

9.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ENERO DE 2010

Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente en copropiedad al marido y a un tercero

Comentario a cargo de:
MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ
*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid*

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2010

Ponente: Excm.a. Sra. Doña Encarnación Roca Trías.

Asunto: Se trata de si es o no oponible el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a la mujer en sentencia de separación, al tercero, copropietario de la vivienda junto al marido por partes iguales, que ejerce la acción de desahucio por precario para recuperarla. La sentencia no estima el recurso de casación y aplica la doctrina sentada por la STS 2-10-2008 (RJ 2008/5587), seguida por otras que cita, según la cual “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia”, y afirma que la copropiedad “no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor”, razón por la que la beneficiaria del uso no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión. Frente a ello, dos magistrados emiten un voto particular entendiendo que no hay precario.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010

Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar pertenciente en copropiedad al marido y a un tercero

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ
*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid*

Resumen de los hechos

En el caso enjuiciado, la demandante era propietaria, junto con su hermano y por partes iguales, de una vivienda en la que, tras contraer matrimonio, este último y la demandada establecieron su domicilio conyugal. El uso de esta vivienda fue atribuido en sentencia de separación contenciosa a la demandada, esposa del copropietario de la misma. Ante ello, la hermana del marido, copropietaria de la vivienda, interpuso demanda de juicio de desahucio por precario, solicitando, respecto a lo que nos interesa, que se declarase haber lugar a éste y se condenara a la demandada a desalojar y dejar a su disposición la finca litigiosa en el plazo de un mes. La demandada contestó a la demanda formulando oposición, solicitando se dictara sentencia desestimatoria.

El Juzgado de primera instancia, absolvió a la demandada por entender que la situación en la que se encontraba la vivienda poseída no se ajustaba a precario pues su titularidad era compartida entre la demandante y el marido de la demandada y “ello significa que el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella”. De este modo, “no cabe considerar precarista al condómino (o a quien ocupa su posición) que posee la cosa común frente a los demás partícipes, ya que... no puede ser equiparado con quienes disfrutan de una cosa por mera tolerancia o sin título amparador”.

Posteriormente, interpuesto recurso de apelación, éste fue estimado por la Audiencia Provincial, que declaró haber lugar al desahucio por precario, con-

denando a desalojar y dejar a disposición de la demandante la finca litigiosa en el plazo de un mes. Dice la Audiencia que “la sentencia no crea por sí sola un título de ocupación oponible *erga omnes* y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble... Sólo sería posible esa oponibilidad del título judicial de ocupación creado en el proceso matrimonial en el caso de que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario que estaba presente en el proceso matrimonial”. Añade que la actora no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario, y que no obsta a la solución tomada el hecho alegado por la parte apelada de que no existe el precario entre copartícipes pues la parte apelada no es un copartícipe en la comunidad existente entre la actora y su hermano, pues los derechos de ocupación de la apelada no nacen de la coparticipación de su esposo en la comunidad sino del título judicial de asignación del uso del domicilio familiar”.

Ante ello, la demandada interpuso recurso de casación articulado en tres motivos:

1º. Infracción de los a. 90, B (hoy, tras la Ley 15/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*, sería a. 90, C), 91, 96, 103.2, 1227 y 1280 C.c., y a. 39.1 y 2 C. Concretamente se alega por la recurrente la doctrina jurisprudencial de la oponibilidad frente a terceros del convenio regulador homologado judicialmente, y que dicha homologación convierte al convenio en documento público con eficacia frente a terceros desde su fecha (a. 1280 C.c.).

2º. Infracción de los a. 1740 y 1741 y ss. C.c. Alega la doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre precario y comodato, aportando las STS 18-10-1994 y 2-12-1992, de lo que deducimos que, según la recurrente la vivienda familiar se venía disfrutando por los esposos en virtud de un comodato.

3º. Infracción del a. 7 C.c. y doctrina del TS según la cual la actitud de la demandante pretendiendo el desalojo de la esposa de la vivienda familiar, cuyo uso le ha sido atribuido judicialmente, es contraria a la buena fe. Cita STS 18-12-1994 y 2-12-1992.

COMENTARIO

Sumario: **1. Posiciones jurisprudenciales en la materia:** 1.1. Procedencia de la reclamación por parte de su propietario, del inmueble cedido sin título concreto y gratuitamente a un hijo o pariente, para que le sirva vivienda familiar, ante la atribución de su uso a través de sentencia de separación o divorcio, al cónyuge de éste. 1.2. Procedencia o no del desalojo del inmueble común poseído en exclusiva por uno de los comuneros, en general y, en especial, cuando el bien común es la vivienda familiar perteneciente en comunidad ordinaria a uno de los esposos y un tercero. **2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010.** 2.1. Introducción. 2.2. La cuestión de la eficacia y la na-

turaliza del derecho de uso. 2.3. Derecho en virtud del cual la familia venía disfrutando de la vivienda antes de la separación y mantenimiento de éste tras la sentencia: 2.3.1. “*Distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar*”. 2.3.2. *Posibilidades de oponer el derecho de uso atribuido judicialmente, a los terceros propietarios de la vivienda*: 2.3.2.1. *Adquisición de la vivienda por un tercero tras la atribución del uso*. 2.3.2.2. *Cesión del uso a uno de los cónyuges por el tercero titular de la vivienda mediante contrato*. 2.3.2.3. *Precario*. 2.3.2.4. *En especial, la situación de copropiedad de un tercero y el cónyuge no beneficiario del uso*. 2.4. Inexistencia de mala fe o abuso del derecho en el ejercicio de la acción de desahucio por parte del propietario para recuperar la vivienda. 2.5. Conclusión.

1. Posiciones jurisprudenciales en la materia

En las siguientes líneas trataremos, en primer lugar, las distintas posiciones mantenidas por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales en cuanto a “la procedencia de la reclamación de la vivienda cedida por su propietario sin título concreto y gratuitamente a un hijo [o, un pariente cercano], para que la use como hogar familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges”, precisamente, el que no guarda relación de parentesco con el propietario [STS 2-10-2008 (RJ 2008/5587)]. Ahora bien, el caso resuelto por la STS 18-1-2010 tiene de peculiar el que la propiedad de la vivienda no corresponde por entero al tercero que cede el uso, sino que la misma pertenece por mitad al exmarido y a su hermana, lo cual ha de implicar especialidades a la hora de resolverlo. Ello justifica que, en segundo lugar, tratemos las líneas jurisprudenciales habidas respecto a la procedencia o no del desalojo del inmueble común poseído en exclusiva por uno de los comuneros, en general y, en especial, cuando el bien común es la vivienda familiar perteneciente en comunidad ordinaria a uno de los esposos y un tercero.

1.1. Procedencia de la reclamación por parte de su propietario, del inmueble cedido sin título concreto y gratuitamente a un hijo o pariente, para que le sirva vivienda familiar, ante la atribución de su uso a través de sentencia de separación o divorcio, al cónyuge de éste

Desde la reforma del Código civil operada por Ley 30/1981, *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*, este problema se ha manifestado en numerosísimas ocasiones, dado lo habitual de estas cesiones, las cuales han llegado a los Juzgados y Audiencias Provinciales generando innumerables sentencias, con contenidos y soluciones diversos. Muchas de estas últimas son recurridas ante el Tribunal Supremo el cual, lejos de mantener una sola tesis a este respecto, ha venido defendiendo a lo largo del tiempo posturas diferentes, mu-

chas veces, con base en los mismos argumentos. Toda esta problemática se plantea por la laguna que a este respecto sufre el a. 96 C.c., que parte de que la vivienda pertenece a uno de los cónyuges, dado que en los párrafos 3 y 4, alude a un “cónyuge no titular”, lo que implica que el otro lo es, sin que se prevea expresamente el caso de vivienda perteneciente a un tercero. Ante ello, en un principio, el TS trata de encontrar un expediente que le permita mantener la atribución del uso realizada, conforme a los criterios de atribución del a. 96 C.c., en favor del cónyuge no pariente del tercero titular. Tal expediente se descubre en la existencia previa a la separación o divorcio, de un título que legitime la posesión del beneficiario del uso frente a su propietario (como puede ser el comodato), o en la atribución de una naturaleza real y oponible a terceros, al derecho de uso adjudicado conforme al a. 96 C.c., o, como complemento en ambos casos, en que el propietario que trata de desalojar al adjudicatario del uso, actúa con abuso de derecho. Sin embargo, todos estos expedientes van cayendo cuando la realidad es que, la mayoría de las veces lo que existe es un precario desde el mismo momento en que se cedió el uso de la vivienda por el tercero, llegando a establecer el Alto Tribunal –para terminar, como veremos, con las controversias respecto a la determinación del uso como elemento diferenciador el comodato y el precario– que aunque se hubiera tratado de comodato, la ruptura de la convivencia convierte a éste en precario, y afirmando que, el titular de la vivienda, no puede verse afectado por un juicio en el que no fue parte y que realmente, quien actúa abusivamente es el beneficiario al negar la devolución de la vivienda de la que venía disfrutando gratuitamente [vid. sobre la forma de actuar del TS: SALAZAR BORT, S. (2001), pp. 209 y ss.]. Estas consideraciones han de tenerse presentes en la lectura de las líneas siguientes en las que veremos cómo se ha producido esta evolución jurisprudencial, no sin previamente apuntar que, antes de la Ley 30/1981, el TS había resuelto esta cuestión a favor de la existencia de precario y de la procedencia del desahucio por esta causa; concretamente, la STS 30-11-1964 (RJ 1964/5552), en un caso en que la nuera de los propietarios oponía la existencia de un derecho real de habitación a la demanda de desahucio interpuesta por los padres de su marido propietarios de la vivienda, dictamina: “la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente”.

Partiendo de aquí y una vez en vigor la reforma del Código civil aludida, en un primer momento, como hemos adelantado, el Tribunal Supremo, hace depender el mantenimiento del uso en el cónyuge beneficiario (normalmente la mujer), de la existencia de un derecho anterior a la crisis matrimonial que legitimara que la familia viniera disfrutando de la vivienda. En los supuestos tratados, nos encontramos con que el hijo (o pariente cercano) y su familia venían usando la vivienda de forma gratuita y sin limitación temporal establecida expresamente sin que estuviera claro el título que ostentaban para ello, lo cual

exige la determinación del mismo, ya que, en esas circunstancias, puede tratarse de un comodato o de una mera situación de precario. Ahora bien, ¿cuándo estamos ante uno u otro? Siendo, como veremos más tarde, la limitación temporal, el elemento que nos permitiría distinguir en este tipo de casos, si estamos ante una figura u otra, y no habiéndose establecido plazo, éste podrá deducirse del uso para el que la vivienda se prestó (a. 1750 C.c.): si éste fue un uso específico, que implique temporalidad, estaremos ante un comodato, en caso contrario, estaremos ante un precario. La cuestión entonces es si la finalidad de servir de vivienda familiar o conyugal, constituye un uso concreto y determinado a los efectos de apreciar la existencia de comodato, encontrando desde los inicios de la aplicación de la reforma de la Ley 30/1981, hasta la actualidad, tanto sentencias que afirman, como sentencias que niegan tal aseveración. Así, tras producirse posturas encontradas en las Audiencias, la STS 2-12-1992 (RJ 1992/10250), declara: “la calificación de precario queda desvirtuada cuando el uso de la vivienda está fijado por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados, y como tal uso preciso y determinado lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (a. 1749 y 1759 C.c), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda”. Ello tiene la importante consecuencia de que mientras no desaparezca la necesidad familiar de vivienda y el propietario no alegue urgente necesidad de la misma, se mantendrá la situación de comodato, entendiéndose que no cambia el destino de la vivienda aunque, tras la sentencia de separación o divorcio, uno de los miembros de la familia no habite ya en ella. Por último, añade otro argumento para negar la restitución de la vivienda a sus propietarios: el incurrir en abuso de derecho al realizar su reclamación, deducible del momento en que se interpone la acción. Concretamente dice: “el ejercicio de la acción de reclamación [es] sospechosamente posterior al divorcio del hijo y adjudicación a la esposa –nuera de los actores– y a las hijas –nietas de los demandantes–, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar como lo fue desde un principio, por lo que ha de significarse, en una posible concomitancia con el imperativo del a. 7-1 C.c.”. La doctrina de esta sentencia es recogida, a lo largo del tiempo, por numerosas sentencias de Audiencias Provinciales. Así: Santa Cruz de Tenerife, 14-10-1993 (AC 1993/2161), Zaragoza, 30-11-1994 (RJ 1994/2073), Guadalajara, 2-2-1995 (AC1995/360), Cádiz, 2-2-1995 (AC 1995/637), Barcelona, 13-5-1998 (AC 1998/5525), Madrid, 15-1-2000 (AC 2000/1237), Madrid, 4-V-2000 (JUR 1000/261825), Barcelona, 15-6-2000 (JUR 2000/305030), Madrid, 28-10-2000 (JUR 200172740), Madrid, 12-5-2001 (JUR 2001/198467), Las Palmas, 22-3-2002 (JUR 2002/277573), Valencia, 29-5-2002 (JUR 2002/200439), Barcelona, 13-11-2002 (JUR 2003/165053), Alicante, 6-2-2003 (JUR 2003/128782), Alicante, 10-12-2005 (JUR 2005/45708), Málaga, 4-2-2005 (JUR 2005/139923), Castellón, 13-5-2005 (AC 2005/1470)...

No obstante, a pesar de la clara tesis sentada por la STS 2-12-1992 (RJ 1992/10250), las Audiencias Provinciales siguieron manteniendo posturas diversas sobre el tema, y así, vistos ya ejemplos de sentencias que estimaron la existencia de comodato, apreciaron que el destino a vivienda familiar es el genérico y propio del inmueble, y por tanto existe precario y, en consecuencia, el propietario podría recuperar la vivienda cuando quisiera, por ejemplo, SAP Madrid, 2-11-1993 (AC 1993/2359), SAP Madrid, 13-12-1993 (AC 1993/2541), SAP Pontevedra, 1-9-1994 (AC 1994/2181)...

Nuevamente se pronuncia el TS sobre esta cuestión en STS 18-10-1994 (RJ 1994/7722). Se trataba de un caso en que el uso de la vivienda perteneciente a la comunidad hereditaria y que venía constituyendo el hogar familiar de uno de los cotitulares –como consecuencia, primero, de la cesión que de la misma hizo el padre-causante, y después, de la tolerancia de los coherederos, mientras la herencia estaba yacente–, es atribuido por el marido en el convenio regulador a la mujer. Tras años sin oponerse ningún miembro de la comunidad hereditaria, se formula demanda de juicio declarativo ordinario sobre reivindicación de posesión de la vivienda, contra la mujer, por parte de la madre usufructuaria universal representada por dos de sus hijos coherederos, pasando, tras la muerte de aquélla, a ser sustituida por éstos, con lo que la cuestión pasa a referirse a los hermanos coherederos. El Tribunal Supremo excluye el precario dado que la mujer “no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos, del convenio regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica, y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia... El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial público, conforme al a. 1280 C.c. y en todo caso con eficacia frente a terceros en cuanto a su fecha”. Por tanto, por el hecho de habersele atribuido judicialmente, ya tiene un derecho oponible a terceros, “un derecho real de eficacia total”, que excluye el precario y la legítima para mantenerse en el uso. Justifica además tal afirmación diciendo que estas situaciones requieren un tratamiento especial ya 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, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos”. De esta manera, hace prevalecer el derecho a la protección de la familia (a. 39 C.) a tra-

vés del derecho a la vivienda (a. 47 C.), sobre el derecho sobre la vivienda, aun cuando aquél se satisfaga con cargo a terceros. Como razonamiento añadido para impedir que prospere la acción, alega el posible abuso de derecho en que incurren los reclamantes al interponerla después de la separación, cuando la vivienda seguía destinándose al mismo uso al que se destinó desde el principio: servir de hogar familiar. Siguen esta postura en las Audiencias, por ejemplo: SAP Palma de Mallorca, 23-9-96 (AC 1996/1770), SAP Albacete, 18 Enero 1999 (AC 1999/1), SAP Castellón, 13-5-2005 (AC 200571470).

Poco después, el TS vuelve a tratar este tema, concretamente en la STS 31-12-1994 (RJ 1994/10330), estimando que el uso se había cedido en concepto de precario (aunque en el caso se procedió a la atribución del uso a la esposa porque el marido se hizo propietario de la vivienda por muerte de su padre cedente originariamente del uso). Además esta sentencia establece, frente a la anterior [con una tesis ya apuntada, entre otras, por SAP Navarra, 27-3-1992 (AC 1992/487), SAP Madrid, 20-10-1993 (AC 1993/2159), SAP Madrid, 2-11-1993 (AC 1993/235), SAP Cádiz, 11-12-1993 (RJ 1993/2539), y quizá con un antecedente en la STS 30-11-1964 (RJ 1964/5552)] que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges una vez disuelto el vínculo conyugal, no altera el concepto en que se hubiese venido disfrutando, ni puede generar un derecho antes inexistente o de rango superior al que anteriormente tenía en el matrimonio y, en definitiva, no es título hábil para justificar la posesión frente a terceros. Concretamente dice: “Siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda, no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita el ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso”; añadiendo que la resolución judicial que atribuye el uso a uno de los esposos “no constituye título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio”. Esta doctrina será seguida, posteriormente, como veremos por la STS 26 Diciembre 2005 (RJ 2006/180).

Tras estas dos SSTs, las Audiencias Provinciales, siguen inclinándose por el precario o comodato, si bien observamos que, poco a poco, es la opción del precario la que va siendo apreciada mayoritariamente. Así, estiman la existencia de precario las SSAP: Granada, 10-6-1996 (AC 1996/1219), Córdoba, 16-7-1996 (AC 1996/1438), Asturias, 2-9-1999 (AC 1999/7362), Santa Cruz de Tenerife, 13-11-1999 (AC 1999/8030), La Rioja, 17-1-2000 (AC 2000/607), Badajoz,

2-2-2000 (AC 2000/3843), Madrid, 14-3-2000 (AC 2000/1804), Barcelona, 31-3-2000 (JUR 2000/2420464), Madrid, 12-9-2001 (AC 2001/462), Tarragona, 20-10-2000 (JUR 2001/44421), Barcelona, 23-3-2001 (JUR 2001/170669), La Coruña, 29-1-2002 (AC 2002/795), Las Palmas, 26-3-2002 (JUR 2002/285192), Cantabria, 16-1-2003 (JUR 2003/121487), Palencia, 16-6-2003 (AC 2003/2240), Valladolid, 7-7-2003 (JUR 2004/73525), Islas Baleares, 3 Octubre 2003 (AC 2003/1449), Córdoba, 10-11-2003 (JUR 2004/8027), Valencia, 20-1-2004 (AC 2004/2089), La Coruña, 16-3-2004 (AC 2004/1831), Las Palmas, 22-3-2004 (JUR 2004/135247), SAP Madrid, 20-7-2004 (JUR 2004/24369) Madrid, 10-9-2004 (AC 2004/1728), Tarragona, 20-10-2004 (JUR 2005/8098), SAP Madrid, 2-12-2004 (JUR 2005/3541), SAP 27-4-2005 (JUR 2005/173687), SAP Cádiz, 8-6-2005 (AC 2005/1573), Barcelona, 8-7-2005 (JUR 2006/214242)... Aprecian comodato, entre otras SSAP: Zaragoza, 30-11-1994 (RJ 1994/2073), Cádiz, 2-2-1995 (AC 1995/572), Guadalajara, 2-2-1995 (AC 1995/360), Albacete, 18-1-1999 (AC 1999/1), Córdoba, 18-11-1996 (AC 1996/2201), Málaga, 4-2-1999 (AC 199/3812), Asturias, 15-4-1999 (AC 1999/1146), Santa Cruz de Tenerife, 5-6-1999 (AC 1999/7493), Madrid, 15 Enero 2000 (AC 2000/1237), Madrid, 4-5-2000 (JUR 1000/261825), Barcelona, 15-6-2000 (JUR 2000/305030), Salamanca, 7-9-2000 (JUR 2000/307579), Las Palmas, 22-3-2002 (JUR 2002/277573), Valencia, 29-5-2002 (JUR 2002/200439), Barcelona, 13-11-2002 (JUR 2003/165053) Alicante, 6-2-2003 (JUR 2003/128782), Islas Baleares, 31-3-2003 (JUR 2003/228426), Castellón, 13-5-2005 (AC 2005/1470), Pontevedra, 13-10-2004 (JUR 2006/23509), Zaragoza, 8-11-2004 (JUR 2005/36328), Alicante, 10-12-2005 (JUR 2005/45708), Málaga, 4-2-2005 (JUR 2005/139923)... Por otra parte, algunas sentencias observan que dado que el comodato dejaría de legitimar el uso de la vivienda desde el momento en que desapareciera la finalidad para la que fue cedida (servir de vivienda a la familiar), cuando, una vez atribuido el uso por la sentencia, desaparezca la finalidad para la que se realizó la cesión, dejará de haber comodato y se pasará a una situación de precario que posibilitará el desahucio; así: SAP Salamanca, 22-10-2003 (JUR 2003/259859), en la que, pasado el tiempo desde la separación, los hijos se hicieron mayores y dejaron de vivir con la madre, estimando la Audiencia que procede el desahucio porque “el núcleo familiar uniforme, en lo que respecta al destino que motivó al cesión, es inexistente y con ello la finalidad que se propugnaba”; por tanto, “el título de comodato dejó de tener vigencia por motivos sobrevenidos”.

Más adelante, otro hito en la jurisprudencia del TS lo constituye la STS 26-12-2005 (RJ 2006/180), que, ante el ejercicio de una acción reivindicatoria ejercitada por el padre que cedió el uso a su hijo, partiendo de lo resuelto por la STS 2-12-1992 (RJ 1992/10250) y STS 31-12-1994 (RJ 1994/10330), declara que “cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades: 1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el

artículo 1750 del Código civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista. 2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario... por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño". Se decanta esta sentencia por la existencia de precario y añade, con relación al argumento del derecho de la familia a su protección a través de la vivienda que: "el argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia... absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges... no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial (argumento ex sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio)". Asimismo, estima que "la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual".

En cuanto a las SSAP, siguiendo la línea ya apuntada anteriormente, continúan inclinándose mayoritariamente por apreciar precario en la cesión del uso para vivienda familiar, y por tanto, por la restitución de la misma a su dueño. Así: SSAP Pontevedra, 28-4-2006 (JUR 2006/163497), Valencia, 4-12-2006 (AC 2007/1006), Valencia, 21-2-2007 (AC 2007/1378), Valladolid, 1-2-2007 (JUR 2007/254557), La Coruña 1-3-2007 (JUR 2007/137972) Barcelona 5-6-2007 (JUR 2007/294113), Las Palmas, 28-6-2007 (JUR 2007/348629), Santa Cruz de Tenerife, 29-6-2007 (JUR 2007/342675), Málaga, 7-9-2007 (AC 2007/649), Murcia, 23-10-2007 (JUR 2008/78739), Granada, 20-11-2007 (JUR 2008/333624), Granada, 2-2-2008 (JUR 2008/803)...

Por su parte, con posterioridad vuelve sobre el tema la STS 2-10-2008 (RJ 2008/5587) y fija como doctrina para poner fin a las contradicciones que, a pesar de todo, siguen produciéndose entre las SSAP, la de la STS 26-12-2005 (RJ 2006/180), y teniéndola a la vista declara las siguientes reglas que se deducen de la fundamentación de aquélla, partiendo de que en primer lugar ha de comprobarse si ha existido o no un contrato entre las partes: "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 contra-

to de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado... 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... 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”. Concluye fijando 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”. Esta doctrina es confirmada después, entre otras, por las SSTS 29-10-2008 (RJ 2008/6923), 30-10-2008 (RJ 2009/403), 30-10-2008 (RJ 2008/6924), 30-10-2008 (RJ 2009/403), 30-10-2008 (RJ 2008/6925), 13-11-2008 (RJ 2009/5), 14-11-2008 (RJ 2009/393), 13-4-2009 (RJ 2009/2895), 30-6-2009 (RJ 2009/4244), 22-10-2009 (RJ 2009/5704). De entre todas estas, además la STS 30-10-2008 (RJ 2008/6925), niega expresamente la existencia de abuso de derecho en quien pretende la restitución de su vivienda en esas situaciones, declarando que “no puede afirmarse la mala fe del actor en el ejercicio de su derecho, cuando no hace sino pretender su eficacia, sin ninguna intención lesiva”.

Citando estas sentencias, observa la SAP Barcelona, 2-10-2009 (JUR 2009/490921), independientemente de que entienda que la cesión para servir como vivienda no es un uso concreto y determinado que implique existencia de comodato: “Al sentar esa doctrina el Tribunal Supremo ha sido, en definitiva, completamente realista. Ha atendido a lo que es la realidad evidente de la vida. Quien cede (gratuitamente, no lo olvidemos) una vivienda para que la use su hijo, su cónyuge y los hijos que tengan, la cede porque se trata de su hijo. Se cede para que la use el hijo. Y su familia, cierto. Pero porque es la familia del hijo del cedente. La cesión, en tales casos, se hace en contemplación a al persona del hijo o hija del cedente, o sea, que se hace en contemplación a una persona determinada. Este supuesto de cesión en atención a un usuario (comodata-

rio) concreto lo contempla expresamente el a. 1742 C.c., el cual declara con entera claridad que, en tales casos, los herederos del usuario en atención al cual se realizó la cesión, no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada. Y si no tienen derecho a seguir en la utilización los herederos, tampoco puede reconocerse ese derecho a quienes, no por causa de muerte sino inter vivos, son también sucesores o causahabientes de la persona en consideración a la cual se hizo el préstamo. Ninguna duda hay, en estos casos, de que la cesión se hace en consideración al hijo del cedente y, por tanto, éste no puede ser obligado a mantener la cesión cuando el hijo se ve excluido del uso". Siguen también la doctrina sentada por el TS en estas sentencias, entre las Audiencias Provinciales: Toledo, 24-3-2009 (JUR 2009/233804), Islas Baleares, 27-5-2009 (JUR 2009/312216), Alicante, 8-7-2009 (AC 29009/1488), Albacete, 11-9-2009 (JUR 2009/462515), Barcelona, 2-10-2009 (JUR 2009/490921), Santa Cruz de Tenerife, 20-11-2009 (JUR 2009/77542), Murcia, 4-3-2010 (JUR 2010/154889)...

Para terminar, hemos de señalar que últimamente se ha dictado la STS 14-1-2010 (RJ 2010/2323). El supuesto de hecho contemplado por la misma era el siguiente: la vivienda era propiedad de un tercero por habérsela vendido los cónyuges antes de separarse, pero éstos siguieron residiendo en ella por simple tolerancia del propietario. Atribuido el uso en la sentencia de separación a la mujer, el propietario interpone acción reivindicatoria para recuperar la vivienda. El Tribunal Supremo recoge en su resolución –aunque no trate un caso de copropiedad–, la doctrina de la STS 18-1-2010 (RJ 2010/1274), objeto de este comentario estimando la existencia de precario.

1.2. Procedencia o no del desalojo del inmueble común poseído en exclusiva por uno de los comuneros, en general y, en especial, cuando el bien común es la vivienda familiar perteneciente en comunidad ordinaria a uno de los esposos y un tercero

Puesto que, como hemos visto, la jurisprudencia actual opta por considerar que el uso atribuido al esposo no titular *se funda* en el del cónyuge titular del que deriva, y *es oponible* en la medida en que éste lo es, tratándose de una situación de copropiedad en la que es la otra copropietaria quien se opone a la continuación de ese uso por la beneficiaria, resultará que ésta podrá hacerlo valer frente a aquélla si es que puede hacerlo el esposo copropietario, lo que exige previamente determinar esto último para trasladar la conclusión a la que se llega a la beneficiaria del uso. De acuerdo con ello, diremos que el tema del desalojo por posesión exclusiva de un bien por parte de un comunero, ha sido tratado tanto respecto a comunidades ordinarias, como a hereditarias antes de hacerse la indivisión y haberse procedido a la adjudicación de los bienes, y no sólo en juicios de desahucio por precario, sino también en otros procedimientos, sin que exista unanimidad en la forma de resolver ni en las Audiencias Provinciales, ni en el Tribunal Supremo. Somos conscientes de la diferencia que

existe entre ambos tipos de comunidades, pero dado que una exposición separada referida a cada una de ellas haría que nos excediéramos de los límites de este comentario, lo haremos unificada y resumidamente. Otra cuestión a subrayar es que la LEC de 1881 fue modificada parcialmente por Ley de 23 de julio de 1966, nº 46/66 (BOE 25-7-1966), y entre otras cosas suprimió el acceso a casación de los juicios de desahucio por precario, lo que sí cabe bajo la LEC actual.

Teniendo todo esto en cuenta, cabe decir que existen tres posiciones sobre si ha de ser desalojado el comunero que posee en exclusiva la cosa común con oposición de los demás o alguno o algunos de ellos:

1ª. Estimar que no hay precario porque la cosa no es ajena al que la posee y éste tiene título para poseer, siendo necesario aplicar las normas de la comunidad sobre la forma de organizar el uso, y por tanto, la adopción de un acuerdo mayoritario o una decisión judicial para desalojar al comunero que posee en exclusiva [vid. en sede comunidad ordinaria: STS 25-11-1961 (RJ 1961/4441) –desahucio por precario–, STS 30-3-1968 (RJ 1968/3410) –declarativo ordinario–; SAP Islas Baleares, 19-11-2004 (JUR 2004/316860) o SAP Almería, 4-10-2004 (JUR 2005/58540) (con cita de SAP La Coruña, 11-2-2002) –todas ellas en desahucio por precario–; tratándose de comunidad hereditaria: SAP Bilbao, 31-12-1987 –desahucio por precario–, reproducida y comentada por ARANA DE LA FUENTE, I. (1988), pp. 121 y ss.].

2ª. Entender que el comunero que posee en exclusiva carece de título para ello, y por tanto, puede ser considerado precarista [vid.: respecto a la comunidad ordinaria: SAP Granada, 20-5-2003 (JUR 2003/223036) –desahucio por precario–; respecto a la comunidad hereditaria: STS 25-11-1961 (RJ 1961/4441) –desahucio por precario–, STS 18-2-1987 (RJ 1987/715) –declarativo ordinario–, SAP Cantabria, 20-12-1994 (AC 1994/2188) –desahucio por precario–].

3ª. Atender a si los comuneros que solicitan el desalojo tienen la mayoría de las cuotas, o si, por el contrario, las representa el que viene poseyendo en exclusiva, de modo que el que ostente la mayoría vencerá en el proceso [vid. tratándose de comunidad ordinaria: STS 13-12-1986 (RJ 1986/7437), STS 30-11-1988 (RJ 1988/8729), STS 19-3-1996 (RJ 1996/2242), STS 30-4-1999 (RJ 1999/3423), SAP Sevilla, 23-7-2004 (JUR 2004/255919) –todas ellas en juicio declarativo ordinario–; en sede de comunidad hereditaria: interesantísima SAP Madrid, 7-4-1998 (AC 1998/4780), a la que siguen con posterioridad otras muchas SSAP, por ejemplo: Santa Cruz de Tenerife, 19-2-2001 (AC 2001/756), Las Palmas, 19-5-2006 (AC 2006/1226), Barcelona, 3-9-2007 (JUR 2007/331047) –todas estas en juicio de desahucio por precario–]. Ahora bien, si esto es así y se ha de estar a quién ostenta la participación mayoritaria en la comunidad, ¿qué ocurre si las cuotas de cada una de las partes implicadas son iguales? La cuestión la resuelve, en materia de comunidad hereditaria, la SAP Las Palmas, 19-5-2006 (AC 2006/1226), que reco-

ge la doctrina de la SAP Madrid 7-4-1998 (AC 1998/4780), y, aunque en el caso que se enjuiciaba, la demandante interpuso la demanda de desahucio por precario con el apoyo de la mayoría de los partícipes, y la Audiencia resuelve haber lugar al desahucio, por no tener la demandada “título bastante para la posesión en exclusiva de la finca frente a la comunidad hereditaria”, afirma que “Sí lo tendría frente a otro coheredero que ostentara idéntico título”, de donde se deduce que no existiría precario entre dos comuneros con iguales cuotas. También se refiere a ello, aunque no resuelve con tanta claridad, la SAP Santa Cruz de Tenerife, 19-2-2001 (AC 2001/756), en la que habiéndose planteado el juicio de desahucio por precario, no se estima y se reenvía a las partes al declarativo correspondiente, basándose en la doctrina la SAP Madrid, 7-4-1998 (AC 1998/4780), ya citada, y en que “ambas partes contrapuestas aunque difieren en número ostentan una participación ideal exactamente igual en la vivienda; así como que ésta era poseída de hecho por la demandada conjuntamente con su madre antes del fallecimiento de ésta; que ha realizado cuantiosos gastos en la vivienda...; unido a que no existe problema para acudir en supuestos como el planteado al ejercicio de la acción declarativa ordinaria o para computar a la hora de proceder a la liquidación del caudal hereditario (en trámite...) el importe de la ocupación por parte del demandado del inmueble..., tal y como se desprende del propio a. 1063 C.c.”; ante ello el Tribunal “considera que nos encontramos ante una cuestión compleja... cuyo análisis excede del estrecho marco del juicio de desahucio, por lo que procede desestimar la acción planteada, y, en consecuencia, el recurso”.

Pasando ya de este nivel general, al nivel más particular que supone la atribución en sentencia de separación al esposo no copropietario, del uso de la vivienda familiar perteneciente al otro esposo y a un tercero, el Tribunal Supremo ha tenido alguna ocasión de decidir respecto a la pretensión de desalojo interpuesta por el copropietario ajeno al matrimonio separado o disuelto. Concretamente en:

— STS 18-10-1994 (RJ 1994/7722) –dictada como consecuencia del ejercicio de una acción reivindicatoria–: Ya la hemos visto al examinar la evolución de la jurisprudencia en orden a considerar existencia de precario o comodato perteneciendo la vivienda a un tercero, por lo que nos remitimos a lo dicho en cuanto a la descripción del supuesto de hecho. El Tribunal Supremo parte de que cuando el marido asignó el uso a la mujer en el convenio regulador, actuó como cotitular de la vivienda realizando un acto de administración con el consentimiento de los demás cotitulares, añadiendo que la aceptación del usufructo universal por la madre se realizó con perfecto conocimiento de a situación en que se encontraba el inmueble. Rechaza el desalojo basándose, entre otros razonamientos, en la naturaleza del derecho de uso como derecho real familiar de eficacia total oponible a terceros, “que conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario” y que además es extensivo a los hijos del matri-

monio que no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso”. No estamos de acuerdo con la forma de resolverse en esta sentencia por no estar conforme con la jurisprudencia actual sobre la naturaleza del uso, ni plantearse la cuestión desde el punto de vista del derecho a poseer del marido copropietario, más allá del cual no puede resultar protegida la mujer beneficiaria.

— STS 14 Julio 2010 (RJ 2010/264030) –dictada en juicio de desahucio por precario–: En este caso el condominio se establece entre la madre del marido (propietaria de una mitad y usufructuaria de la otra mitad) y este último (nudo propietario de una mitad). Tal situación fue originada por la muerte del padre después de haber sido atribuido el uso a la mujer por sentencia de separación, habiendo estado usando ambos cónyuges anteriormente el inmueble como vivienda familiar, por haberles cedido el uso gratuitamente los padres durante el matrimonio. Esta sentencia aceptó la consideración como precario de la situación en la que estaban los cónyuges antes de la separación y declara que “tal calificación no se ve alterada por el hecho de que, tras la muerte del esposo de la actora y como consecuencia de la división de su herencia y la previa disolución de la sociedad de gananciales, resulte ser propietaria ahora la demandante de la mitad indivisa del inmueble y usufructuaria de la otra mitad, pues tal circunstancia no altera el título en virtud del cual la demandada viene usando y disfrutando del inmueble, a lo que se debe añadir, tal y como indica la Audiencia, que en el momento en el que se cedió la vivienda la actora era la única propietaria”. Aunque realmente, como el marido ha adquirido sólo la nuda propiedad sobre la mitad de la vivienda, no ha lugar a plantearse que la mujer pueda apoyarse en el derecho de aquél para impedir que se la arroje del inmueble, como tenderemos ocasión de ver más adelante, no estamos de acuerdo con los términos de este pronunciamiento.

Y en cuanto a las Audiencias Provinciales, podemos citar, por ejemplo:

— SAP Cádiz, 13-4-2000 (AC 2000/3027), que deniega el desahucio fundamentalmente por la naturaleza real del derecho de uso atribuido por la sentencia. No se plantea que la cotitularidad del marido pueda excluir el precario y reenvía al juicio declarativo.

— SAP Santa Cruz de Tenerife, 22-5-2008 (JUR 2008/250929), que desestima el desahucio por precario porque “si se ha producido una cesión de la vivienda para la utilización de hijo y hermano de los concedentes (todos ellos copropietarios de la vivienda), esa cesión es *asimilable* a un comodato... y cuando cesa ese uso (por haberse puesto fin a la convivencia familiar que justificaba la cesión), la situación del usuario es la de un precarista”. Obsérvese que aquí, no obstante apreciar una situación asimilable al comodato, nuevamente, los demandantes serían totalmente mayoritarios frente la porción de un séptimo correspondiente al marido a los efectos de considerarle precarista al concluir el comodato.

— SAP Toledo, 16-6-2008 (JUR 2008/346536), muy interesante. Existiendo ya la comunidad hereditaria sin dividir, todos los herederos ceden gratuitamente

y sin plazo ni uso concreto, el piso integrado en ella, a otro coheredero con motivo de su matrimonio. En el convenio regulador de la separación, el marido coheredero cede el uso a su mujer e hijo. Después una de las hermanas coherederas ejerce acción de desahucio por precario contra la mujer. La Audiencia declara que “el disfrute de la vivienda no procede exactamente de un precario, porque el hermano Gregorio (marido de Inés y padre del menor, hijo de ambos) al ocupar la vivienda ya heredada, ejercitaba un derecho de propiedad, indivisa o por cuotas, si se quiera, pero, en ejercicio del dominio, dominio que es exactamente el mismo de quien ejercita la acción, esto es, un quinto, porque las demás cuotas... [un quinto de cada uno de los otros tres hermanos] no se han manifestado en contra del uso y disfrute, habiéndose pronunciado a favor del mismo al prestar su consentimiento para la ocupación en 1999. De forma que la actora, poseedora de un quinto de la propiedad indivisa, ejercita acción contra las cuatro quintas partes restantes (la mayor parte de la herencia), lo que impide tener a la demandante como legitimada para el ejercicio del precario”. Como vemos, la apreciación o no de precario depende de las cuotas detenidas por el cotitular poseedor exclusivo de la vivienda a través de su mujer.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010

2.1. Introducción

A nuestro entender, la correcta solución del caso tratado por esta sentencia requeriría seguir, sucesivamente, los siguientes pasos: 1°. Determinar cuál es la eficacia de la sentencia judicial que atribuye el derecho de uso a uno de los cónyuges conforme a los arts. 90, 91, y 96 C.c., puesto que si se entiende que tal sentencia es capaz de crear en cabeza del beneficiario un derecho hasta entonces inexistente en ninguno de los cónyuges, y eficaz frente al tercero titular de la vivienda, la cuestión quedaría resuelta a favor del esposo favorecido y no habría lugar a plantearse si el mismo está o no en precario pues, obviamente, no lo estaría. 2°. Si se estima, frente a lo anterior, que la sentencia no puede crear un derecho de uso *ex novo* sino derivado de aquel en virtud del cual los cónyuges vinieran disfrutando con anterioridad la vivienda, precisar si este existía y, en su caso, cuál era. Como en el supuesto que nos ocupa, la vivienda era usada por la familia con base en la copropiedad del marido y el acuerdo de éste y la hermana copropietaria, la cuestión será entonces preguntarse hasta qué punto la primera basta o el segundo es necesario, para excluir el precario entre los hermanos comuneros, problema que se manifiesta especialmente al desaparecer este último (el consentimiento) tras la separación o el divorcio. 3°. Trasladar la decisión al respecto, a la situación de la beneficiaria del uso, en cuanto derivada del derecho del marido.

Pues bien, como veremos, la sentencia que comentamos se plantea todas estas cuestiones, si bien, en distinto orden; también se refieren a ellas los motivos

del recurso de casación. En cuanto a este último, los motivos alegados son los siguientes: **1º**. La eficacia de la sentencia y la naturaleza del derecho atribuido, al sostener directamente la oponibilidad *erga omnes* del convenio regulador homologado judicialmente e, indirectamente (como consecuencia de su disconformidad con el Fundamento Primero de la sentencia de la Audiencia), que la sentencia crea título de ocupación oponible frente a todos y que “la sentencia que homologa el convenio... eleva la condición del mismo a la categoría de documento público... con eficacia frente a terceros desde su fecha”. Se enumeran también ciertos preceptos del C.c. (a. 90, B –hoy, 90, C–, 91, 96, 103.2 y 1280) y la C. (a. 39.1 y 2) que se consideran vulnerados. Como hemos dicho antes, de prosperar este motivo, sería indiferente que el marido fuera o no copropietario de la vivienda, o que entre éste y su hermana existiera o no comodato o precario, puesto que la sentencia sería título suficiente para mantener en el uso a la esposa. **2º**. Que entre hermana y hermano existe una relación contractual de comodato y no de precario, citando STS 18-10-1994 y 2-12-1992, de las que se desprende que, a pesar de haberse producido la ruptura conyugal, mientras no desaparezca la necesidad familiar de vivienda y el propietario no alegue urgente necesidad de la misma, se mantendrá la relación de comodato y, por tanto, con base en ella, el derecho de uso. Comete la recurrente, a nuestro entender y ateniéndonos a los datos que da el texto de la STS, el error de plantear la cuestión en términos alternativos y excluyentes (o existe comodato, o existe precario), sin hacer alusión alguna al derecho de copropiedad del marido como posible base de su derecho de uso, de modo que, rechazada la existencia o subsistencia de comodato, la única alternativa que queda es el precario y, por tanto, el fracaso de su recurso, salvo que se estimara el motivo anterior. **3º**. Cuando la hermana copropietaria ejercita la acción para obtener el desalojo de la esposa, actúa en contra de la buena fe y con abuso de derecho, citando en su apoyo STS 18-10-1994 y STS 2-12-1992.

En cuanto a la Sentencia, desestima los motivos de la recurrente y declara no haber lugar al recurso. Veamos cuáles son sus Fundamentos y los comentarios que los mismos nos suscitan, a la vez que los comparamos con los del voto particular.

2.2. *La cuestión de la eficacia y la naturaleza del derecho de uso*

Frente al primer motivo, la sentencia opone, en el Fundamento Segundo, la falta de técnica al citar los artículos alegados, crítica que, a nuestro parecer, si bien puede ser cierta respecto a los expresamente aludidos en este Fundamento, no lo es respecto al a. 96 C.c. (norma que, curiosamente, no se menciona), ya que la doctrina jurisprudencial que interpreta dicho precepto es precisamente la que ha de aplicarse para resolver este litigio según la propia sentencia. Por su parte, el voto particular está conforme con la alegación del motivo en cuanto a la violación del a. 96 C.c., dado que la atribución del uso a la esposa ha sido burlada por la actuación de la hermana.

Aunque a desestimar el primer motivo del recurso sólo se destinan los argumentos del Fundamento Segundo, a la cuestión de la eficacia y naturaleza del derecho de uso se refieren también:

— El Fundamento Quinto, tipo de situación 2º, al afirmar que “las consecuencias del divorcio / separación no tienen que ver con los terceros propietarios... solución... mantenida... desde la sentencia de 26 diciembre 2005” (RJ 2006/180). A lo que podríamos añadir, según vimos declaró la STS 2-12-2008 (RJ 2008/5587) basándose en la que la sentencia comentada cita, que “el derecho de uso y disfrute de la vivienda... 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... que no son parte... en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente...”. Salta, por tanto, a la vista que la doctrina jurisprudencial en la que se apoya el motivo primero relativa a la oponibilidad *erga omnes* del convenio o (si este no existe, que es lo que ocurre en nuestro caso, aunque el motivo parece haberlo olvidado) de la atribución del derecho de uso por estar integrado en la sentencia judicial [STS 18-10-1994 (RJ 1994/7722)], ha sido desplazada por la nueva doctrina del TS que se expresa ahora en el sentido apuntado, aparte de que una cosa es que la sentencia judicial de separación o divorcio tenga efectos *erga omnes* en cuanto su pronunciamiento afecta al estado civil, y otra muy distinta que tal eficacia se refiera también al pronunciamiento sobre el uso.

— El Fundamento Sexto, que precisamente lleva por título “Naturaleza del derecho de uso”, en el que se afirma que “el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real... El artículo 96 C.c. se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar... sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho... con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario”. Aparte de que nos llama la atención que en esta última enumeración no se menciona el supuesto de hecho sometido a la consideración del Tribunal, cual es el de copropiedad del cónyuge no usuario con un tercero, respecto a lo que nos importa ahora se limita a negar que para el Código civil el derecho de uso atribuido sea un derecho real en cuanto que ello le sirve para negar a su vez la eficacia frente a todos del mismo afirmada por el motivo primero; sin embargo, no profundiza más sobre cuál sea la naturaleza. Ciertamente, el de la naturaleza del derecho de uso, es un tema muy discutido tanto por los autores como en la jurisprudencia.

Así, entre los primeros encontramos las más variadas opiniones: **1.** Como derecho real, lo configuran: LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990), p. 245; ISAC AGUILAR, A. (1986), pp. 1730 y ss.; MANZANO FERNÁNDEZ, M. M. (1999), p. 166; JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R. (1992), p. 1041. **2.** Como derecho personal: LUCINI CASALES, A. (1990), pp. 100 y 101; GARCÍA CANTERO, G. (1986), p. 83; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L (1988), p. 51; GARCÍA MAURIÑO, S. y DE CARPIO FIESTAS, V. (1994), p. 81; MURCIA

QUINTANA, E. (2005), p. 251; ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995), pp. 515 y 516. También nosotros defendimos esta postura en MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, (2005), pp. 2335 y ss. **3.** Entienden que, según los casos, estaremos ante un derecho real o un derecho personal, siendo sólo posible la primera opción si el derecho del cónyuge titular era real: O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986), p. 1333; RAMS ALBESA, J. (1987), pp. 109, 110 y ss.; SERRANO GÓMEZ, E. (1999), pp. 23 y 30. **4.** Estiman que estamos ante una concentración, en el beneficiario del beneficiario del uso, del *ius possidendi* que durante la convivencia correspondía a ambos esposos, pasándose de una posesión compartida a una posesión exclusiva: la ponente de esta sentencia, ROCA TRÍAS, E. (1984), pp. 612 y 163; también, en ROCA TRÍAS, E. (1993), p. 401]; ESPIAU ESPIAU, S. (1992), pp. 200 y ss. y 233 y ss.; ESPIAU ESPIAU, S. (1995), p. 672; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1999), p. 90 y (1994), p. 83.; CORTADA CORTIJO, N. (2001), p. 617; DE COSSÍO MARTÍNEZ, M. DE (1997) [Vid. la crítica que hicimos a esta postura en MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...” (2005), pp. 44 2340 y 2341]. **5.** Otros lo consideran como una medida de carácter asistencial, como SALAZAR BORT, S. (2001), pp. 137 y ss., o COLINA GAREA, R. (1998), p. 308. **6.** Lo entienden como un derecho *sui generis* o atípico, si bien con distintos matices según los autores: DÍEZ-PICAZO, L., (1961), p. 33; TAMAYO CARMONA, J. A. (2003), p. 114; CERVILLA GARZÓN, M. D. (2005), pp. 42 y 43.

Lo mismo ocurre con la jurisprudencia, en la que encontramos las más diversas posiciones. Así, la naturaleza de derecho real había sido afirmada por sentencias tales como STS 20-5-1993 (RJ, 1993/3807), STS 18-10-1994 (RJ 1994/7722) o STS 13-4-2009 (RJ 2009/2895); otras, como la STS 29-4-1994 (RJ, 1994/2945), entendieron que este derecho “no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges”; o que estamos ante un *tertium genus* o derecho *sui generis*, como la STS11-12-1992 (RJ1992/10136), STS 31-12-1994 (RJ 1994/10330); como derecho de carácter asistencial lo califican STS 29-4-1994 (RJ 1994/2945), STS 23-1-1998 (RJ 1998/151); más pragmática se mostró la STS 4-4-1997 (RJ 1997/2636) que, haciéndose eco de la disparidad de opiniones, minimiza el problema afirmando que se trata de una cuestión que no “tiene trascendencia práctica” puesto que, “en todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso”; recientemente, vuelve sobre el tema la STS 14-1-2010 (RJ 2010/2323), que afirma que tal derecho no es un derecho real y que lo único oponible a terceros es la limitación derivada del a. 96, p. 4 C.c. (consentimiento del cónyuge beneficiario del uso para disponer de la vivienda), la cual es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008) y tal doctrina es recogida por la STS 8-10-2010 (JUR 2010/360791). Por su parte, la DGRN en su R. 18-11-2009 (RJ 2010/1667), al igual que en otras anteriores que la misma recoge, entiende que “el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se

refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar” y es “inscribible en el Registro”.

Ante todo esto, creemos que para poder llegar a determinar la naturaleza del derecho de uso es fundamental comprender su génesis y, de acuerdo con ello, determinar cuáles son sus efectos, siendo esto lo verdaderamente importante. En esta línea constituyó un gran paso la STS 31-12-1994 (RJ 1994/10330) cuando estableció: que la atribución judicial del uso no altera el concepto en que se hubiese venido disfrutando, ni puede generar un derecho antes inexistente o de rango superior al que anteriormente tenía en el matrimonio, que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la sentencia no es título que haga oponible el derecho a terceros. Esta sentencia en su doctrina es seguida por otras posteriores ya citadas: STS 26-12-2005 (RJ 2006/180), STS 2-10-2008 (RJ 2008/5587), STS 29-10-2008 (RJ 2008/6923), STS 30-10-2008 (RJ 2009/403), STS 30-10-2008 (RJ 2008/6924), STS 30-10-2008 (RJ 2009/403), STS 30-10-2008 (RJ 2008/6925), STS 13-11-2008 (RJ 2009/5), STS 14-11-2008 (RJ 2009/393), STS 13-4-2009 (RJ 2009/2895), STS 30-6-2009 (RJ 2009/4244), STS 22-10-2009 (RJ 2009/5704)... que insisten en la oponibilidad del uso atribuido por la sentencia entre los cónyuges, pero no frente a terceros ajenos al procedimiento matrimonial. Pues bien, esta línea es la que sigue fielmente el voto particular de la sentencia que comentamos cuando dice que “la naturaleza del uso de la vivienda... no puede desligarse del propio título en virtud del cual poseía el esposo... en tanto copropietario de la vivienda al cincuenta por ciento, lo que le atribuía el mismo derecho a poseer que el que correspondía a su hermana”. Esto es lo que a nosotros nos parece fundamental y determinante de la solución del litigio.

— El Fundamento Quinto, tipo de situación 1º, hace aplicación de la tesis sobre la naturaleza del uso que ha sostenido la ponente en sus trabajos doctrinales [ROCA TRÍAS, E. (1984), pp. 612 y 163], al decir que la sentencia de divorcio o separación es “el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única”.

— También de forma indirecta se refiere al tema de la eficacia de la sentencia que atribuye el derecho de uso y a la vinculación de éste con la situación anterior del matrimonio, el Fundamento Séptimo, situación 2ª, a la que nos referiremos más tarde.

2.3. Derecho en virtud del cual la familia venía disfrutando de la vivienda antes de la separación y mantenimiento de éste tras la sentencia

Frente al segundo motivo de casación, la sentencia opone en el Fundamento Tercero, la nueva doctrina jurisprudencial, superadora de la de las sentencias alegadas por la recurrente y recogida en STS 30-6-2009 (RJ 2009/4244)

y STS 22-10-2009(RJ 2009/5704), según la cual “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”. Por tanto, aunque haya podido existir comodato durante la situación de normalidad matrimonial, tras la sentencia de separación o divorcio, existe precario, y como dice el Fundamento Séptimo, situación 3ª, al final, el propietario podrá recuperar la vivienda en cualquier momento. Llama la atención que, a pesar de reconocer la sentencia comentada que el supuesto que resuelve “ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio” (Fundamento Tercero, al principio) y considerar más adelante (Fundamento Cuarto, que precisamente lleva por rúbrica “Nuevos supuestos”) que estamos ante un caso más complejo “de los que inicialmente llegaban a los Tribunales”, sin embargo, aplica la doctrina citada, dictada para los supuestos en los que la vivienda pertenece por entero a un tercero, sin prestar atención alguna a la especialidad del caso –es decir, la vivienda es copropiedad del marido y su hermana– (salvo, como veremos, la alusión al a. 445 C.c.), ni adaptarla o matizarla en absoluto en consideración a la misma.

A continuación, y como dice el propio Fundamento Cuarto, la sentencia trata de sentar, criterios para resolver los distintos supuestos que pueden darse en la práctica cuando se atribuye judicialmente a uno de los esposos el uso de la vivienda familiar. Para ello, se hace una clasificación de las situaciones en que puede encontrarse la titularidad de la vivienda (Fundamento Quinto) y de las distintas posiciones en que pueden estar los terceros adquirentes de la vivienda familiar (Fundamento Séptimo). Además, es preciso observar que, dado que muchos de los supuestos que se tratan en estos dos fundamentos, no tienen que ver con el que se decide en la sentencia, la doctrina que sienta al respecto no puede tener valor de jurisprudencia, dado que se trata, tal como dice el Fundamento Primero del voto particular, “de simples argumentos *obiter*”, por no constituir la *ratio decidendi* de la resolución.

2.3.1. “Distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar”

Pues bien, en el Fundamento Quinto se distingue dos tipos de situaciones en las que puede encontrarse la vivienda familiar en cuanto a su titularidad: 1. Vivienda perteneciente a uno de los esposos por entero o a ambos en régimen de copropiedad o como bien ganancial. 2. Vivienda perteneciente a tercero. Salta a la vista el carácter incompleto de esta clasificación, pues falta toda alusión al supuesto de vivienda perteneciente a un cónyuge y a un tercero, a pesar de ser precisamente el caso planteado en el litigio y considerado como “más complejo” (Fundamento Cuarto) o con una “característica especial” (Fundamento

mento Tercero); de haberlo hecho, quizá se hubiese planteado si cabe o no precario entre comuneros, y además si existía litiscosorcio pasivo necesario, tal y como hace el voto particular, llegando a una solución, a nuestro modesto entender, más acertada.

En cuanto al apartado 1 (propiedad exclusiva de un cónyuge o común a ambos esposos), aunque sólo contemple el caso de que el derecho ostentado por uno o los dos cónyuges sea el de propiedad, podría incluirse en él al supuesto de que uno o ambos esposos fueran titulares de algún derecho real limitado que les facultara a usar la vivienda y que no tuviera carácter personalísimo, como sería el derecho de usufructo no constituido con tal cualidad [RAMS ALBESA, J.J. (1992), p. 1081].

Por otra parte, no estamos de acuerdo con que el problema del precario no se produzca porque “el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación”, como dice la sentencia que comentamos, ya que, si bien es cierta la frase entrecomillada, ello no quiere decir que la afirmación que contiene sea la causa de la inexistencia de precario en esos supuestos. A nuestro entender, si en esas situaciones no existe precario es porque la facultad de usar la vivienda atribuida por la sentencia a uno de los esposos, *deriva de o se funda en* un derecho referido a la misma perteneciente a uno de ellos o a ambos, no porque exista una sentencia que haya determinado *a favor de quién*, la situación anterior de coposesión se va a transformar en una situación de posesión individual, pues esta función la lleva a cabo siempre la sentencia de separación o divorcio cuando se pronuncia sobre el uso y, sin embargo, unas veces habrá precario y otras no. De ahí que la sentencia sea el título que un cónyuge puede oponer al otro, para defender su posesión exclusiva de la vivienda en cualquier situación de titularidad de la misma (incluso cuando pertenezca a un tercero por completo), pero no sirva por sí sola para fundamentar un derecho de uso oponible frente a los terceros titulares de la vivienda y no intervinientes en el proceso, salvo, como veremos, que los terceros hayan adquirido la titularidad con posterioridad a la sentencia que atribuye el uso y en determinadas condiciones.

Desde otro punto de vista, teniendo en cuenta los criterios de atribución del uso que se desprenden del a. 96 C.c. [vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, pp. 99 y ss.] y, sobre todo, el del interés más necesitado de protección, hay que poner de manifiesto que cuando la vivienda pertenece a uno o a ambos cónyuges, el esposo no beneficiario del uso, a través de su privación, muchas veces cumple con un deber que tiene frente al esposo adjudicatario o sus hijos, y que la atribución influirá tanto en la cuantía de las pensiones que respecto a éstos haya de entregar el cónyuge titular o cotitular que no reside con ellos al no titular o también cotitular, como en las que pueden deberse los cónyuges entre sí, lo que supondrá que el conseguir la atribución del uso de la vivienda implicará para el esposo beneficiario, ver disminuidas las cantidades que pudiera recibir en otros conceptos o, incluso, que no llegara a tener dere-

cho a los mismos [así, por ejemplo, en SAP Albacete, 29-4-2005 (JUR 2005/113445)]. Otras veces, cuando, en ausencia de hijos, el interés más necesitado de protección que determina la atribución, se deriva, no de razones de inferioridad económica de uno de los esposos, sino, al contrario, de que a pesar de ser mejor la situación del esposo beneficiario o ser semejante a la del otro, el primero tiene una vinculación especial con la vivienda que lleva al Juez a atribuirle el uso de ésta, estimamos que el esposo titular o cotitular privado del uso, deberá ser compensado económicamente por el beneficiario, ya sea entregándole una cantidad, ya incrementándose la pensión compensatoria que, en su caso, pudiera deberle [Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...* (2005), pp. 338 y ss.]. Todas estas consideraciones deben hacerse también cuando la vivienda pertenece a un esposo (precisamente el no beneficiario del uso) y un tercero (situación, como hemos dicho, que no se contempla en la clasificación que comentamos), pues la atribución de la vivienda al esposo no cotitular se habrá tenido en cuenta a la hora de fijar la pensión de alimentos a los hijos o al cónyuge (en caso de separación) y habrá influido a la hora de determinar la existencia de desequilibrio patrimonial y fijar o no, en su caso, la pensión compensatoria, y esto es lo que hace precisamente el párrafo segundo del Fundamento Tercero del voto particular, de donde deduce “el evidente interés que... puede tener el esposo en mantener a la esposa en el uso de la vivienda que fue familiar”. Tales apreciaciones, unidas a la de que, de resultar desalojada la esposa por existir precario y no un derecho a poseer derivado de la copropiedad del marido, quedaría excluida la posibilidad para éste de recuperar el uso de la vivienda como consecuencia de una modificación judicial de las medidas establecidas en la sentencia, ante un cambio de circunstancias en la situación de los cónyuges que llevase a no poder considerar ya depositaria del interés digno de mayor protección a la esposa (en este mismo párrafo segundo del Fundamento Tercero del voto particular), llevan al voto particular a entender que debería haberse demandado también al marido, y que, por tanto, el litigio fue mal planteado por la hermana [Vid.: SAP Toledo, 16-6-2008 (JUR 2008/346536), en la que la acción de desahucio por precario se plantea por la hermana copropietaria, frente a la esposa beneficiaria del uso de la vivienda de la que también era copropietario su marido. Declara esta sentencia: “Contrariamente a lo que la actora sostiene, su hermano Gregorio, no es tercero respecto a la acción entablada, porque su resultado no le es indiferente. Existe, en este caso, falta de litisconsorcio pasivo necesario”].

El apartado 2º de este Fundamento Quinto, se refiere como el otro tipo de situación posible de titularidad de la vivienda familiar, a la de vivienda propiedad de terceros, afirmando que, “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”, doctrina sentada por la STS 26-12-2005 (RJ 2006/180), y recogida por otras posteriores como ha quedado expuesto más arriba. De forma semejante a lo que ocurre en el tipo de situación 1º, también quedaría comprendido en este

2º el caso de que un tercero fuera titular de un derecho real limitado sobre la cosa que le diera el derecho a poseerla, a usarla y a ceder dicho uso a otra persona, o incluso un derecho personal que le facultara para usar la vivienda y ceder su uso a otro (véase, arrendamiento, en relación con el subarrendo).

2.3.2. Posibilidades de oponer el derecho de uso atribuido judicialmente, a los terceros propietarios de la vivienda

Siguiendo con el análisis de la Sentencia, su Fundamento Séptimo establece otra clasificación bajo el título de “La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar”, que distingue cuatro situaciones en que pueden estar los terceros; sin embargo, salvo la primera, las otras no hacen referencia a terceros adquirentes de la vivienda cuyo uso ha sido judicialmente atribuido, sino a terceros propietarios que de alguna manera cedieron o consintieron el uso de la vivienda por los cónyuges durante el matrimonio o antes de celebrarse éste. Por ello creemos que la rúbrica de este Fundamento podría haber sido la que hemos expresado como título de este apartado.

2.3.2.1. Adquisición de la vivienda por un tercero tras la atribución del uso

En la situación 1ª, el punto de partida es que la vivienda es propiedad del esposo no beneficiario del uso y éste, tras la sentencia de separación o divorcio, la enajena a un tercero, o es copropiedad de ambos cónyuges y uno de ellos (normalmente aquel a quien no ha correspondido el uso), ejercita la acción de división y como consecuencia de ello, la vivienda es adquirida por un tercero. Estos supuestos han de ponerse en relación con el a. 96, p. 4 C.c. referido a los actos de disposición realizados por el titular de la vivienda tras la atribución del uso: el primero, por requerirse consentimiento del cónyuge no titular beneficiario del uso o, en su defecto, autorización judicial, para llevar a cabo actos de disposición de la vivienda que supongan que aquél deba abandonar la misma o que debiliten el derecho a usarla que le ha sido asignado judicialmente (por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre la vivienda); el segundo, para poner de manifiesto que el ejercicio de la acción de división no ha sido considerado como un acto de disposición por la jurisprudencia recaída en estos casos, razón por la que no se requeriría tal requisito para poder ejercitarla aunque como consecuencia del ejercicio de tal acción se venda la vivienda a un tercero. Pues bien, en todos estos supuestos, a falta de tal consentimiento o autorización, la jurisprudencia ha dado al derecho de uso una eficacia real, declarando que es oponible a los terceros adquirentes. Así, por ejemplo, podemos citar, respecto al ejercicio de la acción de división por parte del cónyuge copropietario –siendo el otro copropietario, el beneficiario del uso–, la STS 3-12-2009 (RJ 2009/524), que declara que “es jurisprudencia constante de esta Sala... que se mantiene el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la

cosa común; la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso... la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna [salvo pacto de indivisión]... [y que] la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza)” [vid. también: SSTS 22 Diciembre 1992 (RJ 1992/10684), 20 Mayo 1993 (RJ 1993/3807), 14 Julio 1994 (RJ 1994/6439), 16 Diciembre 1995 (RJ 1995/9144), 27-12-1999 (RJ 1999/9493), 28-3-2003 (RJ 2003/3040), 8-5-2006 (RJ 2006/2342)...].

Por nuestra parte, pensamos que cuando falta el consentimiento del a. 96, p. 4 C.c., ha de tenerse en cuenta si el derecho de uso tuvo acceso al Registro de la Propiedad [tal y como hace, por ejemplo: STS 4-12-2000 (*Revista de Derecho de Familia*, nº 14, enero 2002, pp. 102 y ss), o era conocido o pudo conocerse por el adquirente a los efectos de que le fuera oponible [STS 11-12-1992 (RJ 1992/10136)] [MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. “Reflexiones en torno...” (2005), pp. 2343 y ss.; CERVILLA GARZÓN, M. D. (2005), pp. 80 y ss.] y, entonces, si el derecho tuvo acceso al Registro o era conocido por el adquirente, o pudiendo conocerlo, no lo conoció, la sanción a la falta de consentimiento o autorización judicial ha de ser la anulabilidad del acto dispositivo llevado a cabo sin el consentimiento del cónyuge beneficiario o que no garantice debidamente el derecho de uso, fundándonos en los a. 96, p. 4 y 1301, último párrafo C.c. (adaptando este último, en cuanto al comienzo del cómputo del plazo de cuatro años) [vid. CERVILLA GARZÓN, M. D. (2005), pp. 75 y ss.; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...” (2005), pp. 2343 y ss.; GARCÍA MAURIÑO, S. y DE CARPIO FIESTAS, V. (1994), pp. 88, 93, 95 y 96]. No obstante, reconocemos que la cuestión no está nada clara, y así, otros autores se manifiestan a favor de la doctrina jurisprudencial (eficacia real), siempre que la titularidad plena de la vivienda, perteneciera a los esposos (a uno o a los dos) y en ella se basara el uso atribuido [vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1994), pp. 91 y ss.]; en esta última línea, ESPIAU ESPIAU, S. (1995), p. 674, estima que el consentimiento del a. 96, p. 4 C.c. no es un requisito de validez, sino de eficacia del acto dispositivo, de modo que éste “despliega sus efectos entre el cónyuge titular y el adquirente... pero no perjudica la legitimación posesoria del cónyuge no titular, que subsiste y debe ser respetada por el adquirente con independencia..., de las posibles acciones que puedan corresponderle frente al enajenante”. Por último – por citar la última STS de que tenemos noticia referida a la enajenación de la vivienda familiar atribuida en uso por virtud del a. 96 C.c.–, la STS 8-10-2010 (JUR 2010/360791), entiende que no es oponible el derecho de uso asignado a la esposa en la sentencia de separación, frente al tercero que adquirió la vivienda propiedad privativa del marido, en subasta judicial derivada de la ejecución de la hipoteca que éste constituyó durante la normalidad del matrimonio con

el consentimiento de la mujer en cumplimiento del a. 1320, p. 1 C.c., por la razón de que ésta aceptó en su momento la hipoteca de la que deriva la enajenación (obsérvese que aquí el consentimiento al acto dispositivo se concedió durante la etapa de normalidad matrimonial, razón por la que se aplica el a. 1320, p. 1 C.c.).

2.3.2.2. Cesión del uso a uno de los cónyuges por el tercero titular de la vivienda mediante contrato

En las situaciones siguientes, como ya adelantamos, la perspectiva desde la que se contempla al tercero cambia, pues ya no es la de adquirente de la vivienda tras la atribución del uso, sino la de propietario o copropietario de la misma durante la normalidad del matrimonio y tras la sentencia de divorcio o separación.

En la 2ª y la 3ª, la titularidad dominical corresponde por entero a un tercero, supuesto en el que es de plena aplicación la reiterada doctrina de la STS 31-12-1994 (RJ 1994/10330), según la cual “siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía”. En nuestra opinión, el tener ello presente y el atenerse a lo establecido en las STS 26-12-2005 (RJ 2006/180), STS 2-10-2008 (RJ 2008/5587) y posteriores ya vistas –según las cuales habrá que comenzar por apreciar si existe un contrato entre propietario y alguno de los cónyuges que les diera derecho a usar la vivienda, en cuyo caso habrá de aplicarse sus normas, o si la situación es de simple precario–, es lo que lleva a la sentencia que comentamos a dedicar el apartado 2º al caso de existencia de contrato, y el 3º al de precario.

En cuanto al apartado 2º, si el tercero propietario de la vivienda cedió el uso a uno de los cónyuges mediante un contrato, de lo que se trata es de cómo afectará al tercero el hecho de que ese uso sea atribuido en la sentencia de divorcio o separación al esposo que no contrató con él. Estamos de acuerdo con la sentencia comentada en que “el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes”, puesto que el tercero no ha intervenido en el procedimiento y, por tanto, no se le puede imponer la subrogación del cónyuge beneficiario del uso en el lugar del esposo con el que contrató. Cita a continuación, la STS 3 Abril 2009 (RJ 2009/2806) que, adelantamos, trata un supuesto totalmente distinto al nuestro; concretamente se plantea si la ganancialidad del arrendamiento celebrado por uno de los esposos durante el matrimonio, puede llevar a considerar también titular del mismo al cónyuge no contratante, de modo que éste, una vez fallecido aquél, no deba reunir los requisitos del a. 16 LAU para poder ser considerado arrendatario, por no ser necesario acudir a la subrogación, y concluye que la “línea más mayoritaria, no reconoce la cotitularidad, porque así se dejaría sin contenido a la nor-

mativa sobre subrogaciones establecida en la LAU, llegando a resultar incompatible con ella, norma que ha de prevalecer en todo caso frente a las reglas generales” y que “los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales”. Después, la sentencia que estamos comentando (STS 18-1-2010), ratifica esta doctrina, declarando que “aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial”, salvo que la ley así lo establezca, tal y como ocurre con el a. 15 LAU. Ante ello, hay que decir que, por una parte, no se resuelve el problema de si el beneficiario del uso puede mantenerse en el mismo frente al propietario con el que su esposo celebró el contrato, puesto que tal mantenimiento no requiere necesariamente la subrogación; y, por otra, que esa forma de interpretar el a. 15 LAU, no es la única; así en el mismo sentido que la sentencia comentada se pronuncian: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1999), pp. 89 y ss.; ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995), pp. 539 y ss.; TAMAYO CARMONA, J.A. (2003), pp. 81 y 82; COSSÍO MARTÍNEZ, M. DE. (1997), pp. 52 y ss.; CERVILLA GARZÓN, M. D. (2005), p. 58; sin embargo, otro sector doctrinal en el que se encuentran DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), p. 124; ESPIAU ESPIAU, S. (1992), pp. 245; MONTERO AROCA, J. (2002), p. 160; CONTIJOCH PRATDESABA, R. (1999), p. 112; COLINA GAREA, R. (1998), pp. 292 y ss., y nosotros mismos [MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2005), p. 26, nota 16], estima que la atribución del uso de la vivienda arrendada no supone cesión ni novación subjetiva alguna, sino simplemente que el esposo beneficiario será quien pueda continuar en el uso, permaneciendo como titular del arrendamiento quien lo viniera siendo hasta ese momento.

Desde otra perspectiva, nos llama la atención que, refiriéndose esta situación 2ª del Fundamento Séptimo al caso de existencia de un contrato celebrado, antes o durante el matrimonio, entre uno de los cónyuges y el tercero propietario como legitimador del derecho de uso, se aluda al arrendamiento y no se mencione en ningún momento al comodato, cuando fué esta la relación contractual alegada por la recurrente para fundamentar su posibilidad de permanencia en la vivienda tras la sentencia de separación y cuando las sentencias cuya doctrina cita en el Fundamento Tercero como aplicable para resolver el litigio, se referían a supuestos en los que también se alegaba el comodato por quien usaba la vivienda; no obstante, es posible que no lo considere ya necesario al asumir plenamente dicha doctrina jurisprudencial, tal y como se desprende de la situación 3ª.

Por nuestra parte, dado que ya hemos visto más arriba la evolución jurisprudencial en esta materia (opción precario/comodato) y las razones de tal evolución, baste decir aquí que la semejanza en apariencia entre el comodato cuando

no se ha fijado plazo para la restitución de la cosa, y el precario, por una parte y, por otra, las trascendentales diferencias en orden al momento de la restitución del bien, que tienen ambas figuras [MARTÍN RETORTILLO, C. (1953), pp. 854 y ss.], es lo que dió lugar a que, en casos de separación y divorcio, el beneficiario del uso del inmueble que en su día fue cedido por su dueño al otro esposo, de forma gratuita y para que estableciera en él la vivienda familiar, alegara como título que sirviera de fundamento a su derecho de uso, el comodato, cuando, en nuestra opinión, la mayoría de las veces se trataba de precario. En efecto, como es sabido, comodato y precario (en sentido estricto, contractual, como modalidad de comodato, a. 1750 C.c.), tienen en común, la cesion de la tenencia o posesión de una cosa en favor del beneficiario y su carácter gratuito, pero difieren en que en el comodato la cesion del uso está sometida a un plazo, a cuyo término el comodante puede reclamar la cosa (en un momento anterior, sólo si prueba la existencia de urgente necesidad, a. 1749 C.c.), mientras que en el precario, el precario *dans*, puede reclamar la cosa a su voluntad (a. 1750 C.c.). El plazo, en el comodato, puede resultar, ya del pacto, ya del uso concreto y determinado para el que se cedió la cosa, ya de la costumbre de la tierra (a. 1750 C.c.). Pues bien, aplicando estas premisas a los casos de cesion del uso por el padre al hijo de un inmueble para que en él éste tenga su vivienda familiar, resultará que, si excluimos la última circunstancia, por la dificultad de su aplicación por los tribunales, dados los rigurosos requisitos del a. 1.3 C.c. [tal y como señala AGUILAR RUIZ, L. (2010), p. 262], y el pacto respecto a la duración del uso porque lo normal es que, en esta clase de supuestos no exista, sólo queda para determinar si estamos ante un comodato o un precario, la apreciación de la existencia o no de un uso concreto y determinado. Este “uso determinado” al que ha de destinarse la cosa es, según se desprende del a. 1750 C.c. y pone de manifiesto MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009), pp. 688 y 689, “un uso que sirve como criterio de delimitación temporal del comodato”, sin que para ello deba tratarse de un uso “distinto al normal o genérico de la cosa”, puesto que con el adjetivo “determinado”, a lo que se hace “referencia no es al cómo, sino al para qué, entendido como la finalidad a la que se va a destinar la cosa prestada y cuyo cumplimiento o realización se halla asociado a un periodo de tiempo concreto”. Si esto es así (tal y como sigue diciendo el autor citado) la cesion del inmueble para que sirva de vivienda familiar, no puede constituir un uso determinado, sino genérico puesto que no sirve de “criterio de delimitación temporal”. Estamos totalmente de acuerdo con MARÍN LÓPEZ, M. J., y junto con él, con la de la mayoría de los autores en este punto, de modo que en estos casos no existirá comodato, sino precario [SALAZAR BORT, S. (2001), pp. 179 y ss.; CERVILLA GARZÓN, M. D. (2005), pp. 125 y ss.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1994), p. 96; MONTERO AROCA, J. (2002), p. 117; BELLO JANEIRO, D. (1997), p. 65; AGUILAR RUIZ, L. (2010), p. 264. HORNERO MÉNDEZ, C. (2000), p. 142, piensa que depende de las circunstancias del caso]. No obstante, y si se estimara que el uso para vivienda familiar, es un uso determinado a los efectos de poder estimar comodato [tal y como entiende PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (1997), p. 140], el carácter *intuitu personae* que ha de dar-

se al comodato cuando el préstamo se realiza entre personas unidas por lazos de parentesco (normalmente, de padres a hijo) o de amistad, implicará que la atribución del uso a favor del esposo no pariente, suponga la extinción del contrato [vid. AGUILAR RUIZ, L. (2010), p. 264, y recordamos SAP Barcelona, 2-10-2009 (JUR 2009/490921); contra, ONTIVEROS BAQUERO, C. (1997), p. 140, que estima que el préstamo “se otorgó en atención a que fuera utilizada por la familia del prestatario, y por tanto, ese objetivo subsiste aunque no sea ocupada por un cónyuge”]. Toda esta reflexión es la que, en nuestra opinión, subyace en la doctrina sentada por la STS 2-10-2008 (RJ 2008/5587), con el fin de terminar con las contradicciones de las sentencias anteriores respecto a la consideración del destino a vivienda familiar como uso determinado a efectos de apreciar la existencia de comodato, y recogida después, entre otras, por STS 30-6-2009 (RJ 2009/4244) y 22-10-2009 (RJ 2009/5704), citadas en el Fundamento Tercero de la sentencia que comentamos que la considera aplicable a nuestro caso.

2.3.2.3. Precario

El tercer apartado del Fundamento Séptimo se refiere a otra situación en la que puede encontrarse la vivienda frente a terceros (precario) y recoge nuevamente la doctrina de las SSTS a las que nos acabamos de referir, conforme a la cual la situación del beneficiario del uso de la vivienda que fue cedida por un tercero sin fijación de plazo ni contraprestación para dedicarla a domicilio familiar, es la de precarista una vez rota la convivencia, de donde se desprende que, si existe precario, cabrá ejercitar la acción de desahucio por dicha causa. Tal doctrina se recoge, podríamos decir que “en abstracto”, es decir, sin hacer alusión alguna a la posible existencia anterior de un comodato, tal y como antes pusimos de manifiesto.

Cabe también que, poseyéndose la vivienda en precario durante la época de normalidad matrimonial e incluso tras la atribución judicial del uso en la sentencia de divorcio o separación, adquiera la propiedad de la misma (u otro derecho que faculte para ocuparla) el cónyuge no beneficiario, ¿podría entonces el esposo al que anteriormente se había atribuido el uso, alegar el derecho de propiedad de su consorte para impedir ser considerado precarista? De la sentencia STS 14 Julio 2010 (RJ 2010/264030) parece deducirse que lo importante es la titularidad de la vivienda en el momento de cederse el uso, de modo que si en ese momento la misma no pertenece a ninguno de los esposos, ni sobre ella se ha celebrado ningún contrato que haga que tengan derecho a usar la vivienda independientemente de la voluntad del propietario, el hecho de que después el cónyuge al que no se ha atribuido el uso, adquiera la propiedad (o copropiedad de la misma), no modificará el título por el que los cónyuges la habían venido utilizando durante el matrimonio, que es, repetimos, lo único a tener en cuenta (la misma postura mantiene también la STS 31-12-1994 (RJ 1994/10330), ya citada], de modo que si era precario, se seguirá considerando precario. No estamos de

acuerdo con esta postura puesto que, a nuestro juicio, si el esposo a quien no se atribuyó el uso, pasa a convertirse en *propietario* de la vivienda después de la sentencia que se lo adjudicó al otro, el hecho de que antes se viniera ocupando en precario debería ser indiferente, pues la atribución del uso deja de perjudicar a terceros y sigue siendo vinculante para los cónyuges, de modo que no podrá alegarse por el esposo ahora propietario, que anteriormente la vivienda se poseía en precario y que la atribución del uso no puede modificar la naturaleza del derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda durante la normalidad matrimonial, puesto que ésta no ha sido alterada por la sentencia que atribuye el uso, sino por un hecho distinto que llevó al cónyuge a convertirse en propietario y que posibilita que sin ningún inconveniente se mantenga el vigor tal atribución. Si lo que ocurre es que el esposo no beneficiario se hace, tras la sentencia de separación o divorcio, *copropietario* de la vivienda que antes se ocupaba en precario, habrá que tratar el supuesto teniendo en cuenta la modificación sufrida por la titularidad de la vivienda y tratarlo como si hubiese sido copropietario antes (caso que veremos posteriormente).

Seguidamente, se establece en la sentencia que comentamos una regla según la cual, “los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento”. Sin embargo, no estamos de acuerdo con dicha afirmación, puesto que en nuestra opinión [que compartimos con MARÍN VELARDE, A. (2010), p. 292], realmente la facultad de recuperar la vivienda por parte del tercero propietario, dependerá del título en virtud del cual la familia viniera disfrutando de la vivienda antes de la crisis matrimonial y si este título era contractual, no es preciso que tal contrato hubiese sido celebrado con el cónyuge beneficiario del uso, dado que precisamente la virtualidad del a. 96 C.c. es posibilitar la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular del derecho del que dicho uso deriva. El contrato podrá haber sido celebrado con uno u otro cónyuge, o por los dos, y –aquí sí–, tal y como dice la regla que la sentencia que comentamos establece, habrá que estar a la regulación de dicho contrato para determinar las consecuencias de la atribución judicial del uso. De este modo, si se trató de un arrendamiento que se celebró con el esposo no beneficiario, habrá que estar al a. 15 LAU, si fue un comodato concluido con carácter personalísimo se convertiría en precario al entregarse el uso al esposo no hijo o pariente del propietario, si fue un precario, seguirá siéndolo...

2.3.2.4. En especial, la situación de copropiedad de un tercero y el cónyuge no beneficiario del uso

El apartado 4º, aunque no se diga expresamente, se refiere a la situación de copropiedad de un tercero y uno de los cónyuges. Esta es precisamente la que

se da en el supuesto de la sentencia que comentamos, de ahí la importancia de este apartado para la justificación del fallo, con pleno valor de jurisprudencia. Concretamente, se trata de determinar si es precarista el copropietario que posee en exclusiva la cosa común con consentimiento de los demás y sin que se haya pactado contraprestación a cambio, ni plazo de duración de tal uso exclusivo, ni uso determinado del que tal plazo pudiera resultar. Es verdad que nuestro caso es más complicado que el que acabamos de enunciar, por haber mediado una resolución judicial que atribuye el uso a la esposa del copropietario, pero si tenemos en cuenta que, como hemos dicho en otras ocasiones, esta facultad de uso atribuida por la sentencia de separación o divorcio, es la que deriva del derecho en virtud del cual la familia venía disfrutando de la vivienda durante la normalidad matrimonial, habrá que concluir que la beneficiaria del uso podrá oponer frente al demandante que la requiere de desalojo, las mismas alegaciones que podría realizar el cónyuge copropietario y por tanto, tal derecho de uso es oponible y defendible en los mismos términos que podría hacerlo dicho titular copropietario, con lo que el problema se reduce al inicialmente expuesto.

Pues bien, este apartado 4º, comienza por reproducir el a. 445 C.c. referido a la coposesión. La verdad es que no vemos muy claramente cuál puede ser el sentido de traer a colación en este punto tal precepto. Quizá sea el de dar a entender que a pesar de existir copropiedad, puede no haber coposesión por haber cedido un copropietario (concretamente, el tercero ajeno al matrimonio) a otro (el cónyuge copropietario) su derecho a usar la vivienda para una finalidad concreta (vivienda familiar), de modo que cuando dicha finalidad desaparezca podrá el primero reclamar la posesión a favor de la comunidad, sin que haya lugar a oponérsele que por existir una situación de indivisión ya ha estado y está poseyendo. Se trataría, por tanto, de echar por tierra un posible argumento dirigido a impedir el desahucio por precario, cual sería que el demandante ya tiene la posesión de la cosa por ser copropietario. Por esta razón, diría la sentencia que “del a. 445 C.c. no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa” y, por tanto, cabe que exista condominio y no coposesión. Así, dice ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010), pp. 70 y 71: “Como hecho, varias personas ponen a la vez (en común) una cosa (o un derecho), cuando todas ejercen un señorío no exclusivo (sino limitado por el de los demás) sobre ella. Entonces se dice que hay coposesión... También la posesión como derecho puede atribuirse a la vez sobre una misma cosa o respecto de un mismo derecho a varias personas. Entonces hay una cotitularidad de todas ellas en el derecho subjetivo provisional que la posesión es... Cabe, ciertamente, reducir (por ejemplo, por acuerdo de los interesados) el derecho a coposeder de cada uno, a una posesión exclusiva: bien de una parte de la cosa, bien de toda ésta, pero sólo durante cierto tiempo (así, los condueños acuerdan poseer cada uno un mes la cosa). Pero, en ambos casos se acaba la copose-

sión”. No obstante, no ha sido esta la única forma de interpretar el a. 445 C.c., pudiéndose, desde otro punto de vista, afirmar que del hecho de que la hermana copropietaria no haya gozado de la tenencia de la cosa mientras, con su consentimiento, usó de ella su hermano junto con su familia y, ahora, su nuera, no se ha de deducir necesariamente que no tuviera la coposesión del bien. Así, según MARTÍN PÉREZ, A. (1993), pp. 280 y ss., la coposesión en concepto de copropietaria en cuanto reflejo de una comunidad ordinaria o por cuotas, ha de resultar organizada, de hecho, como una comunidad ordinaria (con independencia de que, de derecho, responda o no a la existencia de una verdadera comunidad), de donde se desprendería que si el a. 394 C.c. en relación con el a. 398 C.c., permite los pactos respecto al uso cuando éste no pueda ejercitarse simultáneamente por todos los comuneros, cabría que, como una forma de organizar ese uso, se pactara que sólo uno tuviera la tenencia, sin que ello implicara que no existiera coposesión, puesto que los que no fueran tenedores de la cosa la poseerían a través del que la “tuviera” o poseyera de forma inmediata y en el mismo concepto. En el mismo sentido se expresa, ARANA DE LA FUENTE, I. (2006), pp. 41 y 60, que, además, tratando de la aplicación del a. 394 C.c. a la coposesión, dice que si no hay pactos sobre el uso los actos posesorios de los distintos coposeedores darán lugar a la posesión *in solidum* o promiscua, pero si se habla de coposeedores y coposesión cuando como por consecuencia de esos acuerdos, el uso se haya distribuido de forma que no coincidan todos los coposeedores en el tiempo a la hora de usar la cosa. Por tanto, del hecho de que la vivienda la hubiera estado usando sólo el hermano copropietario (junto con su mujer), no se desprendería que no ha habido coposesión en el sentido del a. 445 C.c., pues a través de aquél habrá poseído también la hermana [vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1985), p. 77].

Por nuestra parte pensamos que, independientemente de la forma de interpretar el a. 445 C.c., no es oportuno traerlo a colación para decidir si existe o no precario en una situación de copropiedad en la que uno de los condueños da su consentimiento para que el otro use en exclusiva la cosa común, sin pagar nada a cambio, ni determinar un plazo de duración para ese uso exclusivo, dado que el a. 445 se refiere, como él mismo dice, a “la posesión como hecho”, mientras que cuando se trata de decidir sobre si cabe desahucio por precario, a diferencia de lo que ocurre con los tradicionalmente llamados interdictos, la cuestión no está en quién está poseyendo de hecho, sino en si el que reclama el desalojo es quien tiene el derecho a poseer [HERNÁNDEZ GIL, A. (1987), p. 405]. Por tanto, la solución ha de venir de la mano del mismo concepto de precario en el cual es básica la falta de título para poseer por parte del precarista. Así, por poner un ejemplo, la SAP Málaga, 29-6-2004 (JUR 2004/211478), exponiendo un concepto amplio de precario –precario en sentido procesal–, señala: “Que la figura del precario, que aparece, según la mayoritaria doctrina científica, encuadrada en el a. 1750 C.c. y a la que alude del a. 250.1.2º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, no se refiere exclusivamente a

la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente, en el sentido que a la institución le atribuyó el Digesto (Libro XLIII, Título XXVI), sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostenta la parte actora, de ahí que la doctrina jurisprudencial venga manteniendo que el ámbito discursivo se reduce en el juicio en que nos encontramos al examen del título invocado por la parte actora, la identificación del objeto sobre el que recae y el estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título o cuando el invocado es ineficaz, y sin pagar renta o merced arrendaticia – TS 1^a S. de 13 de febrero de 1958 (RJ 1958/593), 30 de octubre de 1986 (RJ 1986/6017) y 31 de enero de 1995 (RJ 1995/ 413)”. O, tal y como expone el voto particular de la sentencia que comentamos en su Fundamento Tercero, reproduciendo la STS 6-11-2008 (RJ 2008/7255), caracterizaría el precario: “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” [Vid. entre otras muchas, además de las citadas: STS 31 Diciembre 1992 (RJ 1992/10670); STS 30 Junio 2009 (RJ 2009/4244); SAP Valladolid, 18 Noviembre 2000 (RJ 2001/30903); SAP Cuenca, 3 Marzo 1994 (AC 1994/1682); SAP Barcelona, 20-6-2005 (JUR 2006/223066)... En la doctrina, vid., haciéndose eco de la inclusión en el concepto de precario, de los supuestos de posesión concedida y posesión tolerada: MARÍN PÉREZ, P. (1982), pp. 75 y 76, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1991), pp. 1618 y ss., CANO MORIANO, G. (2001), pp. 1787 y ss., que se refieren a las dos teorías sobre la naturaleza del precario; precario contractual (modalidad de comodato) y precario como simple situación posesoria (supuestos de posesión sin título, o con título que ha perdido su validez o eficacia; BONET NAVARRO, J. (2010), pp. 203 y ss. sobre la no alteración del concepto amplio elaborado por la jurisprudencia anterior a la LEC 2000, a pesar del tenor literal de su a. 250.1.2º –“cedida en precario”–]. Dicho esto, salta a la vista que para que exista precario, como dicen estas sentencias, el bien poseído ha de ser ajeno o poseerse sin título.

En el supuesto de la sentencia que comentamos ha de partirse de que el marido es copropietario junto con su hermana, de la vivienda sobre la que versa el litigio, lo cual nos impide considerar que la vivienda le sea ajena a aquél, como no puede serlo a ningún condueño. No obstante, es preciso seguir profundizando en el tema, puesto que aunque la cosa común no le sea ajena a ninguno de los condueños, no siempre cada uno de ellos podrá poseerla o usarla por entero. Así, nos encontramos con que según el a. 394 C.c. cada copartícipe tiene derecho a usar cosa por entero (uso solidario) siempre que se respete el triple límite establecido por dicho precepto (destino de la cosa, interés de la co-

munidad, derecho de los demás) [MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1985), p. 71; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2008), p. 184; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2007), p. 151; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2005), p. 74], en cuyo caso habrá que concluir que el copropietario no carece de título para poseer. Ahora bien, cuando ese uso solidario no es posible o resulta incómodo, se hace necesario organizar ese uso por los comuneros, lo cual, siempre que tal distribución del uso pueda considerarse acto de administración [no, por ejemplo –como señala MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1985), p. 76, si se trata de imponer un estatuto permanente que modifique los derechos de los partícipes, en cuyo caso, se exigiría la unanimidad], conforme al a. 398, p. 1 C.c., se llevará a cabo a través del acuerdo de los partícipes que representen la mayoría de las cuotas en la comunidad, acuerdo que si resulta gravemente perjudicial para alguno de ellos (por ejemplo, por no ser el que le corresponda según su cuota) podrá recurrirse ante el Juez para que determine lo procedente y lo mismo se podrá hacer si no se logra un acuerdo mayoritario (a. 398, p. 3 C.c.). Evidentemente, en estas circunstancias, el comunero que posee en exclusiva con el acuerdo de la mayoría de las cuotas o conforme a la decisión judicial, no estará en precario. Ahora bien, ¿lo estará un comunero que posee contra el acuerdo de la mayoría, o sin que éste exista, o cuando el consentimiento se prestó por los otros comuneros con la posibilidad de retirarlo cuando lo estimaran oportuno?

Por lo que a la doctrina de los autores se refiere, encontramos distintas posturas al respecto. Así, estima que no hay precario, MARTÍN VELARDE, A. (2010), p. 293, para la que el *ius possidendi* del copropietario trae su causa de su condición de copropietario, o BELLO JANEIRO, D. (1997), p. 51, que entiende que el precario queda excluido porque los comuneros ostentan el mismo título jurídico, citando la STS 25-11-1961 (RJ 1961/4441) en lo que se refiere a la comunidad ordinaria. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980), p. 270, poniendo de manifiesto la diferencia de consideración que merece el derecho de uso y el derecho de disfrute de la cosa por parte del comunero, estima, expresándose con bastante precaución respecto al primero (derecho de uso), que “si el uso íntegro de la cosa, en principio, puede ser ejercido en virtud de un derecho propio, no obstante sí entrañaría cierta situación de precariedad el hecho de que los restantes comuneros hubieran manifestado al usuario su intención de no emplear ellos en absoluto la cosa hasta nuevo aviso, haciéndose cargo el comunero usuario, con la posesión exclusiva precaria, de los gastos totales”, añadiendo después respecto al segundo (derecho de disfrute) y ya sin ninguna duda y con rotundidad: “Y, desde luego, sería precaria la situación de quien, por concesión revocable de los restantes comuneros, recoge la totalidad de los frutos, a lo cual no le da derecho su condición de partícipe, sino el consentimiento de los otros en orden a tal concesión”. Para MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1985), p. 80, “el hecho de que el copropietario tenga facultad de usar la cosa no puede considerarse suficiente como para excluir que el condueño pue-

da ser reputado precarista por las partes que no le corresponden”; ARANA DE LA FUENTE, I. (1988), pp. 124, mantiene una postura semejante, puesto que según ella, “los actos de los comuneros-coposeedores deben considerarse fundados en su título de copropietario, siempre y cuando estén dentro de los límites de su cuota, pues ésta fija la extensión de su titularidad (ya que las cuotas pertenecientes a los demás comuneros son propiedad ajena). Fuera de esas fronteras, su título no le ampara frente a sus cotitulares; el ordenamiento jurídico no sólo faculta al condómino para usar la cosa íntegramente, sino que también le obliga a no impedir que los demás lo hagan «según su derecho»”; en la misma línea, BONET NAVARRO, J. (2010), p. 225, señala que “ciertos supuestos que traen implícita cierta titularidad a favor del demandado no se consideran aptos para excluir el precario. Buen ejemplo son los basados en... la cotitularidad de un elemento común para la ocupación del mismo de forma exclusiva y excluyente del resto de los titulares”, citando la SAP Granada, 20-5-2003 (JUR 2003/223036). Este es el panorama doctrinal, en el que no existe unanimidad.

En cuanto a la jurisprudencia, ya vimos cuáles son las distintas tendencias. Prescindiendo de la que estima que no cabe precario entre comuneros puesto que el que posee tiene título para ello y la cosa no le es ajena –perspectiva desde la cual la cuestión ya estaría resuelta y que es la seguida por la sentencia que decidió en primera instancia el litigio al que se refiere la sentencia que comentamos, y en el fondo, también seguida por la de la Audiencia, aunque no la aplique–, que nos parece defendible, de las otras dos consideramos más acertada la que entiende que hay que estar a las cuotas ostentadas por quienes interponen la acción y por el demandado, de modo que si aquéllos representan la mayoría, el título de éste, aunque existente, no sería suficiente para justificar el mantenimiento de su posesión en exclusiva, por lo que podrá haber lugar al desalojo, y viceversa. Obsérvense aquí varias cosas: 1^a. La parte que reúna la mayoría de las cuotas, implícitamente será la expresión de un acuerdo mayoritario sobre el uso, al menos en el sentido de que posea o no la cosa en exclusiva el copropietario al que se insta de desalojo, con lo que éste último no sería más que la consecuencia de la efectividad de un acuerdo mayoritario conforme al art. 398 C.c. 2^a. El estar apoyado por el acuerdo de la mayoría de las cuotas le sirve al demandado para que no sea considerado precarista, y al que pretende interponer la acción de desahucio por precario, para estar legitimado activamente, puesto que, como señala BONET NAVARRO, J. (2010), p. 211, “quien pretenda el desahucio por precario ha de afirmar que le corresponde un título que le atribuya la posesión mediata del inmueble *frente al precarista* que posee inmediatamente”, y si se trata de un comunero para ello deberá actuar con base en el acuerdo de la mayoría o en beneficio de la comunidad. 3^a. Respecto a esto último, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, todo comunero o coheredero puede comparecer en juicio en asuntos relativos a derechos de la comunidad, ya sea para ejercitarlos o para defenderlos, siempre que actúe en su beneficio

[SSTS 28-10-1991 (RJ 1991/7242), 7-12-1999 (RJ 1999/9194), 18-11-2000 (RJ 2000/9309), 10-4-2001 (RJ 2001/6675), 10-4-2003 (RJ 2003/3701), etc. Recuerda y aplica esta doctrina el Fundamento Octavo, apartado 2º de la sentencia que comentamos], y el beneficio o interés de la comunidad, en principio, coincide con el de la mayoría de las cuotas, salvo que la mayoría adopte acuerdos gravemente perjudiciales [MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1985), p. 75]. 4ª. El comunero perjudicado por el acuerdo de la mayoría siempre podrá acudir al Juez en defensa de su derecho (a. 398, p. 3 C.c.) Por otra parte, dentro de esta misma línea jurisprudencial, como vimos, si las cuotas de cada una de las partes implicadas son iguales, cabe entender que no existe precario.

Pues bien, a la vista de todo lo anterior (doctrina y jurisprudencia), podemos concluir que, en principio, todo copropietario tiene título para poseer la cosa por entero y, por tanto no está en precario respecto a los demás, pues su derecho de poseer se deriva de su derecho de copropiedad. Ahora bien, si la naturaleza de la cosa o las circunstancias de los comuneros, no permiten el uso promiscuo por parte de éstos, el uso deberá atenerse al acuerdo de la mayoría, la cual podrá manifestarse a través de un pacto en tal sentido o deducirse, en la vía judicial, de las cuotas que apoyan la demanda que solicite el desalojo. De este modo, el comunero que posea en exclusiva contra el acuerdo de la mayoría estará en precario, puesto que, aunque tendrá título para poseer, éste no será suficiente por no poder impedir el ejercicio de su derecho por los demás. Por último, en el caso de que las cuotas del que posee en exclusiva y del que pretende el desalojo sean iguales, no podrá entenderse que existe precario, al menos a efectos del juicio de desahucio, puesto que el título del demandante tampoco le legitima para poseer excluyendo al demandado, y el interés de la comunidad, no podrá resolverse a través de lo que más convenga a la cuota mayoritaria, razón por la que la solución será acudir al juicio ordinario que corresponda para que el Juez establezca lo que estime conveniente en cuanto a la distribución del uso, de modo que, ya con la sentencia judicial en la mano, estará en precario el que posea contra lo en ella establecido [vid. en este sentido STS 31-7-1998 (RJ 1998/6930) y en cuanto a la realización de actos de administración en general –dado que la decisión sobre distribución del uso lo es– STS 25-2-2005 (RJ 2005/40369)].

Aplicando lo que acabamos de exponer a nuestro supuesto, resulta que en él el bien común (la vivienda) no admitía el uso promiscuo o solidario por parte de los copropietarios, por lo que, como forma de organizar dicho uso, se acordó por unanimidad (dado que las cuotas de cada uno de los dos partícipes eran iguales), al contraer matrimonio el hermano copropietario con la demandada, que la vivienda pudiera usarse en exclusiva por el primero, sin que se impusiera a éste a cambio el pago de ninguna compensación a la hermana y, según parece entender la sentencia, con la finalidad *concreta* de servir de vivienda familiar –aunque, a nuestro entender, resulta más probable que la hermana diera su consentimiento para que ocupara la vivienda el hermano pero con la

posibilidad de retirarlo cuando lo estimara oportuno, por mucho que a la hora de llegar al acuerdo tuviera presente el hecho del matrimonio de aquél—. Roto el matrimonio, la hermana podía retirar su consentimiento, ya por haber desaparecido la finalidad –conforme a la posición mantenida por la sentencia–, ya porque simplemente lo considerase oportuno, pudiendo haberlo hecho incluso antes –si se sigue nuestra opinión–, y así lo hizo, con lo que dejó de haber acuerdo sobre la distribución del uso de la vivienda. Ha de observarse que, para mayor complicación, en nuestro caso el hermano no puede convenir con la hermana que sea ella quien, en adelante, use en exclusiva la vivienda puesto que está vinculado por la sentencia de separación en el ejercicio de su derecho de copropiedad y sin el consentimiento de su mujer no puede concluir un acuerdo que suponga que ésta deba salir de la vivienda (a. 96, p. 4 C.c.). Siendo, por tanto, prácticamente imposible llegar a un nuevo acuerdo de la mayoría de las cuotas, al ser éstas iguales y haber sólo dos comuneros con opiniones voluntaria –por parte de la hermana– o necesariamente –por parte del hermano– enfrentadas, no cabe más vía para determinar cómo ha de organizarse el uso de la vivienda, que la judicial (a. 398, p. 3 C.c.). Así las cosas, y puesto que tampoco se ha acudido al Juez para que resuelva sobre la distribución del uso, pensamos que no debería haberse apreciado existencia de precario, sino que la hermana debería haber acudido a la vía judicial oportuna demandando al hermano como copropietario y a la esposa de éste como adjudicataria de la vivienda, para que el Juez determinara lo oportuno respecto al uso, y para que como consecuencia de tal decisión, en su caso, esta última fuera desalojada. Realmente, esto es lo que entiende el voto particular cuando dice que “no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer entre sí los hermanos copropietarios”, con lo que, obviamente, estamos de acuerdo.

2.4. Inexistencia de mala fe o abuso del derecho en el ejercicio de la acción de desahucio por parte del propietario para recuperar la vivienda

Frente al tercer motivo, basado en una jurisprudencia ya superada, se alega en la sentencia la nueva doctrina jurisprudencial [STS 30-10-2008 (RJ) 2008/6925)], y la falta de prueba de la mala fe, en nuestra opinión, acertadamente.

2.5. Conclusión

La Sentencia desestima el recurso basándose en que la esposa está en precario, la hermana está legitimada para interponer la acción de desahucio por dicha causa como lo está todo comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad y no incurre en mala fe cuando ejercita de este modo su derecho. (Fundamentos Octavo y Noveno). Nosotros, sin embargo, aunque estamos de acuerdo con la inexistencia de mala fe en la hermana copropietaria, vemos más acertada la solución que la caso da el voto particular, cuyos argumentos coinci-

den esencialmente con los de la sentencia de primera instancia. Por tanto, estimamos que siendo el derecho de uso derivado del derecho del cónyuge copropietario, y perteneciendo a este la vivienda, junto con su hermana, por cuotas iguales, una vez retirado el consentimiento al uso por la esposa por parte de la hermana y dada la imposibilidad de llegar a un nuevo acuerdo sobre el mismo que (conforme al a. 398 C.c.) abarque la mayoría de las cuotas, será necesario acudir al juez para que decida sobre el reparto de la utilización de la vivienda, para lo cual habrá que demandar no sólo a la mujer, sino también al hermano copropietario, y con base en tal decisión, en su caso, solicitar el desalojo de la mujer, lo que podría tener consecuencias en otras medidas adoptadas en la sentencia de separación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L., “Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación de uso del inmueble. Comentario a la STS 13 abril 2009 (RJ 2009, 2895)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 24, 2010, pp. 255 y ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil, III, Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010.
- ARANA DE LA FUENTE, I., “Viabilidad del juicio de desahucio por precario entre comuneros (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de diciembre de 1987)”, *Poder Judicial*, 2ª época, n° 12, Diciembre 1988, pp. 121 y ss.
- ARANA DE LA FUENTE, I., *Interdictos entre coposeedores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico práctico*, Comares, Granada, 1997.
- BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio. Especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- CANO MORIANO, G., “Algunas cuestiones sobre el precario”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. 2, Madrid, 2001, pp. 1785 y ss.
- CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- COLINA GAREA, R., “La situación jurídica del cónyuge arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 286 y ss.
- CONTIJOCH PRATDESABA, R.: “Precario-comodato. Atribución de uso de vivienda conyugal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1999, n° 1, pp. 105 y ss.
- CORTADA CORTIJO, N., “Sentencia 4 diciembre 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2001, n° 56, pp. 609 y ss.
- COSSÍO MARTÍNEZ, M. DE, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- DE ÁNGEL YAGÚEZ, R. “Art. 1750”, *Comentario del Código civil, t. II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1618 y ss.

- DÍEZ-PICAZO, L., “La situación jurídica del matrimonio separado”, *Revista de Derecho Notarial*, Enero-Marzo, 1961, pp. 7 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. III, Derecho de cosas. Derechos inmobiliario y registral*, Tecnos, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.
- ESPIAU ESPIAU, S., “Sentencia de 31 de diciembre de 1994”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 38, Abril-Agosto, 1995, pp. 667 y ss.
- GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en V.V.A.A., *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, División Interdisciplinar para la Familia, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 61 y ss.
- GARCÍA MAURIÑO, S. y DE CARPIO FIESTAS, V., “Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*”, *Actualidad Civil*, 1994-, pp. 75 y ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Aranzadi Civil*, 1999, nº 17, pp. 65 y ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial”, *Aranzadi Civil*, 1994, nº 1, pp. 73 y ss.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas, t. II, La posesión como institución jurídica y social*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
- HONERO MÉNDEZ, C., “Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, 2000, pp. 129 y ss.
- ISAC AGUILAR, A., “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, nº. 577, pp. 1721 y ss.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R., “Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992, nº 4, pp. 1033 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales, volumen segundo, Derechos reales limitados, Situaciones de cotitularidad, Bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1980.
- LACRUZ BERDEJO J. L. y otros, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia, vol.I*, Bosch, Barcelona, 1990.
- LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el Código civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, Enero-Febrero, nº 596, pp. 87 y ss.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

- MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario a la Sentencia de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5587)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, Mayo-Agosto, 2009, pp. 677 y ss.
- MARÍN PÉREZ, P., “Artículo 1750”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXII, vo. 1, *Artículos 1740^a 1808 del Código civil*, EDERSA, 1982, Madrid, pp. 73 y ss.
- MARÍN VELARDE, A., “Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2010-2, n° 25, pp. 285 y ss.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 C.c.). Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, *Actualidad Civil*, 2005, n° 19, pp. 2309 y ss.
- MARTÍN PÉREZ, A., “Artículo 445”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VI, *Artículos 430 a 466 del Código civil*, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 277 y ss.
- MARTÍN RETORTILLO, C., “El comodato en nuestros días”, *Anuario de Derecho civil*, 1953, pp. 839 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., y otros, *Curso de derecho civil (III), Derechos reales*, Colex, Madrid, 2008.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Artículo 394”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 2, *Artículos 392 a 420 del Código civil*, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 70 y ss.
- MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código civil)*, Tirant Lo Balnch, Valencia, 2002.
- MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (Artículo 1320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2005.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil, t. III, Derechos reales e hipotecario*, DIJUSA, Madrid, 2007.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, 1986-1, Doctrina, pp. 1329 y ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- RAMS ALBESA, J., “Sentencia de 2 de diciembre de 1992” *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 30, Septiembre-diciembre, 1992, pp. 1075 y ss.
- ROCA TRÍAS, E., “Artículo 96”, en V.V.A.A., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 607 y ss.
- ROCA TRÍAS, E., “Art. 96”, *Comentario del Código civil, T. I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 398 y ss.

SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001

SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999.

TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Cizur Menor (Navarra), 2003.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.