

PROCEDENCIA DEL DESAHUCIO POR PRECARIO DE LA VIVIENDA ATRIBUIDA A LA ESPOSA EN VIRTUD DE CONVENIO REGULADOR

(Comentario a la STS de 14 de octubre de 2014)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

Estima el recurso de casación en un supuesto de desahucio por precario de la vivienda que había sido domicilio conyugal y propiedad de los padres del esposo y que había sido atribuida a la esposa en virtud de convenio regulador en juicio de divorcio. 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. En consecuencia, considera que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 1.749 y 1.750 del Código Civil al no mediar en el presente caso un contrato de comodato, sino una situación de precario ya que las demandadas –madre e hija– ocupan actualmente la vivienda sin contraprestación y sin fijación de plazo.

Palabras claves: desahucio por precario, inexistencia de comodato y procedencia del desahucio.

Fecha de entrada: 09-01-2015 / Fecha de aceptación: 29-01-2015

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (Selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 a 31 de octubre de 2014).

Para analizar la presente sentencia hay que partir de los antecedentes de la misma. En ella la vivienda objeto del desahucio era propiedad de los padres del esposo, demandantes en la instancia y recurrentes en casación. El esposo, hijo de los demandantes, tuvo una hija, que al tiempo del convenio (2005) tenía 12 años.

La demanda de desahucio por precario se presentó en fecha 19 de octubre de 2010. En ella interesaron el desahucio por entender que la situación de las demandadas (la anterior esposa y la hija común) era de simple precario.

La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda y declaró haber lugar al desahucio, por esta conclusión:

«Tales especiales circunstancias, que justificaron en ese caso la consideración de un comodato, no concurren en el presente caso, y a este respecto, habiendo manifestado ambos actores en la prueba de interrogatorio, que le dejaron la vivienda a su hijo mientras estuviera vigente el matrimonio, la propia naturaleza de la cesión permite concluir, de acuerdo con la reseñada doctrina jurisprudencial, que la cesión no se realizó con vocación de permanencia, puesto que no se aprecia la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar».

Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, que desestimó la demanda al expresar que:

«... nos encontramos ante un contrato de comodato o préstamo de uso aceptado y consentido por los hoy apelantes... *ab initio* hace descartar la situación de precario...».

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.

La cuestión es la facultad que tiene el tercero, propietario afectado por una sentencia dictada en procedimientos de separación o divorcio en la que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no propietario. En general, el conflicto se plantea cuando el propietario ha permitido el uso de dicha vivienda a un pariente suyo, normalmente un hijo, en razón de su matrimonio, pero que quiere recuperar cuando se ha producido la crisis matrimonial. Este caso ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio.

Para entender que esta es la situación puede aplicarse un supuesto en el que si se permite el uso a pesar de la crisis familiar pero por circunstancias diversas a la planteada en la sentencia objeto de comentario, y es el caso de que cuando la demandante actora adquirió el usufructo, su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, y era plenamente concedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido.

Por ello, la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia debe mantenerse ahora en esta sede, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario.

Se debe seguir la doctrina jurisprudencial consolidada y entender que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, ha infringido los artículos 1.749 y 1.750 del Código Civil ya que no media en el presente caso un contrato de comodato, sino una situación de precario ya que las demandadas –madre e hija– ocupan actualmente la vivienda sin contraprestación y sin fijación de plazo

Para complementar lo ya dicho hay que hacer referencia a diferentes situaciones que pueden darse en cuanto a la titularidad de la vivienda en supuestos como el analizado, y a qué se entiende por derecho de uso.

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 CC:

- 1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema

del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.

- 2.º 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.

Debe 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.

Naturaleza del derecho de uso

De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 del CF y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.

El artículo 96 del CC 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.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 del CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 135/1986, 159/1989 y 126/1989), el artículo 15.2 de la LAU (Ley 29/1994, de 24 noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, éste debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

Complementado con lo anterior se debe hacer referencia a *la posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar*.

Se deben distinguir distintas situaciones:

- 1.^a El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división.

Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o excónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.

- 2.^a Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo.

Debe señalarse 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 tributario del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial.

El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 de la LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

- 3.^a Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio.

La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, 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.

- 4.^a De acuerdo con el artículo 445 del CC, «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión». Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad.

Con todo se han expuesto las diferentes situaciones y las conclusiones a las que se llega en caso de una crisis matrimonial, separación o divorcio, en relación con la vivienda matrimonial, al uso de la misma dependiendo de quién sea el titular de dicha vivienda.