

**USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CESIÓN GRATUITA DE FAMILIAR
CERCANO A UNO DE LOS PROGENITORES.**

Purificación Cremades García

*Profesora colaboradora de Derecho Civil
de la Universidad Miguel Hernández.*

Sumario: **I. Introducción.- II. Planteamiento del supuesto de hecho.- III. Naturaleza jurídica del derecho.- IV. Efectos tras la ruptura matrimonial. Precario o comodato.- V. Recapitulación.**

USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CESIÓN GRATUITA DE FAMILIAR CERCANO A UNO DE LOS PROGENITORES.

Sumario: I. Introducción.- II. Planteamiento del supuesto de hecho.- III. Naturaleza jurídica del derecho.- IV. Efectos tras la ruptura matrimonial. Precario o comodato.- V. Recapitulación.

Resumen: La cesión gratuita de vivienda, por parte de la familia a hijos que contraen matrimonio, como medio de ayudarles en esta etapa de su vida, y la pretensión de desahucio surgida cuando sobreviene la crisis matrimonial, ha tenido diferente respuesta en la práctica judicial. Y es que la vivienda que se cede a un hijo al casarse, para vivienda familiar, tras la separación o divorcio, pasa a ser ocupada en virtud de atribución judicial derivada del proceso matrimonial, por la esposa e hijos del matrimonio. Las diferentes soluciones dadas por los Tribunales ante esa aparente legitimación ocupacional como consecuencia de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no consanguíneo al propietario del piso, suponen la posibilidad de que este último pueda recuperar la posesión del mismo o por el contrario deba soportar el referido uso.

Palabras clave: Atribución uso de vivienda familiar, comodato, precario.

I. Introducción.

El supuesto de hecho que hoy analizamos es fácil de comprobar en la práctica y resulta digno de elogio, cuando un padre ante el próximo enlace matrimonial de su hijo cede el uso de la vivienda que se convertirá a partir de entonces en vivienda familiar.

La legitimidad de dicha ocupación viene precedido de un previo consentimiento paterno para que sea el hijo, su cónyuge y los hijos de ambos quienes disfruten de la vivienda.

El problema surge cuando se produce la ruptura matrimonial y en virtud del artículo 90 C) o 96 del Código civil, el Juez atribuye el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, a cuya custodia quedarán los menores fruto de dicha unión.

Será el otro cónyuge quien saldrá de la casa que hasta ese momento ha servido de hogar conyugal, vivienda, no olvidemos, cedida por su propio progenitor para dicho fin.

Cuando ahora el dueño de la misma, pretenda recuperar la referida vivienda, simplemente porque su propio hijo ya no la ocupa, se encontrará con una decisión judicial que aparentemente sanciona la nueva situación, consistente en que la esposa, en la mayoría de los casos y los hijos del matrimonio, a la sazón sus propios nietos, son los que ahora ocupan la vivienda, limitando el derecho de propiedad, por cuanto la disponibilidad sobre el mismo se ha visto afectada por una decisión judicial en la que no ha sido parte.

El derecho de familia y en concreto el interés más digno de protección, los hijos, parece situarse por encima del derecho de propiedad, incluso se habla de un nuevo derecho real, denominado derecho real familiar, sin embargo analizado el problema desde distintas perspectivas, creo que éste resulta un planteamiento equivocado y que ningún temor debiera tener el padre que decide ceder el uso de una vivienda de su propiedad a su hijo, con motivo del próximo enlace matrimonial del mismo, ya que el referido uso lo podrá recuperar en cualquier momento, tanto si se produce ruptura matrimonial, como si la convivencia continúa.

II. Planteamiento del supuesto de hecho.

Las circunstancias que determinan la concurrencia del caso son:

1) Legitimación del cedente del uso para hacerlo. Normalmente será el dueño de la vivienda quien disponga la cesión, pero nada impedirá que sea el usufructuario¹ o incluso el arrendatario como si de un subarriendo se tratara, lo cual complicará aún más la situación, ya que si el dueño ha consentido, se introduce en el conflicto y si no ha consentido, el dueño podrá resolver el mismo por incumplimiento del arrendatario y la cesión debería quedar automáticamente sin efecto.

2) El dueño o cesionario de la vivienda será madre o padre, ascendiente, de alguno de los miembros de la nueva familia que se constituye (incluso hermano). Normalmente la relación familiar lo será con el esposo, o por lo menos esas son las situaciones que han llegado hasta ahora a los Juzgados, ya que han sido y siguen siendo mayoría las decisiones judiciales que atribuyen a la esposa el uso de la vivienda familiar, por ser ella quien se queda con la custodia de los menores.

3) La cesión en el uso de la vivienda se produce aparentemente por y para la constitución de un nuevo núcleo familiar, en la mayoría de los casos de tipo matrimonial, pero nada impide que se constituya la familia bajo una unión de hecho².

¹ Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21-6-2004, RJ 2004\5487.

² La sentencia del TS de 10-3-1998 (RJ 1998\1272) afirma que *“las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y su crisis, entre ellas la ruptura*

Adviértase que hemos dicho que aparentemente se cede por y para una nueva familia, pero en realidad creemos que se hace la cesión al hijo que va a constituir la nueva familia. Esta cuestión de matiz, es sin embargo la que consideramos conforma el derecho que se constituye y su permanencia en el tiempo, y en último término la revocación por parte del concedente.

4) Se produce un cambio de circunstancias, en concreto la ruptura en la convivencia de la pareja, por lo que tras el proceso de separación, nulidad o divorcio, se adjudica el uso de la vivienda a aquella parte del matrimonio que se considera más lo necesita, por conservar la custodia de los hijos. Tres cuestiones merecen ser mencionadas dentro de este punto, a saber:

a) Que a la adjudicación del uso de la vivienda se puede llegar tanto si así lo pactan los cónyuges en convenio regulador y posteriormente aprobado por el Juez en sentencia, como si la adjudicación se produce derivado de la decisión judicial a falta de acuerdo de los cónyuges.

b) Que en ningún caso interviene en el proceso matrimonial por carecer de legitimación para ello, el dueño de la vivienda.

c) Debe tenerse presente que la adjudicación se produce para uno de los cónyuges. Dicha adjudicación a favor del mismo lo es por tener la custodia de los menores que obviamente deben habitar en una vivienda digna³.

Por tanto se debe rechazar cualquier argumentación tendente a considerar un deber de alimentos de los abuelos con los nietos que podría hacerse extensible a la vivienda que ocupan. En general las sentencias no lo aceptan sin mayores explicaciones⁴.

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". Y siguiendo esta doctrina, e instado el juicio de precario por uno de los convivientes, estima el Tribunal, tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 11-12-1998 (AC 1998\2598) como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 18-5-1998 (AC 1998\1086), que la nueva situación tras la ruptura de la convivencia, no puede resolverse en los estrechos límites de un juicio sumario como el de precario, y debe hacerse en el ámbito de un juicio declarativo ordinario.

³ Dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 7-6-2001 (JUR 2001\173449), concretando incluso según la condición del cedente: *"Debe tenerse en cuenta que el derecho de goce que se atribuye a la esposa en el proceso matrimonial es meramente personal y sólo resuelve cuestiones suscitadas entre los cónyuges y no puede tener consecuencias jurídicas fuera del proceso matrimonial y producir efectos contra terceros (ST. AP Sevilla, Sec. 2ª de 8-10-97), de tal manera que la atribución del uso de la vivienda familiar carece de eficacia cuando se trata de inmueble propiedad de un tercero (o sobre el que un tercero tiene el derecho de usufructo) y sólo es discutible cuando se trata de vivienda ganancial o privativa o arrendada (ST.AP. Sevilla Secc. 6ª de 23-2-00)*.

⁴ Sentencia de la AP Madrid 2-11-1993 (AC 1993\2359) afirma que *"Las alegaciones de la demandada en punto a ser también nietos del actor los hijos que con ella viven en el piso, es intrascendente a los efectos del presente juicio, que debe resolverse en base a parámetros jurídicos, sin que el matrimonio entre la demandada y el hijo del actor produzca obligaciones para los parientes de cualquiera de ellos, salvo la de alimentos a descendientes en determinados supuestos (arts. 143 144 CC), cuestión ajena a la presente litis...*". Más explícita parece la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14-3-2000 (AC 2000\1804) al afirmar que *"la obligación de alimentos (con su proyección sobre la habitación o*

III. Naturaleza jurídica del derecho.

Resulta evidente que los cónyuges destinan como vivienda familiar, la que el padre o la madre de alguno de ellos, como cesión voluntaria y gratuita, ponen a su disposición. No poseen título de ocupación alguno: ni son arrendatarios, ni son usufructuarios, ni por supuesto son propietarios⁵.

Se trata en este punto de determinar cual es el verdadero derecho que tienen los ocupantes de la vivienda antes de que aparezca la crisis matrimonial.

Bien es cierto que los cónyuges no son usufructuarios, pero quizás sus facultades sean las más próximas.

La realidad es que ocupan la vivienda por mera tolerancia, o benevolencia del legítimo dueño.

Determinar la naturaleza jurídica del derecho que nace cuando se produce la referida cesión voluntaria de la vivienda, nos servirá para afirmar cuando se produzca la ruptura matrimonial, que nadie da más derechos de los que tiene, por ello no sería posible que dos cónyuges ocupantes de la vivienda a título de arrendamiento o precario, constituyeran a favor de uno de ellos, un derecho de entidad superior –derecho real de habitación- en su convenio regulador, y tampoco podría llegarse al nacimiento a favor de uno de los cónyuges, que viniera determinado por decisión judicial⁶.

Pero, ¿qué es realmente lo que se está cediendo?, pues el uso de una vivienda. El hijo del propietario tiene la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, tiene por lo tanto un derecho de habitación. Sin embargo hemos de tener en cuenta que se trata de un uso tolerado, no existe para su constitución un acto formal. Y es que para dicha constitución se requeriría un acto expreso más o menos solemne⁷.

Además se trata de un derecho personal intransferible, por lo tanto, si el uso se da al hijo, aunque sea para que viva con su familia, el derecho es intransferible a su pareja e hijos.

La realidad es que quien ocupa la vivienda es el hijo y su familia, que la utilizan como vivienda habitual. Son ellos quienes pagarán los gastos ordinarios de uso de la vivienda⁸, y en orden a las prerrogativas que sobre la casa se tiene, en el ámbito cotidiano de la comunidad de propietarios, por ejemplo, no pueden pedir la convocatoria a junta de propietarios, ya que lo

vivienda) no corresponde al abuelo cuando puede exigirse a los padres (arts. 143 y 144 del Código civil).

⁵ ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, “La disposición de de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia”, *Aranzadi Civil*, Vol. II, 1997, pag.79.

⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, “ Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial”, *Aranzadi Civil*, Vol. I, 1994, pag.73.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20-6-2004 (AC 2004\2013) que cita la sentencia del Tribunal Supremo de 30-11-1964 (RJ 1964\5552).

⁸ Es posible que se paguen los extraordinarios con intención de compensar ese uso gratuito que se tiene de la vivienda.

deben pedir la cuarta parte de los propietarios o un número de éstos que representen al menos el veinticinco por cien de las cuotas de participación según el art. 16.1 de la Ley de propiedad Horizontal, ni tampoco cabe la posibilidad de que pida al presidente, se incluyan en el orden del día de la siguiente junta, algún tema de interés, pues también está reservado al propietario según el art. 16.2 L.P.H.

Conforme a lo establecido en el art. 15.2 de la L.P.H., si la vivienda o local se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponderá al nudo propietario, quién salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de los acuerdos a que se refiere la regla primera del art. 17 o de obras extraordinarias y de mejora.

Y sólo para el caso de que entendiésemos extensible dicha presunción al ocupante familiar del propietario, podría ejercer como tal dichas facultades de representación y ejercicio del derecho de asistencia y voto en la junta. Si bien lo cierto es que en puridad no ostenta dicho título, por lo que habría que utilizar la representación voluntaria por poder o simple escrito del propietario según establece el art. 15.1 de la L.P.H.

Y por supuesto no puede ser presidente de la comunidad de propietarios el ocupante de la vivienda, pues según preceptúa el art. 13.2 de la L.P.H., este cargo debe nombrarse de entre los propietarios. Tampoco le está permitido impugnar los acuerdos comunitarios adoptados, para los que se encuentran únicamente legitimados los propietarios (art. 18.2 L.P.H.).

No cabe duda de que existe una vinculación entre los ocupantes de la vivienda y la cosa, y de ahí la idea siempre presente en las decisiones judiciales de aproximar la situación a un derecho real; se habla en concreto de un derecho real familiar, para reconocer el derecho a la continuidad de la esposa e hijos en la vivienda, que el padre o madre de su pareja cedieron para que fuera ocupada como hogar familiar.

Dice en concreto la sentencia del TS de 18-10-1994⁹ que “ *el uso atribuido jurídicamente a la vivienda de autos debe configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total*”.

Estaríamos por tanto ante la tan debatida creación de un nuevo derecho real. Efectivamente no resulta pacífico en nuestra doctrina el tema de que el ordenamiento jurídico español adopte el sistema de *numerus clausus* de derechos reales, es decir que no hayan más derechos reales que los tipificados de una manera concreta por la ley, o bien gracias a la autonomía de la voluntad, se puedan crear nuevos derechos reales distintos de los recogidos.

Ahora bien, más que dicha cuestión, tendríamos que resolver si en un determinado supuesto, las partes han querido o no la constitución de un derecho real. Resulta evidente que

⁹ RJ 1994\7722.

nada han manifestado en este sentido, no han puntualizado que los efectos que se quieren deben ser reales, por ello la interpretación debe ser restrictiva en orden a los efectos reales ¹⁰.

A pesar del poder directo e inmediato sobre la cosa que tiene el hijo del propietario y su familia sobre la vivienda, sin embargo la eficacia *erga omnes* que poseen los derechos reales, es más difícil de contemplar en la situación analizada, por cuanto falta el requisito de formación en su creación. Efectivamente, la dificultad de la inscripción en el Registro de la Propiedad del uso de la vivienda a favor de la esposa (con hijos) cuando el titular registral resulta un extraño, existe. El art. 20 de la ley Hipotecaria establece que, para el caso de que el derecho que se pretende gravar figure a nombre de persona distinta de la que otorga la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

Y es que se trata de un uso meramente tolerado *ad initio* y nada más. Los actos tolerados, no son más que actos permisivos de una situación y no pueden tener mayor trascendencia en la esfera jurídica (art. 444 del C.c.).

Para entender el uso tolerado no hace falta más que pensar en un caso similar que ya citaba la sentencia del TS de 30-11-1964¹¹, cuando una vez realizada la partición entre herederos, se adjudica a uno de ellos una vivienda ocupada por otro, probablemente entre ambos existe una relación familiar, y de forma inmediata no reclama la posesión y permite que el ocupante continúe con la misma, lo cual no significa que pueda recuperarlo cuando considere.

Pero la sentencia del TS de 18-10-1994 también afirma¹² que *“las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales”*.

Viene a decir la sentencia que el reconocimiento de este derecho real familiar, está justificado por y para la continuidad de la vida familiar en lo que se pueda. Pero es que dice algo más, y es que tiene un contenido patrimonial.

Y es que efectivamente el derecho de cesión de uso de la vivienda se puede valorar económicamente.

No cabe duda de que el padre que cede la vivienda deja de obtener una rentabilidad que podría obtener por la misma, y que la familia que la ocupa no se endeuda con una hipoteca o una renta de alquiler.

¹⁰ Y favorecedores de los efectos personales u obligaciones, sigue diciendo DIEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II/1, Ed. Tecnos, Madrid 1998, pag.33.

¹¹ RJ 1964\5552.

¹² Tener en cuenta la situación de copropiedad del marido, siendo la madre como usufructuaria junto con dos de sus hijos, quien promueve el juicio para recuperar la vivienda, muriendo dicha usufructuaria en el trámite casacional.

Y además, ¿cuál es la causa por la que el marido, aún a sabiendas de la titularidad del piso y del motivo por el que lo ocupa, silencia dicha cuestión y acuerda con su esposa en convenio regulador la atribución de la vivienda a favor de la misma?.

Tal y como hemos mencionado, a la atribución del uso de la vivienda se llega tanto por sentencia de separación o divorcio que aprueba el convenio suscrito por los cónyuges, como cuando a falta de acuerdo, es el Juez quien decide la parte del matrimonio más necesitado en este sentido y por tanto a la que le corresponde la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, que hasta ahora había servido de hogar.

Evidentemente si el uso de la vivienda es valuable económicamente, como lo es, al padre y esposo le interesará que la situación continúe como hasta el momento, de lo contrario la búsqueda de una vivienda repercutiría económicamente en su nueva situación.

En cualquier caso, si la atribución del uso de la vivienda se produce a la esposa e hijos y pretende el familiar del marido recuperar la vivienda tras la decisión judicial derivada de la ruptura matrimonial, y finalmente se consigue, siempre queda instar la modificación incidental de medidas aprobadas en la separación o en el divorcio¹³, ya que dado el contenido patrimonial que el uso de la vivienda tiene, y viéndose privada de la misma aquella parte de la familia a quien se le atribuyó por decisión judicial en el proceso matrimonial, es posible que se deban reajustar las prestaciones a las que la otra parte viene obligada, y fundamentalmente la pensión por alimentos y para cargas del matrimonio.

Con lo dicho queremos poner de manifiesto, que resulta de difícil encuadre, la consideración del uso de la vivienda por cesión de familiar cercano a uno de los progenitores, como un derecho real de nueva creación, y menos aún con el calificativo de derecho real familiar, para justificar la atribución judicial del uso de la referida vivienda, al cónyuge no familiar del propietario de la vivienda.

IV. Efectos tras la ruptura matrimonial. Precario o comodato.

Es tras la ruptura matrimonial y tras la atribución judicial del uso de la misma, cuando hemos visto que se plantea el problema.

Las decisiones judiciales sobre la materia giran fundamentalmente entorno a dos argumentos, bien consideran la cesión del uso de la vivienda como una situación de precario, por lo que el dueño podría recuperar la posesión de la misma en cualquier momento, o bien se considera comodato, por lo que no puede el comodante, recuperar la posesión del inmueble sino ha transcurrido el tiempo o el uso convenidos (art. 1759 C.c.).

¹³ ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos, “La disposición de derechos...”, *art. cit.*, pag. 89.

Veamos en primer lugar la consideración de la situación como precario.

Por precario se entiende la posesión de un inmueble, sin pagar renta o merced y sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el desahucio¹⁴.

El concepto de precarista al que aludía el art. 1.565 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, y al que se refiere el art. 250,1,2º de la vigente ley de Enjuiciamiento Civil, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor o sin ella¹⁵.

Dejando al margen los pronunciamientos judiciales que consideran inoportuno el desahucio por precario en las situaciones que nos ocupan, dada la sumariedad del procedimiento, lo que lo hace inadecuado para el estudio de la compleja situación creada¹⁶, podemos afirmar que el argumento que se utiliza para apoyar el precario, va más allá de la propia contemplación del mismo o si se quiere supera el ámbito procesal del término, para justificar su contenido civil, determinado por la jurisprudencia a lo largo del tiempo.

Y es que se afirma que *“quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídica superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. La atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí sólo proteger al que la familia ya tenía”*¹⁷.

En consecuencia, ambos cónyuges disfrutaban el uso de la vivienda por mera liberalidad de su propietario, por lo que puede éste revocar libremente la concesión en precario, y recobrar antes o después de una situación de crisis matrimonial, y por tanto antes o después de la sentencia a que en su caso dé lugar dicha crisis, la posesión de la vivienda¹⁸.

Las resoluciones judiciales también ponen de manifiesto que supondría un tratamiento distinto y más favorable para el padre que cede el uso de la vivienda de la que es propietario en arrendamiento al hijo y su cónyuge, y en virtud del cual podría recobrar la vivienda al finalizar el plazo del arriendo, mientras que el padre que ha cedido gratuitamente dicha vivienda, en caso de no reconocerse el desahucio por precario no podría hacerlo¹⁹.

¹⁴ STS 4-5-1950 (RJ 1950\733), STS 5-7-1945 (RJ 1945\870), TST 26-6-1947 (RJ 1947\781) y STS 20-10-1949 (RJ 1949\1139)

¹⁵ STS 10-1-1964 (RJ 1964\121), STS 30-10-1986 (RJ 1986\6017), y STS 23-5-1989 (RJ 1989\3880).

¹⁶ SAP Barcelona 14-3-2000 (AC 2000\4278). SAP Cádiz 13-4-2000 (AC 2000\3927).

¹⁷ STS 31-12-1994 (RJ 1994\10330).

¹⁸ SAP de Bizkaia 12-5-1999 (AC 1999\5438), también sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 20-7-2004 (AC 2004\2013).

¹⁹ SAP de Madrid de 14-3-2000 (AC 2000\1804) que afirma de forma elocuente que *“ De aceptar la tesis del comodato se llegaría a la conclusión (absurda y por ello rechazable) de hacer de mejor condición al padre que arrienda el piso al hijo para que viva con su familia, frente al que se le cede gratuitamente. En caso de arriendo, el padre arrendador tiene derecho a desahuciar sin más a su hijo (con los demás ocupantes de la vivienda: nuera y nietos) por causa de necesidad para sí...o llegado el plazo pactado, o producido el impago de la renta. Así pues, el padre magnánimo pasaría a tener un trato desfavorable*

La postura que mantiene la situación como de comodato, considera por el contrario que, no es posible desahuciar a la esposa e hijos a instancias del propietario de la vivienda, una vez se ha producido la decisión judicial en separación o divorcio, con la correspondiente atribución familiar.

Con apoyo en el art.1.749 del Código civil, el comodante no puede reclamar la cosa sino hasta que concluya el uso para el que se prestó, salvo que tenga urgente necesidad de ella. Y como el uso familiar al que fue destinado, se considera que continúa con un miembro del matrimonio y los hijos de ambos, el referido destino para la familia, de la vivienda, también continúa²⁰.

Al decretarse la separación matrimonial continúan con el uso y disfrute del piso, la esposa y los hijos del matrimonio, por tener la guarda y custodia la primera de los mismos, y considerando que continúa vigente el inicial contrato de comodato celebrado con la propiedad del inmueble, quedando reforzado dicho título por la atribución judicial del uso de la vivienda²¹. Y es que el fin o destino de la cesión no ha desaparecido²².

Ahora bien, hay que diferenciar entre el concreto uso de la cosa para el cual se presta y el destino específico o finalidad de la misma. Y es que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equipararse al supuesto en que exista un uso determinado, pues de lo contrario no tendría sentido la referencia temporal del art. 1.749 del Código civil y todos los comodatos serían indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada resultara útil²³.

frente al que se compra como simple arrendador al margen de la relación familiar, y se le infligiría una especie de pena imponiéndole una grave limitación porque no podría recuperar la posesión y disponibilidad de su vivienda ni aun en caso de necesidad". SAP de Palencia 16-6-2003 (RJ 2003\2240), en la que también se pone de manifiesto que en caso de no reconocer el precario y por tanto no poder recuperar de forma inmediata la finca, se podrían llegar a violar o devenir ineficaces derechos tales como los hereditarios, cuando son varios los hijos del propietario de la vivienda que heredan al mismo.

²⁰ STS 2-12-1992 (RJ 1992\10250) dice "*está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal <uso preciso y determinado> lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del Código Civil), pues aún cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la <necesidad urgente> de los dueños para recuperar el piso.*". En relación con dicha sentencia afirma HORNERO MÉNDEZ, César, "Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudios jurisprudencial de una polémica)", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 5/2000, pags.129-144, que esta resolución habría tratado de zanjar la polémica entorno a la cuestión, sin haberlo conseguido pues después de la misma las Audiencias Provinciales han seguido dictando sentencias, incluso en mayor número, estimatorias del precario.

²¹ SAP de Zaragoza de 8-11-2005 (JUR 2005\36328)

²² SAP Salamanca 19-6-1995 (AC 1995\1141), SAP Santa Cruz de Tenerife 6-3-1999 (AC 1999\1163), SAP Barcelona 15-2-2000 (JUR 2000\305030).

²³ SAP Madrid 26-5-2006 (JUR 2006\289039), SAP Madrid 2-11-1993 (AC 1993\2359).

Se afirma incluso que la existencia inicial de un comodato por servir de morada a un determinado grupo familiar se vuelve precario cuando el concreto uso previsto ha cesado al romperse la unidad familiar²⁴.

La vivienda ha sido ocupada por mera tolerancia y sólo mientras subsiste dicha tolerancia puede seguirse cumpliendo la decisión judicial del uso de la vivienda por la esposa e hijos. Así la referida esposa estará sometida a que en cualquier momento cese el precario²⁵.

V. Recapitulación.

El principal tema que subyace en toda esta contienda, es la protección de la vivienda familiar y los límites que pueda tener la misma, y en concreto, la supremacía por encima de dicha protección del interés del legítimo propietario.

Y ello entendemos debe ser así si tenemos en cuenta fundamentalmente dos cuestiones, a saber, la consideración o intención del propietario en el momento de constituir el uso de la vivienda a favor de su familiar, y en segundo lugar la estimación del referido uso como bien patrimonial o valuable económicamente.

Por lo que a la primera cuestión se refiere, el derecho discutido no puede entenderse como un derecho real familiar, en todo caso una relación personal u obligacional, que si hay que buscar entre las típicas, sería el comodato, pero que como todo vínculo contractual, hay que estar a la voluntad de las partes, y no cabe duda que el cedente consiente, por su hijo o familiar, faltando éste en la vivienda, puede revocar la autorización de uso, cuestión que se manifiesta desde la misma petición de desahucio, y que debe prosperar con independencia de que se haga antes o con posterioridad a una crisis matrimonial.

Pero además el uso de la vivienda se trata de un derecho convertible en valor económico. De ahí que cuando se aprecia en la sentencia de separación o divorcio, se debe haber tenido en cuenta para las posibles compensaciones económicas que los cónyuges se deban, tanto si la atribución del uso de la vivienda se otorga como consecuencia de la aprobación judicial del convenio regulador suscrito por los mismos, como si ante la falta de acuerdo de los referidos cónyuges, ha sido el Juez el que haya tenido que adoptar la medida.

²⁴ SAP Asturias 20-7-2004 (AC 2004\2013), SAP Girona 28-11-2000 (JUR 2001\63496).

²⁵ Esta es la tesis mantenida por O'CALLAGHAN MUÑOZ, "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", *Actualidad Civil*, nº 19/1986, pag.1334 y ss., y RAMS ALBESA, Joaquín J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Ed. Tecnos, Madrid 1987, pag. 113. Y en este mismo sentido también CABANILLAS SÁNCHEZ, "Vivienda familiar, mera tolerancia de comunero. Derecho a salir de la indivisión. Inexistencia de renuncia en perjuicio de terceros", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990 nº 23, pag. 612.

Si el propietario decide recuperar la vivienda, máxime cuando el hijo ya no la habita, es posible que tengan que modificarse las prestaciones convenidas entre los cónyuges y en todo caso aprobadas por el Juez.

Pero en modo alguno se debe hacer responsable a una persona ajena a la relación conyugal, de las obligaciones nacidas precisamente como consecuencia de la misma.

No cabe duda que los detalles del caso concreto marcan muchas veces la solución judicial adoptada. Y que además, y a pesar de la opinión mayoritaria, no faltan sentencias que atribuyen los derechos de uso y disfrute sobre la vivienda habitual, al cónyuge carente de título y vinculación con la propiedad, como antes lo ha hecho la sentencia de separación o divorcio. Así el problema seguirá llegando a los Tribunales, y en contadas ocasiones y a modo de prevención se suscribirá documento alguno que esclarezca la voluntad del concedente.