comodato. En este sentido, la STS 178/2011, 18 de marzo de 2011 ³¹ ha señalado que *“no constando un plazo de duración de la cesión pero que con la misma se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque está producida la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario, y al constituir un comodato o préstamo de uso, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad. Cuanto queda expresado obliga a desestimar el recurso formulado”*. Por lo tanto, se trata de justificar la permanencia del cónyuge usuario en la vivienda familiar frente al propietario, basándose en la adquisición de un título que justifica la posesión del inmueble por los cónyuges y no en la oponibilidad *erga omnes* de su derecho.

Tras ver estos dos posicionamientos hay que decir que las decisiones judiciales han girado en torno a dos argumentos: Por un lado, considerar la cesión del uso de la vivienda como una situación de precario, por lo que el dueño podría recuperar la posesión de ella en cualquier momento, o por otro lado, considerar que existe un contrato de comodato, y en ese caso el comodante no podría recuperar la posesión del inmueble si no ha transcurrido el tiempo o el uso convenido. Esta cuestión se analizará con más profundidad en el apartado siguiente.

³¹ Siguiendo esta tesis tenemos la SAP Alicante 63/2003 de 6 febrero de 2003 o la SAP Alicante 2112/2007, 27 de septiembre de 2007, entre otras.



Aunque es verdad que se trata de una cuestión que ha suscitado muchos problemas por la especial contradicción de la jurisprudencia, es importante destacar que en determinadas legislaciones forales sí se encuentra regulada: por ejemplo, en el Código Civil de Cataluña este supuesto ha sido objeto de una regulación específica en su art. 233-2.2, tal y como habíamos mencionado al comenzar este trabajo: *“Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias”*.

3. **Comodato y Precario**

Tal y como habíamos adelantado, existen dos figuras (comodato y precario) que la jurisprudencia³² ha empleado para encajar la atribución gratuita del uso de la vivienda. En los primeros años de aplicación del art 96 Cc, el principal objetivo fue determinar ante el caso concreto si tras la cesión gratuita del inmueble por parte de un tercero y tras la resolución judicial que atribuye el derecho de uso de esa vivienda al otro cónyuge y a sus hijos, este último tenía la condición de precarista o si por el contrario tenía la condición de comodatario, y si por lo tanto esta resolución judicial le legitima para disponer de la vivienda familiar y oponerse a los verdaderos propietarios.

En cierta medida lo que tratan de hacer los magistrados es comprobar si el poseedor (cónyuge usuario y sus hijos) tiene o no algún derecho frente a quien se lo reclama en el proceso de desahucio por precario, con lo cual tendrá que contrastar los

³² STS 253/2009, 13 de abril de 2009 o STS de 6 de noviembre de 2008, entre otras.



títulos de uno y otro para decidir cuál es preferente y vence (si el derecho de propiedad o derecho de uso atribuido por resolución judicial).

No obstante, y antes de proceder a ver la preferencia o no de los títulos, es necesario saber qué es el comodato y el precario.

Por un lado, el comodato está configurado por el Código Civil como un contrato por el cual una persona cede a otra gratuitamente una cosa para que haga uso de ella, con la obligación de restituirla una vez terminado el uso en consideración al cual se cedió, si bien puede el comodante reclamarla antes si la precisa con urgencia para sí mismo³³. Además, tal y como manifiesta Pinto Andrade, es un préstamo de uso en virtud del cual el comodatario recibe del comodante una cosa mueble o inmueble para usarla durante cierto tiempo, al cabo del cual ha de restituirla³⁴, de ahí que posea dos características esenciales: la gratuidad y la duración temporal, aunque no hay que olvidar que también es importante el uso al que se destina el bien, porque tal y como veremos a continuación, es importante determinar el plazo de duración de ese contrato de comodato a falta de acuerdo entre las partes.

Igualmente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión. Entiende que estamos ante la figura de comodato cuando esa cesión gratuita lleve consigo una duración determinada del derecho de uso de la vivienda o una finalidad o uso concreto, como puede ser la formación de la vida conyugal y familiar; y en esos casos dice el Tribunal que estaríamos ante un verdadero contrato de comodato que justificaría la atribución del derecho de uso de ese inmueble al cónyuge usuario³⁵. Por lo tanto, cuando los jueces y magistrados creen estar en presencia de un

³³ CHAPARRO MATAMOTOROS, *2Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.124

³⁴ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *“La atribución del uso de la vivienda familiar”*, Bosch, Barcelona, 2011, p.102.

³⁵ Las STSs 253/2009 de 13 de abril de 2009 y 69/2014 de 13 de febrero de 2014 se pronunciaron sobre esta cuestión alegando que *“la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante comprobación*



contrato de comodato, lo primero que hacen es comprobar la duración de este. Para ello, acuden a los arts. 1749 y 1750 Cc, los cuales establecen que la duración y finalidad del comodato puede ser fijada a través de un pacto entre ambas partes, en el que se decide el tiempo para su uso o su finalidad, es decir, los contratantes deciden establecer un plazo objetivamente determinable. No obstante, si las partes no han llegado a un acuerdo, también cabría la posibilidad de aplicar la costumbre de la tierra, en el caso de que la haya. Y finalmente, si no concurre ninguna de las anteriores, existe una tercera posibilidad para determinar esta duración, que consiste en que la cesión gratuita de la vivienda tenga una finalidad concreta y determinada, es decir, se haya realizado para un fin determinado, como puede ser el desarrollo de la vida familiar y conyugal.

Estos tres elementos son fundamentales para poder determinar cuál es la duración del comodato. Si no concurre ninguno de ellos, no se podría determinar esa duración y por tanto no estaríamos ante la presencia de un contrato de comodato, pues como habíamos dicho anteriormente, para que estemos ante este es necesario la gratuidad y la duración determinada.

Finalmente, es importante tener en cuenta, aparte de la duración y finalidad, que el propietario podrá reclamar la posesión de la cosa después de concluido el uso para que la prestó en caso de urgente necesidad, tal y como se establece en el art. 1749 Cc. Asimismo, la prueba para determinar si existe o no un contrato de comodato recae en el comodatario conforme a lo que establece el último párrafo del art 1750Cc.

Por otro lado, está la figura del precario. Tal y como recoge Pinto Andrade, es una situación posesoria que en unas ocasiones puede tener su origen en la finalización de un contrato que confiere la tenencia de la cosa y en otras ocasiones puede tener su

de si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión”.



origen en causas de naturaleza diversa (tolerancia, beneplácito, falta de título), si bien y en todo caso es requisito imprescindible la falta de contraprestación, es decir la falta de pago de renta o merced por el uso que se hace de la cosa³⁶. Asimismo, Sánchez Martín ha añadido que cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario³⁷.

Estas definiciones han sido un reflejo de lo que ha recogido la jurisprudencia en numerosas ocasiones. El Tribunal Supremo ha venido considerando el precario como *“una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho”*³⁸.

Teniendo en cuenta estas definiciones, hay que decir que los derechos del propietario a recuperar el inmueble cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas (art 1749 y 1750 Cc), mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento³⁹.

Por ello, si estamos ante una cesión gratuita sin un título jurídico que nos permita poseer el inmueble, tratándose entonces de una posesión tolerada por la

³⁶ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *“La Atribución del Uso de la Vivienda Familiar”*, Bosch, Barcelona, 2011, p.103.

³⁷ SÁNCHEZ MARTÍN, Arturo, *“Las Crisis Matrimoniales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.332

³⁸ La STS de 30 de octubre de 1986 estableció esta definición que se ha servido de base para otras sentencias como la STS de 6 de noviembre de 2008 o la SAP Valladolid de 8 de febrero de 2019.

³⁹ PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín, *“El Derecho de Familia en la Reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.296.



condescendencia o el beneplácito del propietario, la oposición de este último pondrá fin a la tolerancia y obligará al que posee a devolver la cosa a su dueño, a diferencia de lo que ocurría con el comodato, el cual permitía al cónyuge usuario permanecer en la vivienda durante el tiempo o finalidad estimada y oponer ese título frente a los verdaderos propietarios que se lo reclamen en un proceso de desahucio por precario⁴⁰.

De ahí que, en función de la figura ante la que estemos, se producirán unas consecuencias u otras; es decir, si optamos por considerar que se trata de comodato, ya que la vivienda continúa sirviendo como vivienda familiar, el tercero propietario no podría recuperarla salvo que acreditara una urgente necesidad; por el contrario, si optamos por considerar la situación de precario, al ser el uso de esa vivienda familiar de mera tolerancia, el propietario podrá recuperarla instando el proceso de desahucio por precario.

V POSIBILIDAD DE RECUPERAR LA VIVIENDA POR EL VERDADERO PROPIETARIO

Una vez se atribuye por resolución judicial la vivienda familiar al cónyuge custodio y a sus hijos, es posible que el o los titulares de la vivienda pretendan ahora recuperar la posesión de la vivienda al considerar que su derecho de propiedad vence al derecho de uso atribuido al cónyuge usuario.

Los propietarios, al verse privados de su inmueble por la resolución judicial que atribuye el derecho de uso al cónyuge custodio y sus hijos, es posible que decidan ejercitar la acción de desahucio alegando que el cónyuge usuario es un precarista, y que la cesión gratuita se realizó por mera tolerancia, y para ello interpondrán una demanda

⁴⁰ La STS 1890/2016, 28 de abril de 2016 estableció que “*la regla será, por tanto, que los derechos del propietario para recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el cónyuge que la ocupa; si se prueba la existencia de contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento*”



de desahucio por precario ante los Tribunales, alegando la falta de título que habilite al cónyuge usuario y a sus hijos a permanecer en la vivienda.

No obstante, ello no quiere decir que siempre prospere esa acción, pues como hemos visto, en función de la figura en la que estemos vencerá el derecho de uso o el derecho de propiedad, es decir que si estamos ante la figura del comodato tal y como hemos ido explicando a lo largo de este trabajo, vencerá el derecho de uso, sin embargo, si lo consideramos como una situación de precario, vencerá el derecho de propiedad.

Por otro lado, al igual que los propietarios no usuarios tienen la posibilidad de ejercer la acción de desahucio por precario, también es posible que la parte demandada se oponga a la misma a través de un título que legitime la posesión, como puede el comodato, el usufructo o el arrendamiento. En estos casos, tal y como hemos ido viendo a lo largo de todo este trabajo, el derecho de uso vence al derecho de propiedad, porque el cónyuge usuario y sus hijos disponen de ese título que les legitima como poseedores del inmueble.

Por lo tanto, aunque en este trabajo nos hayamos centrado en el comodato como principal oposición al proceso de desahucio por precario, existen otros títulos que también sirven para impedir una sentencia favorable del proceso de desahucio por precario, es decir distintos títulos que puede manifestar el poseedor no propietario de la vivienda familiar adquirido por resolución judicial en los procesos de separación y divorcio, para conseguir mantener dicha posesión frente al verdadero propietario (el progenitor del otro cónyuge). Por ejemplo, la existencia de un contrato de arrendamiento, pues tal y como vimos con anterioridad, el art 15 de la LAU permite al cónyuge custodio continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida a través de una resolución judicial, predominando en este caso el derecho de uso, y de ahí que en caso de que el propietario decida interponer una acción de desahucio por precario, este cónyuge usuario se pueda oponer a razón de este título.



VI CONCLUSIONES

El principal objetivo de este trabajo ha sido el estudio de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de crisis conyugal, contemplado en el art 96.1Cc y especialmente en los supuestos de cesión gratuita de esa vivienda por parte de un tercero. A raíz de ese análisis podemos sacar las siguientes conclusiones:

En primer lugar es fundamental mencionar que el art 96.1 Cc se refiere exclusivamente a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial, sin embargo, tal y como vimos la jurisprudencia lo ha aplicado de forma analógica en los supuestos de rupturas de parejas de hecho para tratar de salvaguarda el interés de los menores de edad. Por tanto, lo que hacen los jueces y magistrados en estos casos es tratar de proteger el interés de los hijos menores de edad nacidos del matrimonio tras la crisis de pareja (matrimonial o no matrimonial) por ser los sujetos más vulnerables y afectados tras la ruptura de sus progenitores. De ahí que sea muy habitual que se atribuya el derecho de uso de la vivienda familiar a estos y al cónyuge en cuya compañía queden intentado evitar que tras la separación de los padres, se produzca la pérdida de la vivienda en la que el menor y sus progenitores han convivido hasta ese momento. No obstante, tal y como vimos no siempre ocurre así. En ocasiones uno de los cónyuges se convierte en el sujeto más necesitado de protección por concurrir una circunstancia especial como puede ser una enfermedad. En estos casos, siempre que el interés del menor se haya visto satisfecho por otro lado (por ejemplo a través de la atribución de una vivienda alternativa), se podrá atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio.

En segundo lugar y siguiendo con el análisis del precepto, también hay que destacar el límite temporal al que puede estar sometido ese derecho de uso. En este sentido, la jurisprudencia ha adoptado distintos posicionamientos en función de las circunstancias de cada caso. En los supuestos de custodia exclusiva venía manteniendo



la no limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar siempre y cuando los hijos menores de edad a los cuales se le atribuya ese derecho lo siguieran siendo. Por otro lado, en los casos en los que el hijo hubiese visto satisfechas sus necesidades de habitación a través de la adquisición de una vivienda alternativa y en los casos de custodia compartida, la regla general era establecer un límite temporal a ese derecho de uso de la vivienda familiar, aunque tal y como vimos no es un asunto sencillo.

En tercer lugar y tras ver los problemas que plantea el art 96.1 Cc, nos centramos en el derecho que tienen los cónyuges o pareja de hecho sobre la vivienda. En este sentido, pudimos comprobar como en los casos en los que el propietario del inmueble es únicamente un cónyuge o lo son ambos (propiedad ganancial o proindiviso), la regla general es que el derecho de uso vence al derecho de propiedad; sin embargo, si el derecho de propiedad fuera de un tercero que ha cedido gratuitamente el derecho de uso de la vivienda familiar a los cónyuges para que desarrollen su vida matrimonial, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la regla general es que el derecho de propiedad vence al derecho de uso, aunque no siempre ocurría así tal y como vamos a señalar a continuación.

Lo que ocurre en estos casos es que al producirse la crisis matrimonial, el juez decide atribuir el derecho de uso de la vivienda que previamente había sido cedida por un tercero, a uno de los cónyuges y a los hijos de ambos, quedando el otro cónyuge sin su uso. Al verse perjudicado por la decisión judicial, este cónyuge o incluso el tercero deciden recuperar ese inmueble a través del proceso de desahucio por precario, argumentando que el inmueble es de su propiedad y que el cónyuge usuario no dispone de título alguno que lo legitime como poseedor del mismo. Y llegados a este punto, cabría plantearse si en estos casos vence el derecho de uso o el derecho de propiedad de la vivienda familiar. Frente a esta cuestión, la jurisprudencia se pronuncia de la siguiente manera: si se considera que la cesión del uso de la vivienda es una situación de precario, el dueño podría recuperar la posesión de ella en cualquier momento; pero



si por el contrario se considera que existe un contrato de comodato, el comodante no podría recuperar la posesión del inmueble si no ha transcurrido el tiempo o el uso convenido, con lo cual en función de la figura que nos encontremos predomina el derecho de uso o el derecho de propiedad.

Finalmente y tras ver que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar y en especial los casos de cesión gratuita de la vivienda por un tercero es una cuestión compleja siendo una fuente de conflictos que aumenta cada día en nuestros juzgados y tribunales, podemos afirmar que los jueces y magistrados a lo largo de estos años para resolver todas estas cuestiones han intentado interpretar el precepto de manera amplia y en ocasiones de forma analógica para adaptarlo a las nuevas exigencias de la realidad social. Estas nuevas circunstancias han dejado ver las importantes dificultades que plantea este precepto en la práctica. Como señala Sánchez Jordán, *“ante la evidente insuficiencia del art. 96 CC en relación con los distintos supuestos de hecho que pueden darse y con las diversas circunstancias a tomar en consideración a la hora de decidir acerca de la atribución del uso de la residencia familiar, el TS se haya visto obligado, en los últimos años, a interpretar el mencionado precepto en los conflictos que se plantean con mayor frecuencia en la práctica, muchas veces formulando doctrina jurisprudencial y siguiendo una tendencia que, poco a poco, se aleja del automatismo que ha venido caracterizando la aplicación del art. 96 CC hasta hace unos pocos años”*⁴¹. Con lo cual parece evidente que dicho artículo ha quedado obsoleto y que es necesario una modificación y nueva redacción del mismo que se adapte a los nuevos casos que se plantean hoy en día, como por ejemplo el supuesto de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar por resolución judicial, la cual no es propiedad de ninguno de los cónyuges sino que es cedida gratuitamente por un tercero, siendo este supuesto el objeto principal de este trabajo.

⁴¹ SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, *“Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la “desfamiliarización” de la vivienda. Comentario a la STS número 641/2018 de 20 de noviembre (RJ 2018, 5086)”*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n^o 48, 2019.



VII REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CHAPARRO MATAMOTOROS, “*Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CUENAS CASAS, Matilde, “*El régimen jurídico de la vivienda familiar*” Tratado de Derecho de la familia (volumen III), cap 20, Aranzadi, Navarra, 2017.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, “*La atribución judicial de la vivienda arrendada*”, Dialnet, Lleida, 1994.
- MONTERO AROCA, Juan, “*El uso de la vivienda familiar en los Procesos Matrimoniales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PARDILLO HERNÁNDEZ , Agustín, “*El Derecho de Familia en la Reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo*” , Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, “*La atribución del uso de la vivienda familiar*”, Bosch, Barcelona, 2011.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, “*Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la “desfamiliarización” de la vivienda. Comentario a la STS número 641/2018 de 20 de noviembre (RJ 2018, 5086)*”, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 48, 2019.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Arturo, “*Las Crisis Matrimoniales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

1. Jurisprudencia consultada

A) Sentencias de la Audiencia Provincial



- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba nº 1756/2000 de 19 de diciembre de 2000.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 63/2003 de 6 febrero de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 2112/2007, 27 de septiembre de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid nº 73/2019, 8 de febrero de 2019.

B) Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1986.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº de 31 de diciembre de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 819/2000 de 28 de junio de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 26 de diciembre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 723/2007, 27 de junio de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 910/2008, 2 de Octubre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1036/2008, 30 de octubre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 253/2009, 13 de abril de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 859/2009, 14 de enero de 2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 861/2010, 18 de enero de 2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 178/2011, 18 de marzo de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 221/2011, 1 de abril de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 236/2011, 14 de abril de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 695/2011, 10 de octubre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 160/2013, 14 de marzo de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 69/2014, 13 de febrero de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 118/2015, 6 de marzo de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 587/2015 de 26 de octubre de 2015.



- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1890/2016, 28 de abril de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2209/2017, 15 de marzo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 563/2017, 17 de octubre de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 65/2018, 6 de febrero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 319/2018 de 6 de febrero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 641/2018, 20 de noviembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 215/2019, 5 de abril de 2019.

C) Sentencias del Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 135/1986, 31 de octubre de 1986.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 289/1993, 4 de octubre de 1993.

2. Legislación utilizada.

- Código de Leyes Civiles de Cataluña.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.