

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS CRISIS MATRIMONIAL

(Comentario de la SAP de Las Palmas de Gran Canarias
de 28 de septiembre de 2015)¹

Carlos Beltrá Cabello

*Subdirector general de Gestión de Personal y Relaciones con la
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid
Secretario judicial*

EXTRACTO

Juicio de desahucio por precario: demanda interpuesta por propietario de vivienda cedida al hijo y su pareja como vivienda familiar una vez rota la convivencia. 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. Tampoco la compra de muebles y la realización de obras por la demandada alteran el título de la ocupación, aunque puedan conferirle el derecho al reembolso de su importe, circunstancia ajena a la presente litis.

Palabras claves: derecho de familia, separación, vivienda familiar, precario y desahucio.

Fecha de entrada: 14-01-2016 / Fecha de aceptación: 26-01-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (Selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de enero de 2016).

El objeto de la sentencia comentada es la determinación, y por tanto las consecuencias, de la naturaleza del derecho de uso y atribución de una vivienda a uno de los cónyuges o convivientes como consecuencia de un proceso de familia cuando la vivienda es propiedad de los padres del otro miembro y cuando esa vivienda se la cedieron como consecuencia de la relación iniciada sin ninguna otra finalidad.

El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en favor de uno de los cónyuges o convivientes *more uxorio* sobre la vivienda familiar no puede considerarse un derecho real en sentido estricto, oponible a cualquier titular de la cosa y desvinculado de los fines y motivos que determinan su establecimiento, como es la fijación de cuál era el interés más necesitado de protección para atribuirle así el ejercicio exclusivo de una de las facultades integrantes del derecho dominical de los esposos o convivientes sobre el bien, concretándose el derecho a usar este en algunos de los integrantes del grupo familiar, excluyéndose a otro, pero con frecuencia se presenta en la práctica la situación por la que los progenitores de uno de los cónyuges o convivientes ceden vivienda de su propiedad para que uno de sus hijos pueda constituir en ella el hogar familiar, ocupación que se destina a un uso concreto y determinado, planteándose el problema de si una vez producida la crisis matrimonial o de unión extramatrimonial y, con ello, la atribución del uso y disfrute de la vivienda a uno de los esposos o convivientes, los titulares del inmueble pueden recuperarlo ejercitando en juicio verbal acción de desahucio por precario (art. 250.1.2 LEC).

En consecuencia, la LEC configura un nuevo proceso de precario, cuya principal característica radica en la supresión de su concepto de juicio sumario y por ello de la limitación de los medios de prueba contenida en la legislación procesal derogada. En la actual LEC el artículo 250.1.2 establece el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia para resolver aquellas controversias en las que se pretenda la recuperación de la plena pose-

sión de la finca cedida en precario por el dueño o cualquier persona con derecho a poseerla, lo que implica que dentro de dicho proceso podrá discutirse el derecho a poseer y el propio título posesorio que ampara al demandado.

De acuerdo con el artículo 250.1.2.º de la LEC, se decidirán en juicio verbal, como proceso plenario, las demandas en que se pretenda la recuperación plena de la posesión de una finca rústica o urbana cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseerla. La LEC distingue con claridad entre pretensiones en las cuales se solicita el desahucio por existir una situación de precario y aquellas otras en que la misma consecuencia se solicita sobre de existencia de un contrato pero respecto del cual el arrendatario ha incurrido en determinados incumplimientos.

Está claro que el precario es un juicio que recae sobre la posesión, que recae sobre su recuperación, pero no es un juicio arrendaticio en tanto lo que califica la situación de aquel es la precariedad, o sea, la inexistencia de título alguno.

El precario se caracteriza por hallarse el demandado en una posición de posesión simplemente tolerada por el poseedor real de la finca que en todo caso ha de derivar de un acto de cesión a título de mera liberalidad, o bien por una situación de ocupación de hecho sin título o por un título que ha devenido insuficiente.

Dicha situación es producto de un acto de mera liberalidad por parte del titular de la vivienda que se hace con la finalidad evidente de satisfacer las necesidades de vivienda de un descendiente como consecuencia de constituir núcleo familiar, sin que pueda entenderse como derivado de un pacto expreso entre las partes que imposibilite la recuperación del bien por parte de quien lo cedió gratuitamente.

La cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento o exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario.

La controversia se contrae, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges, que opone dicho derecho frente al demandante del desahucio por precario.

El análisis del caso particular, conforme a la misma, se ha de realizar a partir de las siguientes consideraciones, que operan como reglas de aplicación, y que resultan de la fundamentación jurídica de la citada sentencia.

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 con-

trato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista.

En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes.

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.

La atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

El derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009).

Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

Y para determinar si es o no precario hay que establecer dos cuestiones. Cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de ese contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario.

En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil:

- 1.^a Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación, supuesto en el que se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.
- 2.^a Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario, debiendo enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios, por lo que categóricamente afirma que «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» de lo que extrae como importante conclusión la de que el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, de manera que el artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho.

Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles, y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario, doctrina la expuesta que deja bien patente la improcedente impugnación dirigida contra el fallo judicial de primera instancia, ya que la posesión de la demandada e hijos en su compañía no pasa de ser meramente tolerada por sus propietarios, es decir, de precarista, sin que quepa entender que esa atribución de uso y disfrute concedida por sentencia judicial se equipare a título justificativo.

Como conclusión, 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 domi-

cilio 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.