

## CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA: COMODATO O PRECARIO

**JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ**  
*Secretario Judicial*

**Palabras clave:** comodato, precario, desahucio por precario, atribución judicial de vivienda familiar.

### ENUNCIADO

Juan es propietario de la vivienda sita en el piso NÚM001, letra NÚM002, de la planta NÚM001 del bloque número NÚM003 del grupo denominado «Comandante Valdés», CALLE000 número NÚM000, de Madrid y cedió gratuitamente dicha vivienda a su hijo y a la esposa de este para que constituyeran en ella el hogar conyugal y familiar. Estos ocuparon la vivienda desde el momento de su enlace hasta que sobrevino la crisis matrimonial, a consecuencia de la cual le fue atribuida a la esposa el uso y disfrute de la misma por resolución recaída en las medidas provisionales previas al procedimiento de separación.

Ante esta situación, Juan desea recuperar la posesión de su casa en la cual vive su ex nuera y su nieto y desea saber qué opciones de éxito tiene.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

- Cesión gratuita de vivienda: cesión en comodato o en precario.
- Planteamientos jurisprudenciales en la materia.
- Compatibilidad o no entre las facultades del derecho de propiedad y las resoluciones dictadas en materia matrimonial.

## **SOLUCIÓN**

El presente caso examina los problemas que suscita el supuesto, de la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o 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. 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 futuro demandante del desahucio por precario.

Una primera tesis defendible es la de que nos hallemos ante la situación jurídica en la que se encontraban los cesionarios de la finca como la correspondiente a un contrato de comodato, que fue concertado con Juan en consideración al matrimonio de su hijo con su ex mujer para que establecieran en ella la vivienda familiar, en la cual residieron junto con los hijos de ambos. Ello se apoyaría en el préstamo del caso en el que quedaba evidenciado el uso, al que se pretendía, fuese destinado el piso, cual era servir de vivienda familiar, por lo que no puede considerarse que la cesión del inmueble lo fue en precario, sino como comodato, cuya extinción, si se considera procedente por haber perdido el título su eficacia tras el cese de la convivencia conyugal, debe solicitarse en el juicio ordinario correspondiente, estando vedado, en cambio, el examen de dicha cuestión en el juicio verbal de desahucio por precario, habida cuenta de su especialidad.

Para resolver la cuestión objeto de la consulta de Juan, se han de tener en cuenta los criterios jurisprudenciales que desde diciembre de 2005, han quedado señalados por el Tribunal Supremo, y que sientan las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. 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. A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista. B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista. D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia

se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte 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.

La calificación de este tipo de casos como comodato, se apoyaba en el hecho de que la cesión de la vivienda por su titular se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier caso se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.

La conclusión a la que cabe llegar en concordancia con lo razonado es la de que Juan tiene todo su derecho a recuperar la finca que cedió gratuitamente.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS de 31 de diciembre de 1994 y 26 de diciembre de 2005.