

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA

.....

**LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. EN
PARTICULAR, DE LA VIVIENDA PROPIEDAD DE TERCERO.**

Laura Alejandra Betancurt Sánchez

DIRECTOR / ZUZENDARIA

Leyre Elizari Urtasun

Pamplona / Iruñea

20 de enero de 2022

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará la atribución del uso de la vivienda familiar, sobrevinida la crisis matrimonial o ruptura de pareja, en especial, cuando la vivienda es propiedad de terceros. Para el estudio pormenorizado de este supuesto se hará un acercamiento al concepto de vivienda familiar, a los criterios de atribución empleados por el juez en defecto de pacto entre los cónyuges y a la naturaleza jurídica de la atribución del uso, para finalmente centrar el estudio en las particularidades que existen cuando la vivienda familiar no es propiedad de ninguno de los cónyuges o miembros de la pareja. En relación a la vivienda propiedad de terceros, se examinarán tres supuestos: la cesión gratuita del uso de la vivienda familiar, la construcción o rehabilitación de la vivienda familiar en suelo propiedad de un tercero y la vivienda familiar arrendada.

PALABRAS CLAVE

Atribución del uso de la vivienda familiar; crisis matrimonial; cesión gratuita; precario; comodato; desahucio por precario; accesión.

ABSTRACT

This paper will analyse the attribution of the use of the family home after the marital crisis or break-up of the couple, especially when the home is owned by third parties. For the detailed study of this case, an approach will be made to the concept of the family dwelling, to the criteria of attribution used by the judge in the absence of agreement between the spouses, and to the legal nature of the attribution of the use, to finally focus the study on the particularities that exist when the family home is not owned by either of the spouses or members of the couple. In relation to the dwelling owned by third parties, three cases will be examined: the free transfer of the use of the family dwelling, the construction or rehabilitation of the family dwelling on land owned by a third party and the leased family dwelling.

KEY WORDS

Attribution of the use of the family dwelling; matrimonial crisis; free transfer; precarious; gratuitous bailment; eviction for precarious; accession.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR	7
III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE UNA CRISIS MATRIMONIAL	10
1. Concepto y características del uso de la vivienda familiar	10
2. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar	13
<i>2.1 En el caso de existir hijos menores de edad.</i>	14
2.1.1. Custodia exclusiva de los menores atribuida a un progenitor.	15
2.1.2. Custodia compartida.....	18
<i>2.2. A falta de hijos menores de edad. Atribución al cónyuge con el interés más necesitado de protección.</i>	20
IV. PARTICULARIDADES EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCEROS	23
1. Naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda familiar	24
2. Cesión gratuita del uso de la vivienda familiar.	28
<i>2.1. Naturaleza de la cesión: Comodato o precario.</i>	28
<i>2.2. Evolución jurisprudencial.</i>	31
3. Construcción de la vivienda familiar en suelo ajeno	40
<i>3.1. Aplicación de las normas de la accesión inmobiliaria a las construcciones toleradas en suelo ajeno. La buena o mala fe de los intervinientes.</i>	40
<i>3.2. Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo.</i>	46
4. La vivienda arrendada cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular del arrendamiento	55
V. CONSIDERACIONES FINALES	58
VI. BIBLIOGRAFIA	63
VII. JURISPRUDENCIA	65

I. INTRODUCCIÓN

Sobrevenida la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja, el uso conjunto que se venía dando a la vivienda familiar por parte de los cónyuges o miembros de la pareja se va a ver alterado, ya que a consecuencia del cese de la convivencia, será necesario atribuir el uso de la vivienda familiar a alguno de ellos.

La atribución del uso de la vivienda familiar, es una de las decisiones más importantes que deben adoptarse una vez producida la ruptura, además, es una causa de enfrentamientos constantes entre los cónyuges o miembros de la pareja ya que la vivienda familiar, generalmente, es el activo más valioso del patrimonio de la familia, por lo que ambos interesarán su atribución.

El Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda familiar en el artículo 96, según el cual, en defecto de pacto por los cónyuges serán de aplicación por el juez los criterios en él establecidos, en atención a las circunstancias concurrentes en la familia. Los criterios de atribución, dan respuesta a una variada casuística ya que analizan las distintas particularidades que pueden darse en cada familia: si concurren o no hijos, si son menores de edad o no, si se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva, repartida o compartida, o si concurren hijos menores o mayores de edad en situación de discapacidad. Además, han de ser aplicados por el juez teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, concretándose en el interés superior del menor o el interés del cónyuge más necesitado de protección, según corresponda.

El artículo 96 CC ha sido recientemente objeto de modificación por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no solo para referirse al uso de la vivienda familiar cuando concurra algún hijo en situación de discapacidad, sino también para aclarar o intentar resolver algunos problemas que ha suscitado la aplicación de este precepto.

Esta materia ha sido objeto de una gran evolución en los últimos años debido al aumento de las crisis matrimoniales y de las rupturas de pareja, dando lugar a numerosa jurisprudencia recaída sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. Por lo tanto, en primer lugar, se abordarán las cuestiones que plantea la atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial o ruptura de pareja y su solución desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial. Para ello, se realizará una aproximación al concepto de la

vivienda familiar y se analizarán los criterios establecidos por el artículo 96 CC para la atribución del uso de la vivienda familiar.

En segundo lugar, partiendo de los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar, el presente estudio pretende analizar las particularidades que se presentan cuando la que ha constituido la vivienda familiar no es propiedad de los excónyuges sino de un tercero y sobrevenida la ruptura, el uso de dicha vivienda es atribuido a uno de los excónyuges. En especial, en relación a la vivienda familiar propiedad de tercero se analizarán tres supuestos: la cesión gratuita del uso de la vivienda familiar, la construcción de la vivienda familiar en suelo ajeno y la vivienda familiar arrendada.

Son múltiples las razones que llevan a una familia a fijar su vivienda familiar en un inmueble ajeno. La grave situación económica que azota al país en la última década, la alta tasa de desempleo, la inestabilidad de los puestos de trabajo, la dificultad para obtener préstamos hipotecarios y los efectos en la economía de la pandemia de la COVID-19, constituyen algunos de los principales obstáculos a los que se enfrentan numerosas familias para poder acceder a la compra de una vivienda y así poder desarrollar una vida en familia. En especial, los más afectados son los jóvenes, quienes ven mermadas sus expectativas laborales y sociales para lograr una independencia económica, siendo cada vez más difícil acceder a la compra de una vivienda.

En este escenario, es frecuente en la práctica que familiares cercanos a los cónyuges o a los miembros de la pareja, con el fin de facilitar esa vida en común, cedan, de manera gratuita y altruista, una vivienda de su propiedad para que la destinen a vivienda familiar, sin dotar a esta situación de ningún revestimiento jurídico, ni realizar previsión alguna en cuanto a las consecuencias jurídicas de esta cesión, en cuanto al uso, duración, contribución a los gastos, extinción, etc. Una de las manifestaciones más graves de esta falta de previsión se produce cuando, sobrevenida la crisis matrimonial, en sede de un proceso de divorcio, separación o nulidad, resulta atribuida la citada vivienda al cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores o el cónyuge con el interés más necesitado de protección, según las circunstancias específicas de la familia, provocando una colisión con los derechos del titular de la vivienda cedida gratuitamente, sobre todo cuando pretenda la recuperación de la posesión de la vivienda.

También puede ocurrir que un tercero, usualmente los padres de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, cedan gratuitamente un suelo o una construcción preexistente inacabada de su propiedad para que aquellos construyan ahí la futura vivienda familiar. Con lo cual, los cónyuges o miembros de la pareja realizarán la construcción íntegra de la vivienda familiar en suelo ajeno o llevarán a cabo la rehabilitación o reconstrucción de una construcción ajena para adecuarla como vivienda familiar. O bien, que no se lleve a cabo una cesión gratuita, sino que los cónyuges o miembros de la familia disfruten de la vivienda familiar gracias a un contrato de arrendamiento.

En resumen, el objetivo de este trabajo es responder de manera práctica a los conflictos que pueden existir cuando es atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, pero la vivienda es propiedad de un tercero que interesa la recuperación de la posesión o bien, la vivienda familiar se ha construido en suelo ajeno, para ello se analizarán casos concretos, por lo que se estudiará la materia fundamentalmente a través de la jurisprudencia. Para el supuesto de atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, se centrará el estudio en la regulación específica realizada en esta materia por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

A pesar de la frecuencia con la que se alude en la práctica a la vivienda familiar y de la relevancia que ésta tiene, no solo en los procesos de familia, sino también en diferentes ámbitos del Derecho, el Código Civil no aporta una definición y además, para referirse a la misma realidad emplea una variedad de términos tales como domicilio familiar (art. 93.2 CC), domicilio conyugal (arts. 70 y 105 CC), vivienda habitual (art. 1320 CC) y vivienda donde se encuentra la residencia habitual (art. 1403 CC). Estos preceptos no están aludiendo a conceptos diferentes, sino que, por el contrario, todas estas expresiones responden a la misma idea.

Ante la falta de definición por el Código Civil, han sido la jurisprudencia y la doctrina quienes se han encargado de definir la vivienda familiar. El Tribunal Supremo, en la STS núm. 1199/1994 de 31 de diciembre, establece que la vivienda familiar es aquel “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se

asienta, quien quiera que sea el propietario”¹. En la misma línea, la STS núm. 1085/1996 de 16 de diciembre, indica que “la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privaticidad *sic*), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”². Además, la STS núm. 340/2012 de 31 de mayo, añade que la vivienda familiar debe constituir “la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”³.

En conclusión, de las definiciones realizadas por el Tribunal Supremo es significativo resaltar que la vivienda familiar es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de hogar familiar, o lugar donde habitualmente la familia desarrolla su vida diaria. Por lo tanto, cabe compartir lo señalado por GONZÁLEZ COLOMA, ya que podemos inferir que “del conjunto de normas mencionadas, parece correcto identificar la vivienda familiar con el domicilio familiar, y de este, con la residencia habitual, entendida como aquella vivienda que se utiliza de forma permanente y que se erige como centro de los intereses económicos y jurídicos de la familia y en la que se desarrolla la convivencia marital, de pareja y/o familiar”⁴.

Toda vivienda familiar debe cumplir con una serie de requisitos: ha de ser habitable, habitual y familiar⁵. En cuanto a la nota de habitualidad, el artículo 40 CC define el domicilio como el lugar de residencia habitual de las personas naturales. Por otro lado, el artículo 70 CC cuando se refiere al domicilio conyugal, establece que será determinado por mutuo acuerdo los cónyuges⁶, y, en caso de discrepancia, resolverá el juez teniendo en cuenta el interés de la familia. Por lo tanto, cuando la familia está

¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1199/1994 de 31/12/1994. RJ/1994/10330.

² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1085/1996 de 16/12/1996. RJ/1996/9020.

³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 340/2012 de 31/05/2012. RJ/2012/6550.

⁴ GONZÁLEZ COLOMA, G. *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar*. Dykinson, Madrid, 2019, pág. 108.

⁵ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 48.

⁶ Este acuerdo entre los cónyuges es una manifestación del principio de igualdad jurídica del artículo 66 CC y de la obligación de los cónyuges de vivir juntos del artículo 68 CC.

conformada por vínculo conyugal, una vez fijado el domicilio conyugal, “la determinación de la que sea la vivienda familiar nos vendrá determinada por la habitualidad y la permanencia en la ocupación por parte de la familia”⁷. De modo que la vivienda familiar y el domicilio conyugal coincidirán en una misma vivienda, siempre que perviva el matrimonio, ya que, sobrevenida la crisis matrimonial, perderá el carácter de domicilio conyugal manteniéndose como vivienda familiar.

Sin embargo, cuando la familia no está conformada por un vínculo conyugal, como, por ejemplo, en los casos de familias monoparentales o de parejas estables o de hecho, en las que no existen obligaciones conyugales, no hablamos de domicilio conyugal, pero sí que existe domicilio o vivienda familiar, entendido como el lugar en el que con habitualidad y permanencia resida la familia. Por lo tanto, si bien todo domicilio conyugal es domicilio familiar, no todo domicilio familiar será necesariamente conyugal.

La habitualidad, según una parte de la doctrina, se debe ver reflejada con el cumplimiento de dos requisitos: uno objetivo de asentamiento permanente y efectivo, refiriéndose al desarrollo en la vivienda de la convivencia en pareja y/o familia y otro subjetivo o de intención de establecer en ella la vivienda familiar y esa ocupación permanente, es decir, una mezcla de *corpus* y *animus*⁸. De modo que la familia ha de haber convivido en la vivienda familiar con una voluntad de permanencia⁹, siendo indiferente el mayor o menor tiempo durante el que la familia vivió en la misma. Exigiendo además que “se trate del lugar de residencia permanente, dicho con otras palabras, estaremos ante una vivienda familiar cuando se detecte que la ocupación no está concebida con ánimo de transitoriedad”¹⁰.

Sin embargo, otra parte de la doctrina entiende que no es necesario que concurren los dos requisitos, ya que de la efectiva y permanente ocupación de la vivienda se desprende que existe ánimo de permanecer en la misma, con lo cual, el *animus* va

⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 45.

⁸ GONZÁLEZ COLOMA, G. *Estudio práctico y jurisprudencial...*, cit., pág. 111.

⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 726/2013 de 19/11/2013. RJ/2013/7447.

¹⁰ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pág. 78.

implícito en el *corpus*¹¹. Por ende, según CUENA CASAS lo que debe demostrarse para que una vivienda sea habitual es el *corpus*, esto es la permanencia y estabilidad¹².

De lo examinado puede concluirse que, la vivienda familiar es aquella vivienda donde la familia reside con habitualidad, es decir, donde la familia desarrolla su día a día de manera estable y permanente, cobrando especial relevancia la habitualidad cuando la familia tiene más de una vivienda¹³.

III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE UNA CRISIS MATRIMONIAL

1. Concepto y características del uso de la vivienda familiar

Sobrevenida la ruptura, el uso conjunto que por los cónyuges o la pareja se venía dando de la vivienda familiar se va a ver alterado, originando en la mayoría de los casos un auténtico conflicto debido a que la vivienda familiar usualmente constituye el activo más importante del patrimonio de los cónyuges o pareja¹⁴.

La atribución del uso de la vivienda familiar se encuentra regulada en el artículo 96 del Código Civil, artículo que ha sido objeto de reforma recientemente por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no solo para referirse al uso de la vivienda familiar cuando hay algún hijo con discapacidad, sino para intentar resolver algunos de los problemas que ha suscitado la aplicación de este precepto, aunque no fuese ésta la finalidad de la norma. Por ende, en el presente trabajo se hará referencia a esta nueva redacción que ha entrado en vigor el 3 de septiembre de 2021.

¹¹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 50.

¹² CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, *VV.AA: Tratado de derecho de familia, Los regímenes económicos (I), vol. III. Disposiciones generales, la vivienda familiar, capitulaciones familiares, la sociedad de gananciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 301.

¹³ Cuando la familia tiene más de una vivienda, según ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., págs. 83 y 84, “la mayor parte de la doctrina estima que solo puede existir una vivienda familiar. De tal modo que, se presumirá como única vivienda familiar aquella en la que los cónyuges han fijado el domicilio conyugal. Y ello no solo con apoyo en una interpretación literal de las normas protectoras de la vivienda familiar que aluden a vivienda en singular, sino por un criterio de interpretación teleológico basado en el espíritu y finalidad de tales normas: la necesidad de protección de la familia. Sin embargo, aunque no puede convertirse en regla general, sí cabe imaginar supuestos en los que haya dos viviendas que reúnan el calificativo “familiar”, como por ejemplo, una familia que posee un piso en la ciudad y una casa en un pueblo cercano a la misma, permaneciendo en la ciudad de lunes a viernes al mediodía en los periodos escolares y el resto del año en el campo”.

¹⁴ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 21 emplea la expresión “caballo de batalla” para definir este fenómeno, recogiendo una expresión utilizada por ZARRALUQUINA NAVARRO, L. en “La vivienda familiar: la asignatura pendiente”, *Togas*, núm. 46, diciembre 2004, pág. 1.

El derecho de uso de la vivienda familiar, según GALLARDO RODRÍGUEZ consiste en “el derecho que, una vez producida la crisis matrimonial, permite a uno de los cónyuges continuar en el uso de la vivienda con exclusión del otro, con independencia de quién sea el titular de la misma”¹⁵. Otros autores¹⁶ lo definen como “el derecho de uso que se otorga a uno de los cónyuges, *de acuerdo con el otro o judicialmente*, en supuestos de separación o divorcio matrimonial. Es una consecuencia de la crisis matrimonial que lleva a la necesidad de un cese de la convivencia matrimonial, de ahí que en principio se atribuya a uno, y el otro cónyuge haya de salir de la vivienda para evitar conflictos entre ellos”.

Así pues, el uso de la vivienda familiar debe atribuirse a uno de los cónyuges, ya sea por acuerdo de los mismos, o, en su defecto, por resolución judicial, aplicándose en este último supuesto lo recogido en el artículo 96 del Código Civil, donde se establecen reglas de atribución según las circunstancias concurrentes en cada familia.

En este momento es importante resaltar que nos referimos únicamente al uso de la vivienda, no a la titularidad. Esto implica que el cónyuge beneficiado con la atribución tiene “la facultad de usar y disfrutar de la vivienda, mientras se mantengan las circunstancias que originaron la atribución”¹⁷, permitiéndole habitar la misma, sin que pueda realizar actos de disposición sobre el derecho de uso en sí mismo¹⁸. Por lo tanto, la titularidad de la vivienda no se ve alterada, permitiendo al propietario disponer de la misma siempre que cumpla con los requisitos del artículo 96.3 CC¹⁹.

¹⁵ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., págs. 89 y 90.

¹⁶ En este sentido lo define SERRANO CASTRO, F. *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, El Derecho, Madrid, 2010, pág. 25.

¹⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 90.

¹⁸ Como señala GONZÁLEZ COLOMA, G. *Estudio práctico y jurisprudencial...*, cit., pág. 24: “es un derecho que tiene como contenido práctico la concesión del derecho a ocupar y poseer la vivienda familiar(...), sin que, en ningún caso, conlleve facultades de disposición del derecho en sí, ni de la vivienda sujeta al uso”.

¹⁹ Según el artículo 96.3 CC en la redacción que le da la Ley 8/2021 “para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, o en su defecto, autorización judicial”. Esta nueva redacción añade que “Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

A fin de acotar el contenido y alcance de la atribución del uso de la vivienda familiar, cabe hacer mención a las características de la atribución²⁰, encontrando las siguientes:

a. Carácter personal e intransferible: Cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar, éste se constituye en atención a una o unas determinadas personas, miembros de la familia, con lo cual, el titular del derecho de uso no podrá disponer del mismo a favor de tercero, ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*. En consecuencia, ese derecho de uso sobre la vivienda es intransferible e inembargable, no siendo susceptible de enajenación, cesión o gravamen.

b. Carácter temporal: A pesar del desarrollo de esta característica en un epígrafe posterior, debido a su relevancia de cara a la atribución del uso de la vivienda familiar, es necesario mencionarlo en este momento ya que la temporalidad va a ser crucial para delimitar el contenido y el alcance de esta atribución. El artículo 96 CC configura esta atribución del uso de la vivienda familiar como un derecho provisional o temporal, estableciendo su duración, gracias a la Ley 8/2021, hasta la mayoría de edad de los hijos beneficiarios de la atribución del uso, como regla general. Todo ello con el fin de “prevenir ejercicios abusivos o desproporcionados cuando el adjudicatario de tales derechos es el cónyuge no titular, dado que tal derecho es una limitación a la utilización y disposición de dicha vivienda”.

c. Variabilidad: Según GONZÁLEZ COLOMA, “la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, por su naturaleza, no es definitiva, siendo susceptible de revisión cuando las circunstancias se modifiquen sustancialmente tanto en relación a los progenitores o cónyuges o por la mayoría de edad o independencia económica de los hijos. No es, por tanto, un derecho estático ni definitivo”.

d. Es inscribible en el Registro de la Propiedad: Lo reconoce actualmente el artículo 96 CC en su nueva redacción, al haberse incluido en el apartado 3 expresamente esta posibilidad. Su inscripción ya venía siendo admitida por la Dirección General de Registros y Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), con independencia de cual fuera su naturaleza jurídica²¹.

²⁰ En cuanto a estas características, seguimos a GONZÁLEZ COLOMA, G. *Estudio práctico y jurisprudencial...*, cit., págs. 47-63.

²¹ Resolución DGRN de 10 de octubre de 2008: “su naturaleza real es discutida, pero que en cualquier caso es oponible a terceros, y con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso

2. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar

La atribución del uso de la vivienda familiar, como he mencionado con anterioridad, se encuentra regulada en el artículo 96 del Código Civil. De la redacción del precepto podemos deducir que el primer medio por el cual se puede atribuir el uso de la vivienda familiar es mediante acuerdo de los cónyuges y, si llegado el caso no se alcanza acuerdo, serán de aplicación por el juez los criterios establecidos en dicho artículo.

El acuerdo de los cónyuges, por el cual atribuyan el uso de la vivienda familiar, se puede realizar a través de convenio regulador, como recoge el artículo 90.1 CC. Cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el convenio regulador deberá ser homologado judicialmente, aportándose junto con la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo (arts. 81 y 86 CC). Pero, si no hay hijos, la separación o divorcio de mutuo acuerdo podrá hacerse mediante convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario (arts. 82 y 87 CC). En cualquier caso, si los acuerdos contenidos en el convenio regulador “fueran dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges el juez no los homologará, o el Secretario Judicial o Notario los advertirá y dará por terminado el expediente”²², conforme a lo dispuesto en el artículo 90.2 CC²³.

El acuerdo en la atribución del uso de la vivienda familiar puede consistir en: a. Atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, sea este cotitular o no titular de la misma o bien la vivienda tenga carácter ganancial. b. No atribuir el uso a ninguno de los cónyuges, ya sea por abandono de vivienda o por ejemplo porque se vaya a vender la vivienda. c. Establecer el uso alternativo de la vivienda familiar por ambos cónyuges. d. Establecer el uso de forma simultánea de la vivienda por los cónyuges. Además, ha de

constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos erga omnes, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH”.

²² AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 12, febrero 2020, pág. 198.

²³ Se ha de tener en cuenta, aunque no sea objeto del presente trabajo que la Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 2021 (en vigor desde el 5 de enero de 2022) ha modificado el artículo 90.2 CC en relación a los animales de compañía, añadiendo que, si los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial, fuesen gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado. Además, en el caso de que los cónyuges formalicen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario, el perjuicio grave del bienestar de los animales de compañía, será motivo para dar por finalizado el expediente.

tenerse siempre presente que la autonomía de la voluntad de los cónyuges va a encontrarse limitada ya que, se realiza un control de equilibrio de los acuerdos de las partes, con el fin de que el acuerdo no perjudique ni a los hijos ni a ninguno de los cónyuges.

Si los cónyuges no llegan a un acuerdo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, es allí donde el juez deberá atribuir dicho uso en la sentencia de separación o divorcio, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 96 CC. En este sentido, el artículo 103 CC, en sede de medidas provisionales, establece que el juez determinará, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar. Interés que concreta el artículo 96 CC atendiendo a la existencia o no de hijos menores de edad.

2.1 En el caso de existir hijos menores de edad.

Del tenor literal del artículo 96.1 CC²⁴ podemos deducir que “la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar está muy relacionada con el régimen de custodia que se haya pactado o establecido judicialmente”²⁵.

Si se ha establecido un régimen de guarda y custodia exclusiva, la respuesta, a priori, es sencilla, ya que el artículo 96.1 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a “los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden”. Si, por el contrario, algunos de los hijos quedan en compañía de un cónyuge y los restantes en la del otro, debemos acudir al cuarto párrafo del artículo 96.1 CC, el cual faculta a la autoridad judicial a resolver lo procedente²⁶. Sin embargo, para el régimen de guarda y custodia compartida el precepto no presenta respuesta, resultando problemático en la práctica debido a la tendencia clara de los Tribunales por establecer este régimen²⁷. Por

²⁴ “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad”.

²⁵ AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución...”, cit., pág. 197.

²⁶ Supuesto poco frecuente en la práctica, debido a la recomendación de no separar a los hermanos del artículo 92.10 del Código Civil, por ello, centraré el trabajo en la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia exclusiva y compartida, al ser los supuestos más habituales en la práctica.

²⁷ En este sentido, las STS (Sala de lo Civil) núm. 257/2013 de 29/04/2013 (RJ/2013/3269), STS (Sala de lo Civil) núm. 52/2016 de 11/02/2016 (RJ/2016/524), STS (Sala de lo Civil) núm. 55/2016 de 11/02/2016 (RJ/2016/249), STS (Sala de lo Civil) núm. 116/2017 de 22/02/2017 (RJ/2017/650) etc., consideran que la custodia compartida no constituye una medida excepcional, sino que al contrario, es normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

todo lo anterior, se hace necesario analizar por separado la atribución del uso de la vivienda familiar en función del régimen de guarda y custodia establecido.

2.1.1. Custodia exclusiva de los menores atribuida a un progenitor.

Según AVIÑÓ BELENGUER, en la atribución del uso de la vivienda familiar, nos encontramos con dos intereses jurídicos en juego, por un lado, el derecho a la propiedad privada, reconocido por el artículo 33.1 CE, de especial importancia cuando la vivienda familiar es propiedad de un sujeto distinto a los cónyuges, como se comprobará más adelante, y por otro lado, el “interés familiar más necesitado de protección”, que se desprende del artículo 39.1 CE, entendido en los procesos de familia como el “interés superior de los hijos menores de edad” o *favor filii*. Cuando el interés superior del menor entra en colisión con otros intereses, debe ser tratado como principio rector en las actuaciones relativas a los hijos menores, teniendo en cuenta que: a) el interés superior del menor no restringe o limita más derechos de los que ampara; b) las decisiones y medidas adoptadas en dicho interés deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados²⁸.

En este sentido, en aplicación del interés superior del menor, “una línea doctrinal y jurisprudencial considera que el párrafo I del art. 96 CC (actual párrafo primero del artículo 96.1 CC) contiene una presunción *iuris et de iure* (tiene carácter imperativo), por lo que no cabe ponderarla o modularla con otros posibles intereses más necesitados de protección”²⁹, solo eliminándose el rigor de la norma cuando la vivienda deje de tener carácter de familiar o cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios³⁰. En contraposición, otra línea doctrinal, aunque minoritaria, entiende que el artículo 96.1 contiene una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el interés del menor, presunción que puede ceder ante la prueba de la existencia de otro interés más necesitado de protección³¹.

²⁸ AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución...”, cit., pág. 200.

²⁹ AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución...”, cit., pág. 201. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 257/2012 de 26/04/2012, RJ/2012/6102. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 117/2017 de 22/02/2017, RJ/2017/1079.

³⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 426/2013 de 17/06/2013, RJ/2013/4375. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 861/2021 de 13/12/2021, JUR/2021/396769.

³¹ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 144, CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico...”, cit., págs. 390, 391, 392. Según AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución...”, cit., págs. 201 y 202 “se trata de hacer una relectura del art. 96.I en clave “alimenticia”, en la que, garantizando el cumplimiento del interés del menor (fundamentalmente el derecho de habitación), el juez pueda

El Tribunal Supremo al respecto ha establecido como doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”³², realizando una interpretación estricta, imperativa y taxativa del artículo³³, ya que, obliga en todo caso al Juez a atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, al entender que el interés superior del menor es el interés más necesitado de protección, no permitiendo su ponderación con ningún otro interés.

En relación a la duración de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva, debido a la falta de pronunciación por el Código Civil, no existía criterio unánime al respecto en las sentencias de las Audiencias Provinciales,

determinar, tras la oportuna valoración de los intereses en juego y las circunstancias concurrentes (titularidad del bien, cónyuge más necesitado, etc.) cuál es el “interés familiar más necesitado de protección (art. 103.2 CC y 39.1 CE), que no tiene porque ser el de los hijos menores ni atribuirse con carácter indefinido”. En la misma línea, SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 122/2017 de 09/02/2017, JUR/2017/268183 “El interés de los hijos a proteger en el proceso de ruptura de pareja de sus padres -que no es sino el derecho a disponer de una vivienda digna en que habitar en el entorno en que han vivido hasta entonces- no debe necesariamente circunscribirse ni tener por objeto la vivienda que ocupaban antes de la crisis familiar pues este interés ha de adaptarse a la circunstancias concurrentes en cada caso concreto y otros intereses en juego que a veces pueden imposibilitar e incluso poder en riesgo en un futuro el mantenimiento y asistencia en todos los ámbitos del menor. Este interés del menor debe quedar subsumido dentro del interés familiar más necesitado de protección, que contempla las necesidades y circunstancias de los hijos y de los dos progenitores, de modo que sea perfectamente posible, salvaguardando aquél derecho del hijo a poseer una vivienda digna en que vivir, prescindir de la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos por tiempo indefinido, ponderando la totalidad de factores y circunstancias concurrentes en el grupo familiar”. SAP Salamanca (Sección 1ª) núm. 290/2012 de 24/05/2012, JUR/2013/94073 “La composición de todos los intereses en conflicto en el proceso matrimonial de ambos progenitores exige respetar la búsqueda de soluciones sobre la vivienda para todos los miembros de la familia que se adapten a las específicas necesidades y circunstancias de la misma, conciliando los diversos intereses confrontados y respetando plenamente el derecho de los hijos a disponer de una vivienda digna en que alojarse. En este sentido, deben admitirse soluciones que signifiquen atribuir el uso de la vivienda al progenitor custodio por un plazo determinado, o su atribución al no custodio, o, incluso, la no atribución del uso a ninguno de ellos si la vivienda pertenece a un tercero, siempre que se garantice la protección del interés de los hijos garantizándoles una vivienda digna en que alojarse en su mismo entorno existencial”.

³² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 236/2011 de 14/04/2011, RJ/2011/3590. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 451/2011 de 21/06/2011, RJ/2011/7325.

³³ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 121. A su vez, la SAP de Burgos (Sección 2ª) núm. 197/2013 de 03/07/2013, AC/2013/1532, considera que “La atribución de la vivienda familiar al progenitor, en cuya compañía queden los hijos, es una instrumentalización que realiza el Código Civil consecuencia de la atribución de la guarda y custodia. A diferencia de los párrafos siguientes del artículo comentado, no se impone al Juez "a quo" la búsqueda del interés más necesitado de protección, sino que el legislador ya la presume; por lo que nos encontramos ante una norma, como todas las que se dictan en supuestos de presencia de un menor, de marcado carácter imperativo y que por ello ni tan siquiera precisaría de petición de parte para ser actuada, siendo independiente la naturaleza privativa o ganancial del bien que constituye la residencia conyugal, pues se considera que la vivienda, con independencia de quien sea su propietario, si constituye domicilio familiar, esta afecta a cubrir las necesidades de habitación de la familia y, por tanto, de los hijos bajo la patria potestad cuyo interés resulta preponderante y a quienes la ruptura debe perjudicar lo menos posible”.

manteniendo posturas dispares³⁴. Con el fin de aclarar esta situación, el Tribunal Supremo fijó doctrina jurisprudencial en la STS 221/2011 de 1 de abril, por la cual, la atribución del uso de la vivienda familiar no habrá de limitarse durante la minoría de edad de los hijos beneficiarios del uso, ya que, el interés que se protege es el del menor en la crisis familiar, no el de la propiedad de los bienes³⁵.

Esta doctrina jurisprudencial es la que el legislador ha incluido actualmente en la redacción del artículo 96.1 CC, gracias a la Ley 8/2021, con el siguiente tenor literal “*hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad*”. Por lo tanto, se reafirma el carácter temporal de la atribución del uso y se establece expresamente la duración del mismo cuando existan hijos menores de edad.

Sin embargo, la nueva redacción del artículo 96 CC incluye un supuesto en el cual, la atribución del uso de la vivienda familiar puede superar la anterior limitación temporal, cuando “entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes”.

³⁴ Según GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 305 “Sobre la materia de la temporalidad existen tres posturas jurisprudenciales diferentes: una postura que podemos denominar la predominante, otra postura intermedia y una última que podemos denominarla como ‘novedosa’. (...). La postura predominante cuando existen hijos menores de edad en el matrimonio ha consistido en no limitar temporalmente el uso, por lo que se ha mantenido a los mismos en la vivienda hasta que alcanzan una independencia económica o pueden sufragar sus propias necesidades. (...) Hay un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario que considera que si los hijos menores son beneficiarios del uso, deben permanecer en la vivienda hasta que alcancen la mayoría de edad. (...) Frente a las anteriores posturas, un sector de las Audiencias Provinciales se ha mostrado partidaria de establecer un límite temporal en el uso de la vivienda familiar cuando existen hijos menores”.

³⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 221/2011 de 01/04/2011 (RJ 2011/3139) “aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el art. 96.1 CC. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor (RCL 1996, 145) (...) En consecuencia con lo anterior, se formula la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”. Este criterio jurisprudencial ha sido mantenido en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 117/2017 de 22/02/2017, RJ/2017/1079 y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 241/2020 de 02/06/2020, RJ/2020/1589.

2.1.2. Custodia compartida.

Ante el silencio del Código Civil, parece existir unanimidad a la hora de entender que no será de aplicación en los supuestos de guarda y custodia compartida el primer párrafo del artículo 96.1 CC (anterior párrafo primero del artículo 96 CC) pensado para la guarda y custodia exclusiva, siendo de aplicación por analogía el último párrafo del artículo 96.1 CC (anterior párrafo segundo del artículo 96 CC)³⁶, el cual establece que “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente”.

Esta tesis fue adoptada por el Tribunal Supremo desde la Sentencia núm. 593/2014 de 24 de octubre³⁷, de la cual podemos extraer que para el caso de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de guarda y custodia compartida:

1. La autoridad judicial para determinar en este supuesto “lo procedente” deberá realizar una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, atendiendo a dos factores: “en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”³⁸.

El interés más necesitado de protección en este supuesto se encuentra íntimamente relacionado con el interés del cónyuge más necesitado de protección³⁹, ya que se busca garantizar el ejercicio efectivo de la guarda y custodia compartida⁴⁰, es decir, que los hijos cuenten con una vivienda para disfrutar de los periodos de estancia con cada uno de sus

³⁶ CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico...”, cit., pág. 422; ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 217; PARDO PUMAR, M. “La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: Análisis de la doctrina jurisprudencial”, en *Revista Estudios Institucionales* Vol. 6, núm. 10, 2019, pág. 13; VERDERA IZQUIERDO, B. “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda””, en *Revista para el análisis del Derecho InDret* núm. 1/2016, pág. 12; SÁNCHEZ LÓPEZ, C. “Extinción del uso de la vivienda familiar otorgado en sentencia de divorcio” en *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 106, 2020, pág. 17.

³⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24/10/2014, RJ/2014/5180, según la cual, “lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”.

³⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24/10/2014, RJ/2014/5180.

³⁹ AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución...”, cit., pág. 203.

⁴⁰ En este sentido STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 295/2020 de 12/06/2020, Roj: STS 1688/2020, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 95/2018 de 20/02/2018, Roj: STS 503/2018.

progenitores. Sin embargo, en este supuesto no es indiferente quién es el titular de la vivienda familiar, si es privativa de uno de los cónyuges, o de ambos, si tiene carácter ganancial o es de un tercero. Con lo cual, “habiendo paridad económica, y quedando garantizado el derecho de habitación de los hijos, debería atribuirse el uso al progenitor que fuera titular de la misma”⁴¹.

Así pues, puede ocurrir que se atribuya un uso alternativo de la vivienda familiar en el cual los menores permanecen en la vivienda familiar y son los progenitores quienes alternativamente la ocupan en función de los periodos de guarda asignados⁴², o se atribuya el uso exclusivo y temporal de la vivienda familiar a un progenitor, bien sea este el cónyuge con el interés más necesitado de protección⁴³ o el titular de la vivienda⁴⁴, debiendo disponer el otro progenitor de otra vivienda, por lo que en este caso los menores son quienes se desplazan a las viviendas en función de los periodos de guarda que correspondan a cada uno de sus progenitores.

2. Es posible imponer una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar en este supuesto, como ocurre en los supuestos del artículo 96.2 CC para los matrimonios sin hijos, como veremos a continuación, a diferencia de lo que

⁴¹ AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución...”, cit., pág. 203.

⁴² AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución...”, cit., pág. 205 “No obstante, esta solución es una fuente constante de conflictos económicos, cotidianos y emocionales entre los progenitores, por cuanto (i) exige un alto nivel de entendimiento entre ellos, en cuanto a la planificación de la organización de la intendencia domésticas (p. ej. en la entrega de la posesión de la vivienda en cada periodo, gastos de suministro, desperfectos ocasionados, etc.), la tolerancia recíproca acerca de las nuevas relaciones de pareja que puedan establecerse con terceros en dicha vivienda, o la necesidad de existencia de economías colaborativas; (ii) es necesaria la existencia de tres viviendas: la familiar (donde alternarán la custodia) y la particular de cada uno de los progenitores (que evidentemente serán infrautilizadas por estos), lo que supondrá más gastos de IBI, seguros, cuotas de comunidad, etc., que, indirectamente, acabará afectando negativamente en la prestación de alimentos o en la pensión compensatoria”.

⁴³ Según CHAPARRO MATAMOROS, P. “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España” en *Las crisis familiares: Tratado práctico interdisciplinar*, coord. por DE VERDA Y BEAMONTE, J, CHAPARRO MATAMOROS, P, MUÑOZ RODRIGO, G, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 280 “Otra de las fórmulas empleadas para ordenar el destino de la vivienda familiar en los casos en que se concede una guarda y custodia compartida es la de atribuir el uso de la misma al progenitor que tenga mayor necesidad de ella(...). Esta fórmula evita los posibles conflictos que puedan producirse entre los progenitores por continuar compartiendo una vivienda y sus vicisitudes, que, de ello no cabe duda, sigue suponiendo un nexo de unión cuando seguramente ellos no quieren tener ya nada en común. En cambio, y a diferencia de la anterior, a esta solución podría criticársele el hecho de desvincular a los hijos de su entorno vital durante el periodo de guarda del progenitor no usuario”.

⁴⁴ Según GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 196 “Otra solución posible para la atribución de la vivienda consiste en atribuir la vivienda familiar al cónyuge propietario del inmueble, siempre y cuando el otro cónyuge tenga cubierto el alojamiento, bien porque dispone de medios económicos para afrontar los gastos de otra vivienda o bien porque posee una vivienda de su propiedad, y así el derecho de los hijos a habitar una vivienda digna queda debidamente garantizado durante los periodos en los que se encuentren bajo la custodia de dicho cónyuge. Esta es la solución más respetuosa con los derechos dominicales del cónyuge titular”.

establece el artículo 96.1 CC primer párrafo para los casos de régimen de guarda y custodia exclusiva. Esto se debe a que, al no ser de aplicación el primer párrafo del artículo 96.1 CC, nos alejamos de la presunción *iuris et de iure* de ser el de los menores el interés más necesitado de protección y de la doctrina jurisprudencial que no permite la limitación de la atribución en la minoría de edad de los hijos, por lo cual, la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia compartida a uno de los progenitores debe hacerse por un período temporal que le permita organizarse en su nueva vida y obtener los recursos necesarios para poder afrontar la adquisición o alquiler de una nueva vivienda. De esta forma el titular o cotitular de la vivienda no verá mermados sus derechos dominicales⁴⁵.

2.2. A falta de hijos menores de edad. Atribución al cónyuge con el interés más necesitado de protección.

El artículo 96.2 del Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos en el matrimonio, a cuyo tenor, “podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”. De una interpretación literal, cabe entender que se aplicará este supuesto solamente cuando no existan hijos y cuando la vivienda familiar pertenezca en exclusiva a uno de los cónyuges. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman incluidos en este precepto también los supuestos en los que el matrimonio tiene hijos, pero estos ya no conviven con sus padres en la vivienda, y cuando, no habiéndolos, existe cotitularidad de la vivienda familiar o esta tiene carácter ganancial⁴⁶.

Según GALLARDO RODRÍGUEZ, “la regla general que establece el precepto consiste en atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge titular y, excepcionalmente, al cónyuge no titular, si se acredita que sobre él recae el interés más necesitado de protección. Esta excepción se desprende de la expresión ‘podrá acordarse’ del precepto, que le confiere al juez discrecionalidad para determinar, de acuerdo con las circunstancias que se produzcan en ese momento, si el cónyuge no titular tiene esa necesidad”⁴⁷. Por lo

⁴⁵ DELGADO SÁEZ, J. “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 295/2020, de 12 de junio: Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Ars Iuris Salmanticensis* Vol. 8(.2), 2020, pág. 332.

⁴⁶ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 280.

⁴⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 206.

tanto, deberá el cónyuge no titular probar que tiene el interés más necesitado de protección para que le sea atribuido el uso de la vivienda familiar, de lo contrario, será atribuido el uso al titular de la misma.

Cuando la vivienda familiar es ganancial o común de los cónyuges, a pesar de que los dos cónyuges sean titulares y ante el silencio del Código Civil para este supuesto, el Tribunal Supremo ha optado también por aplicar analógicamente este criterio⁴⁸, es decir, atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge (aunque titular) con el interés más necesitado de protección⁴⁹.

Si existen hijos mayores de edad, también se aplicará analógicamente este criterio para la atribución del uso de la vivienda familiar. Inicialmente, con la anterior redacción del artículo 96 CC, párrafo primero, no quedaba muy claro si en la atribución del uso de la vivienda familiar se encontraban incluidos tanto los hijos menores como los hijos mayores de edad o bien si se excluían estos últimos. El Tribunal Supremo se pronunció al respecto, fijando como doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC⁵⁰, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren

⁴⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2017 de 20/06/2017, RJ/2017/3060 “la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (sentencia 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273)). Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo tercero del art 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la sentencia 1067/1998, de 23 de noviembre (RJ 1998, 8752), consideró aplicable el art. 96 párrafo tercero cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y otras sentencias de esta sala así lo han venido entendiendo con posterioridad (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre y 707/2013, de 11 de noviembre)”.

⁴⁹ El Código Civil no establece cuáles son esas circunstancias a las que debe atender el juez para determinar cuál es el interés más necesitado de protección en este supuesto, con lo cual, se trata de un concepto jurídico indeterminado que deberá ser objeto de ponderación en cada caso. Según la SAP de Huelva (Sección 1ª) núm. 228/2013 de 28/11/2013 (JUR/2014/65054) se valorará “a) la situación económica y patrimonial de los cónyuges; b) las personas que aparte de uno de los cónyuges, en su caso, se verían obligadas a salir de la vivienda familiar; c) la posibilidad de uno y de otro de poder contar con otra vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento; d) la situación personal y laboral de cada uno de los afectados: estado de salud, edad, ayudas con las que cuenta, estabilidad en el empleo...; e) el tiempo que cada uno de ellos lleva ocupando la vivienda; f) el título por el que es ocupada la vivienda; g) si la vivienda es utilizada para el desarrollo del trabajo de alguno de ellos y como repercute su salida en tal cuestión, etc.”.

⁵⁰ Actual artículo 96.2 CC debido a la nueva redacción dada a este artículo por la Ley 8/2021.

aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”⁵¹. Por lo tanto, en el caso de existir hijos mayores de edad, se solucionará de acuerdo a lo previsto para el supuesto en el que no existan hijos, es decir, se atribuirá el uso de la vivienda familiar al cónyuge con el interés más necesitado de protección⁵².

Con la actual redacción del precepto, no se plantean dudas sobre a qué hijos se refiere el primer párrafo del artículo 96.1 CC, ya que se encarga de delimitar la atribución del uso de la vivienda familiar por ese criterio a los *hijos comunes menores de edad*. Añadiendo, para los hijos mayores de edad en el tercer párrafo del artículo 96.1 CC lo siguiente: “extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes”. Por lo cual, en la actualidad, los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica van a ver cubiertas sus necesidades de vivienda ya no por la atribución del uso de la vivienda familiar debido a que ésta tiene un carácter temporal y se extingue a la mayoría de edad del hijo, sino por la prestación de alimentos entre parientes⁵³.

Además, la Ley 8/2021 añade el párrafo segundo del artículo 96.1 CC en atención a los hijos en situación de discapacidad, según el cual, cuando existan hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparán a los hijos menores de edad que se hallen en la misma situación, con lo cual, se equiparan a lo establecido en el párrafo primero del artículo 96.1 CC para los hijos menores con situación de discapacidad⁵⁴.

⁵¹ STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 624/2011 de 05/09/2011 (RJ 2011/5667).

⁵² ORDÁS ALONSO, M. “Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° Extra 10, 2, 2019 pág. 44 “la mayoría de edad de los hijos coloca en situación de igualdad a los cónyuges ante el derecho de atribución de uso de la vivienda familiar, y ya no opera el derecho preferente que deriva de la atribución de guarda y custodia, sino el interés más necesitado de protección (art. 96 tercer párrafo CC), que debe justificarse y por un tiempo determinado”.

⁵³ Ya indicaba de esta manera el Tribunal Supremo en la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 624/2011 de 05/09/2011 (RJ 2011/5677) “tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

⁵⁴ GARCÍA MAYO, M. “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC” en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm.3, julio-septiembre, 2021, pág. 204.

IV. PARTICULARIDADES EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCEROS

Hasta el momento, se ha examinado la atribución del uso de la vivienda familiar, que atiende fundamentalmente al interés del menor y del cónyuge más necesitado de protección, y en el que la propiedad de la vivienda no es el factor primordial para la atribución. Sin embargo, puede ocurrir que la vivienda familiar que venían ocupando los cónyuges sea propiedad de un tercero, por lo cual, es necesario analizar como esta circunstancia puede afectar la atribución del uso de la vivienda familiar.

Si la vivienda familiar es propiedad de los cónyuges (o privativa de uno de ellos), dependiendo de la circunstancias familiares, se atribuirá el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores de edad, si se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva, o bien, al cónyuge con el interés más necesitado de protección si se establece un régimen de guarda y custodia compartida o no existen hijos menores de edad, obligando al otro cónyuge a soportar este uso hasta la mayoría de edad de los hijos comunes menores de edad, en el primer caso o hasta el límite temporal impuesto por el juez en el segundo. Sin embargo, cuando la vivienda familiar es propiedad de un tercero y su uso, según los criterios anteriores, es atribuido a uno de los cónyuges, el tercero propietario ¿se encuentra obligado a soportar el uso de la vivienda familiar por el beneficiario de la atribución en todo caso?, o bien ¿podrá el propietario recuperar la posesión de la vivienda en cualquier momento?

En relación a la vivienda familiar propiedad de tercero, serán objeto de análisis en el presente trabajo tres supuestos distintos, ya que puede ocurrir que se trate de una cesión gratuita por tercero del uso de la vivienda familiar, de la construcción de la vivienda familiar en suelo ajeno con el consentimiento del propietario o bien, que la vivienda familiar sea arrendada.

El estudio de dichas cuestiones hace necesario el análisis de la naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que nos encontraremos ante dos supuestos diferentes si la vivienda familiar es propiedad de los cónyuges, (o privativa de uno de ellos) o de un tercero. Además, tendrá incidencia a la hora de hacer valer la atribución del uso de la vivienda familiar por el excónyuge beneficiario de la atribución frente al propietario de la vivienda.

1. Naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda familiar

El Código Civil no establece cual es la naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda familiar, siendo una cuestión muy debatida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, sin tener a fecha de hoy una respuesta definitiva⁵⁵. Esta cuestión cobra especial relevancia cuando en el procedimiento matrimonial el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge que no es el propietario de la misma, separando el uso de la titularidad de la vivienda, con lo cual, surgen dudas sobre cuál es la naturaleza jurídica de ese uso⁵⁶.

Se ha discutido si el derecho de uso de la vivienda familiar constituye un derecho real de goce limitado, un derecho *sui generis* oponible a terceros o un derecho personal.

Un sector minoritario de la jurisprudencia señaló que la atribución del uso de la vivienda familiar es un derecho real de disfrute limitado, en cuanto a su contenido y duración, que puede coexistir con el derecho real pleno de dominio, calificándolo como un derecho de uso y habitación⁵⁷. Sin embargo, se ha tachado de impreciso ya que los derechos de uso y habitación a los que hace referencia son derechos reales autónomos, con lo cual, en todo caso podría ser alguno de los dos o ninguno, pero no los dos simultáneamente.

El derecho de uso es un derecho real de goce en cosa ajena regulado en el artículo 524.I CC, el cual permite a su titular usar la cosa ajena y percibir una parte de los frutos de la misma, pero sólo en atención a sus necesidades y las de su familia⁵⁸. Para ORDÁS ALONSO, “el principal problema al que se enfrenta la calificación del derecho de uso como derecho real no es otro que el hecho de que la atribución realizada al titular del derecho de uso es derivativa de modo y manera que no puede tener una posición más fuerte ni dotada de un contenido mayor que la que corresponde al titular por lo que si, por ejemplo, la vivienda era disfrutada por el matrimonio en virtud de un derecho de crédito, como un contrato arrendaticio, no es posible que la sentencia que atribuye el uso conceda un derecho de mayor entidad”⁵⁹. Por lo tanto, considerar la atribución del uso de la

⁵⁵ Como señala ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 33: “Controversia que, desde mi punto de vista, dista mucho de encontrarse cerrada en la actualidad”.

⁵⁶ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., págs. 91 y 92.

⁵⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20/05/1993, RJ/1993/3807.

⁵⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, Bercal, S.A., Madrid 2021. págs. 302 y 303.

⁵⁹ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., págs. 36 y 37.

vivienda familiar como un derecho real plantea problemas en el supuesto de que ninguno de los cónyuges ostente un derecho real sobre el inmueble. Poco después el Tribunal Supremo negó la naturaleza real de la atribución del uso de la vivienda familiar⁶⁰.

También en el inicio de los años 90, el Tribunal Supremo en la STS núm. 1149 de 11 de diciembre de 1992 calificaba la atribución del uso de la vivienda familiar como derecho *sui generis*, afirmando que “Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes (artículo 1.320 y artículo 96 ambos del Código civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario y disposición adicional 9ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio), que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, *no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa* y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral, aunque tomando en consideración que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión”⁶¹.

Adoptando la Sala en esta sentencia “la interpretación doctrinal que sostenía la naturaleza "sui generis" de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla, (...), de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la

⁶⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 366/1994 de 29/04/1994, RJ/1994/2945 establece que “el derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos no tienen en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda esta arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges”. Además en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1199/1994 de 31/12/1994, RJ/1994/10330 afirma que “la decisión judicial es oponible *erga omnes* aunque no generadora de un derecho real”.

⁶¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1149/1992 de 11/12/1992. RJ/1992/10136.

complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela”⁶².

En ese momento y bajo esa tesis, la atribución del uso de la vivienda familiar era configurado como un derecho *sui generis*, siendo oponible a terceros. Esto se traduce en una carga en el inmueble afecto al uso por su carácter de vivienda familiar, limitando indirectamente la facultad de disposición del propietario de la vivienda, ya que, si llegado el caso éste vendía la vivienda, y el derecho de uso se encontraba inscrito en el Registro de la Propiedad, el cónyuge beneficiario de la atribución podía continuar en la posesión de la vivienda de forma legítima, al ser oponible a terceros el derecho de uso. Por ende, el que adquiriese la vivienda se iba a ver abocado a soportar esa posesión, por lo tanto, podemos claramente observar como el derecho de propiedad cede ante la protección que se dispensa al interés familiar más necesitado de tutela.

Con el propósito de unificar la doctrina en torno a esta cuestión, el Pleno del Tribunal Supremo se pronunció en sus sentencias de 14 y 18 de enero de 2010, afirmando que la atribución del uso de la vivienda familiar otorgado mediante sentencia no es un derecho real, sino por el contrario un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde al interés familiar más necesitado de protección.

La STS de 14 de enero de 2010 inicia su argumentación reconociendo que “la jurisprudencia de esta Sala, no obstante, ha experimentado vacilaciones en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia y en cuanto a los efectos del mismo”⁶³, considerando necesario que el Pleno de la Sala 1ª, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie sobre la naturaleza de dicho derecho.

Así pues, una vez analizado el contenido del artículo 96 CC, continua diciendo que “de la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que 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

⁶² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1149/1992 de 11/12/1992. RJ/1992/10136.

⁶³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 859/2010 de 14/01/2010, Roj: STS 1849/2010.

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)”⁶⁴.

En conclusión, se aprecia que, si bien inicialmente la postura era determinar la atribución del uso de la vivienda familiar como un derecho de naturaleza real, a partir de las Sentencias de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo del año 2010, la naturaleza jurídica es la de un *derecho de carácter familiar, inscribible en el Registro de la Propiedad, siendo oponible a terceros*, como señala la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 10 de octubre de 2008, añadiendo que “en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH”⁶⁵. Con lo cual, el derecho al uso de la vivienda familiar, no inscrito, no perjudica a tercero de buena fe. Sin embargo, una vez inscrito “le serán de aplicación al derecho todos los principios reguladores de nuestro sistema hipotecario, entre los que se encuentra el de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria)”⁶⁶.

No obstante, para el caso de que la vivienda no sea propiedad de los cónyuges o de alguno de ellos, continua la STS de 14 de enero de 2010 afirmando lo siguiente: “La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a éste en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato” o bien “aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario”⁶⁷. Por lo tanto, a pesar de que la

⁶⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 859/2010 de 14/01/2010, Roj: STS 1849/2010.

⁶⁵ RDGRN de 10 de octubre 2008. En el mismo sentido se pronuncia MUÑOZ NAVARRO, A. “Inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad” en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, 2020, pág. 223.

⁶⁶ MUÑOZ NAVARRO, A. “Inscripción del derecho...”, cit., pág. 223.

⁶⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 859/2010 de 14/01/2010, Roj: STS 1849/2010.

naturaleza jurídica de la atribución del uso sea de carácter familiar, inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible a terceros, y de que el uso se haya atribuido por sentencia a uno de los cónyuges o al cónyuge con los hijos menores, va a ser relevante determinar en virtud de qué concepto se encontraba la familia poseyendo gratuitamente la vivienda, teniendo diferentes consecuencias frente al tercer propietario cuando pretenda éste recuperar la posesión, de acuerdo con la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así pues, en atención a la forma jurídica en la que se realice la cesión gratuita de la vivienda ¿cuenta el cónyuge beneficiario de la atribución del uso con algún título que le permita continuar en la posesión o podrá el propietario recuperar la vivienda al no existir título alguno?

2. Cesión gratuita del uso de la vivienda familiar.

2.1. Naturaleza de la cesión: Comodato o precario.

Puede ocurrir que la vivienda familiar que venían habitando los cónyuges o la pareja no sea propiedad de ninguno de ellos, sino que haya sido cedida gratuitamente por un tercero para que sirva de vivienda al cesionario y a su familia. Es frecuente en la práctica que, a consecuencia de la situación económica actual, sean los padres de uno de los cónyuges o pareja quienes cedan a título gratuito una vivienda de su propiedad para que sea utilizada por ellos, sin hacer mención expresa a plazo, duración o uso específico⁶⁸.

Normalmente, mientras se mantenga la convivencia de la unidad familiar, no se plantearán problemas en cuanto al uso de la vivienda cedida, ya que ambos cónyuges disfrutan de la misma gracias a la generosidad y el beneplácito de su propietario. Sin embargo, los conflictos aparecen una vez se produce la crisis matrimonial y el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge no cesionario, y en su caso, a los hijos comunes, en aplicación de lo establecido en el artículo 96 CC. Ante esta situación, los propietarios de la vivienda podrían plantearse ejercitar acciones para recuperar la posesión del citado inmueble.

⁶⁸ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. “La atribución de la vivienda familiar: Estudio jurisprudencial en caso de cesión por terceros ajenos al vínculo matrimonial”, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, coord. por Juan Antonio Robles Garzón, 2017, pág. 244. “nos encontramos ante un inmueble cuya titularidad real pertenece a los padres de uno de los cónyuges y que ceden al matrimonio en sus inicios sin hacer mención expresa a plazo, duración o uso específico. Sin embargo, de la casuística analizada se deduce que la cesión se realiza con la finalidad de servir de vivienda al cesionario y su familia”.

A falta de regulación de este supuesto por el artículo 96 CC, “durante años se ha generado un largo debate sobre si dicha cesión de uso constituye una situación de precario o de comodato, pues existen diversos criterios no coincidentes sobre la calificación jurídica de la cesión (entre cedentes y cesionarios) en la jurisprudencia menor, e incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”⁶⁹. Por lo tanto, la principal dificultad de este supuesto se centra en “determinar el título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble y la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal o la unión de hecho, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges, que opone dicho derecho frente al propietario que solicita el desalojo”⁷⁰.

Así pues, la jurisprudencia ha vacilado durante años sobre qué tipo de relación jurídica constituye la cesión gratuita de la vivienda efectuada por el tercero a los cónyuges o pareja, manteniendo dos posturas: por un lado, la tesis del precario, que sostiene que la mera cesión del uso gratuito de la vivienda y sin otras condiciones se debe a la mera tolerancia de los dueños; por otro, que, habiéndose cedido el inmueble para un uso determinado como es el desarrollo de la vida conyugal, la relación jurídica existente es la de un comodato.

El comodato es uno de los dos tipos de contrato de préstamo, en el cual, una de las partes (comodante), entrega a la otra (comodatario), alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, según lo establecido en el artículo 1740 CC. Se caracteriza por ser un contrato esencialmente gratuito y de duración temporal. A tenor de lo establecido en los artículos 1749 y 1750 CC, la duración del comodato puede venir fijada por pacto entre las partes. Si nada pactan las partes, será la que resulte del uso al que se destina la cosa dada en comodato o, en su defecto, la que derive de la costumbre de la tierra, no pudiendo el comodante reclamar la cosa prestada hasta que se concluya el uso para el que se prestó, salvo que tuviese urgente necesidad.

Por su parte, el precario es una figura sobre la cual apenas existe regulación, encontrando sólo referentes normativos en el artículo 250.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 1750 del Código Civil. Por ello, ante la falta de una definición legal, ha sido la jurisprudencia quien ha construido el concepto de precario,

⁶⁹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 275.

⁷⁰ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 477.

afirmando que “se encuentran en precario los que sin pagar merced poseen una finca sin título o con título ineficaz para destruir el del dueño, y sin otra razón que la simple tolerancia o liberalidad del propietario”⁷¹.

Según DELGADO SAEZ, “el concepto dado por la doctrina del Tribunal Supremo, actualmente, es una definición amplia de precario. Se considera que existe precario en aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho a ello, es decir, aquellos que sin pagar renta ni merced tienen la posesión de un inmueble sin otro título que la mera tolerancia del dueño, y ello porque nunca lo han tenido para justificar el goce o posesión de la cosa o, porque habiéndolo tenido en tiempo anterior ha perdido su eficacia”⁷².

Por lo tanto, si bien es cierto que tanto el comodato como el precario comparten notas de posesión y gratuidad⁷³, su principal diferencia es en cuanto a duración, aspecto que tiene influencia en la posibilidad de reclamar la cosa por el propietario, ya que, si nos encontramos ante un precario, podrá reclamarla a su voluntad, en cualquier momento y sin alegar causa alguna, pero si se trata de un comodato, deberá acreditar urgente necesidad el comodante para poder reclamar la cosa antes de que haya concluido el uso para el que se entregó. Así pues, cuando el propietario reclama la posesión de la vivienda, argumentará que la cesión se realizó en precario, ya que es la postura más favorable a la recuperación de la posesión al permitirle reclamarla a su voluntad. Sin embargo, el cónyuge beneficiario de la atribución del uso se defenderá de la reclamación esgrimiendo que la atribución del uso de la vivienda familiar es oponible a terceros, además de ser el suyo y el de los hijos, si fuera el caso, el interés más necesitado de protección, y argumentará que la cesión de la vivienda se realizó en un contrato de comodato, al ser la figura que más ayudará a su interés de mantenerse en la vivienda.

⁷¹ STS (Sala de lo Civil) de 30/10/1986, RJ/1986/6017 “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”. En el mismo sentido STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 110/2013 de 28/02/2013 (RJ/2013/2162), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 557/2013, de 19/09/2013 (RJ/2013/7428), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 545/2014 de 01/10/2014 (RJ/2014/4613), STS núm. 134/2017 de 28/02/2017 (RJ/2017/605) STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 502/2021 de 07/07/2021 (RJ/2021/3258).

⁷² DELGADO SAEZ, J. “Cesión gratuita de vivienda familiar, tras la crisis matrimonial ¿Comodato o Precario?”, en *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial* núm. 5, 2015, pág. 128.

⁷³ GARCÍA MAYO, M. “Crisis familiar y vivienda propiedad de tercero” en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, 2020, pág. 412.

La clave, según GARCÍA MAYO, para conocer si en el supuesto de hecho en el que nos encontramos -padres que ceden el uso de un inmueble a uno de los hijos para que constituya en ella la vivienda familiar- existe un contrato de comodato o un simple precario, es atender a si la duración venia fijada de alguno de los tres modos recogidos en el artículo 1750 CC. La primera forma para fijar la duración es el pacto expreso entre las partes, que podrá realizarse bien sea pactándose la fecha exacta en la que concluirá el comodato o siendo objetivamente determinable el plazo sin necesidad de nuevo acuerdo, ya sea porque se hace depender su duración de la concurrencia de determinadas circunstancias o de un acontecimiento futuro que necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo⁷⁴. Los otros modos de fijar la duración del comodato son: a través del uso concreto y determinado al que ha de destinarse la cosa prestada o a través de la costumbre de la tierra. Con lo cual, existirá contrato de comodato si se pactó entre las partes la duración de la cesión de la vivienda, o bien dicha duración puede determinarse objetivamente, o se desprende del uso de la cosa prestada o de la costumbre de la tierra.

Sin embargo, en el supuesto de hecho que nos ocupa, no es habitual que las partes pacten de forma expresa un plazo determinado para la cesión y tampoco existe una costumbre de la tierra en virtud de la cual poder fijar la duración. Por ello, solo nos quedaría que la duración viniese fijada por el uso al que ha de destinarse la cosa prestada, para considerar que la cesión gratuita constituye un contrato de comodato. No obstante, no se trata de un uso cualquiera, tiene que ser un uso específico⁷⁵, no el genérico y propio de la cosa. Por lo tanto, el gran interrogante es si la cesión gratuita del inmueble con el fin de satisfacer la necesidad familiar de vivienda, puede considerarse un uso preciso y determinado, dando lugar a un comodato o bien, por el contrario, es el uso genérico y propio de la cosa y, por lo tanto, solo cabe el precario⁷⁶. Este interrogante es el que se ha encargado de resolver el Tribunal Supremo, como se analizará a continuación.

2.2. Evolución jurisprudencial.

Fueron dos las sentencias que marcaron el inicio de esta discusión, la STS de 2 de diciembre de 1992 y la STS de 31 de diciembre de 1994. “Ambas sentencias están

⁷⁴ GARCÍA MAYO, M. “Crisis familiar y...”, cit., pág. 414 “no se entenderá, en cambio, que existe una delimitación temporal cuando la duración dependa de una condición resolutoria, que puede suceder o no (v. gr. Cesión del uso de la vivienda con finalización si se produce la ruptura matrimonial), pues no hay una limitación temporal, por lo que no se puede entender la existencia de comodato”.

⁷⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 910/2008 de 02/10/2008, Roj: STS 4872/2008.

⁷⁶ GARCÍA MAYO, M. “Crisis familiar y...”, cit., págs. 414 y 415.

pronunciadas por la misma sala y mantienen tesis contrarias sobre la calificación de la relación jurídica entre el propietario que cede gratuitamente la vivienda y el usuario de la misma”⁷⁷. Sin embargo, cabe traer a colación la STS de 30 de noviembre de 1964 que constituye un precedente en la materia, al afirmar que “aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el Derecho Romano le configuraba, que cesará cuando a él quieran ponerle fin, el cedente o el cesionario”. Concluyendo que “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*”⁷⁸. En el supuesto de esta sentencia se discutía si, de la cesión de vivienda al hijo del propietario al contraer matrimonio podía extraerse la existencia de un derecho de habitación, o por el contrario, se trataba de una situación de precario, el Tribunal Supremo descarta la existencia de ningún tipo de derecho, en tanto no existe documento, ni negocio jurídico alguno, optando por calificar la situación como precario.

No obstante, en la STS de 2 de diciembre de 1992, el Tribunal Supremo cambia de criterio, entendiendo que la cesión del inmueble constituye un comodato porque el motivo o causa de la cesión es el de servir de vivienda, añadiendo que “en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del Código Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la «necesidad urgente» de los dueños para recuperar el piso”⁷⁹. Según GARCÍA MAYO, “el Tribunal, en aras de proteger, por encima de todo,

⁷⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 284.

⁷⁸ STS (Sala de lo Civil) 30/11/1964, RJ/1964/5552.

⁷⁹ STS (Sala de lo Civil) 02/12/1992 (RJ 1992/10250). El supuesto de hecho de esta sentencia versa sobre la cesión de una vivienda propiedad de los padres a un hijo para que viviese allí con su mujer e hija. Sobreviene la crisis matrimonial y los cónyuges se divorcian de mutuo acuerdo, homologando el juez el convenio regulador por el cual se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa y la hija. Los padres

a la familia y la vivienda familiar, acude a un título -el comodato-, amparado en un uso, al que considera concreto y determinado, que es, cuanto menos, discutible, pero que le sirve a fin de evitar el inevitable lanzamiento que conlleva la confirmación del precario”⁸⁰.

Por lo cual, si bien es cierto que inicialmente el Tribunal Supremo entendía que este supuesto solo podía calificarse como precario por ser lo menos gravoso para quien altruistamente cedía el piso, posteriormente cambia de criterio y atendiendo al uso para el que se destina la cosa prestada -satisfacer la necesidad habitacional de la familia- entiende que nos encontramos ante un uso concreto y determinado, que no desaparece porque se produzca la crisis matrimonial, concluyendo que se trata de un contrato de comodato, con independencia de que se hubiera fijado o no un plazo para el uso. Esta nueva línea jurisprudencial fue seguida con posterioridad por numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales⁸¹. Sin embargo, otras se seguían pronunciando a favor de la calificación como precario de la cesión gratuita de la vivienda⁸².

Dos años después, en la STS núm. 1199/1994 de 31 de diciembre, vuelve el Tribunal Supremo a su postura inicial entendiendo que “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 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”⁸³.

del marido reclaman la propiedad a su exnuera, pero ante la negativa de esta, emprenden medidas judiciales solicitando que se desaloje la vivienda.

⁸⁰ GARCÍA MAYO, M. “Crisis familiar y...”, cit., pág. 417.

⁸¹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 288, pie de página 690. Pueden verse un gran número de sentencias que se pronuncian a favor de la existencia de un comodato.

⁸² Véase ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 478, pie de página 22 para conocer más sentencias que califican este supuesto como precario.

⁸³ STS (Sala de lo Civil) núm. 1199/1994 de 31/12/1994, RJ/1994/10330. En este caso, se trata de un padre que cede una vivienda de su propiedad a un hijo para que viva en ella con su esposa e hija. Tras la ruptura

No fue hasta la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1022/2005 de 26 de diciembre de 2005, cuando se unificó la doctrina jurisprudencial, tratando de evitar las contradicciones existentes entre las Audiencias Provinciales e incluso en el propio Tribunal Supremo.

Inicia su razonamiento, reconociendo que este problema ha sido objeto de discusión, debido a la falta de concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer. Por lo que argumenta que “para solucionar aquellas reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, habrá que examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de este contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista”⁸⁴.

Resume esta sentencia muy claramente el supuesto entendiendo 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. Por lo tanto, cuando exista un contrato,

matrimonial, el juez atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, con lo cual, el propietario reclama la recuperación de la posesión de la vivienda ante los tribunales.

⁸⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1022/2005 de 26/12/2005, Roj: STS 7530/2005. La sentencia resuelve sobre un supuesto en el cual, un padre cedió de forma gratuita a su hijo una vivienda de su propiedad cuando contrajo matrimonio para que la habitase en ella con su esposa. La cesión se realiza sin que exista documento alguno. Sobrevenida la crisis matrimonial, el juez homologa el convenio regulador por el cual se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa. Ante esta situación, el propietario de la vivienda quiere recuperar la vivienda por lo cual interpone primero una acción de desahucio por precario que fue desestimada por lo que interpone acción reivindicatoria pidiendo que se declare su dominio sobre la vivienda y que se le condene a su exnuera a dejar la vivienda a su disposición.

que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario”⁸⁵.

En la misma línea, la STS núm. 910/2008 de 2 de octubre de 2008⁸⁶ afirma que la sentencia de 26 de diciembre de 2005 sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. Por lo que, basándose en aquella, establece reglas de aplicación con el fin de dilucidar en el caso concreto si se trata de un contrato de comodato o bien de un simple precario, de las que cabe resaltar: en primer lugar, es necesario realizar un análisis a la relación jurídica preexistente entre el cedente y el cesionario con el fin de determinar la existencia o no de un contrato y en particular de un comodato. Si existe el contrato de comodato, se aplicarán las normas del mismo, con lo cual, el propietario de la vivienda solo podrá recuperar la posesión una vez concluido el uso para el que se prestó o antes si tuviere urgente necesidad. Si del análisis no se desprende la existencia de un contrato, se entenderá que se trata de un precario, permitiendo al propietario reclamar la posesión en cualquier momento.

En segundo lugar, cuando la relación contractual no conste de manera clara, se atenderá a los actos tácitos de las partes, por lo cual, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si la vivienda fue cedida para un uso concreto o determinado, que, en este caso, puede consistir en “la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar”. Sin embargo, este uso específico cesará en el momento en el que se rompe la convivencia conyugal, ya que, si el uso para el que se ha cedido la vivienda es el de satisfacer la necesidad habitacional de la familia, éste desaparece con la separación o el divorcio, encontrándose el cónyuge beneficiado con la atribución del uso de la vivienda familiar, desde la ruptura de la convivencia conyugal, en una situación de precario⁸⁷.

⁸⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1022/2005 de 26/12/2005, Roj: STS 7530/2005.

⁸⁶ El supuesto de hecho que resuelve esta sentencia es el de unos padres que ceden una vivienda de su propiedad a su hijo y a la esposa de este para que constituyan el hogar conyugal y familiar, sin contraprestación y sin limitación temporal. Cuando se produce la crisis matrimonial, el juez atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa, por lo cual, ante esta situación, los propietarios reclaman la devolución de la vivienda, interponiendo una acción de desahucio por precario.

⁸⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 910/2008 de 02/10/2008, Roj: STS 4872/2008, FJ 2º “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

En tercer lugar, señala el Tribunal Supremo que la atribución del uso de la vivienda familiar por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, más no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio, que no son parte del procedimiento judicial -porque no pueden serlo- ya que la resolución judicial por la que se atribuye el uso de la vivienda familiar “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”⁸⁸. Por lo tanto, vemos como se analiza el supuesto desde la perspectiva del derecho de propiedad y no del derecho de familia cuando la vivienda familiar es propiedad de un tercero⁸⁹. Como veíamos en el apartado relativo a la naturaleza jurídica, la atribución del uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros, sin embargo, en esta sentencia se encarga el Tribunal Supremo de delimitar esa oponibilidad, al establecer que será oponible entre los cónyuges, pero no puede afectar a terceros ajenos al vínculo matrimonial, ya que sería obligarles a satisfacer necesidades familiares que no les corresponden.

Finalmente, esta sentencia fija 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

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”.

⁸⁸ Emplea en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo una argumentación similar para justificar en estos supuestos la situación de precario: “la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible 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”.

⁸⁹ En este sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil) núm. 861/2009 de 18/01/2010 (Roj: STS 776/2010). “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”.

familiar, por resolución judicial”⁹⁰. Por lo tanto, en el supuesto de hecho en el que nos encontramos, donde los padres u otros terceros ceden a los cónyuges una vivienda para que constante matrimonio la utilicen como vivienda familiar, sin hacer mención a plazo o uso, en palabras de RUBIO TORRANO, “parece que el Tribunal Supremo sostiene, en estas sentencias, que aunque hubiese comodato, el uso determinado al que se refiere el artículo 1750 CC se encuentra vinculado a la permanencia del hijo del comodante y propietario, de ahí que la salida del mismo del hasta entonces hogar familiar suponga la extinción del comodato por finalización del uso. Tal razonamiento resulta correcto, si bien sólo es válido en la medida en que la cesión gratuita de la vivienda fuese inicialmente comodato; si, en cambio, se cedió al hijo en precario desde el principio, el poseedor posterior -cabalmente, su esposa- seguirá igualmente en precario”⁹¹, por lo cual podrá el propietario recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges⁹².

Llama la atención la STS de 18 de enero de 2010, al tratarse de un supuesto donde uno de los cónyuges es propietario de la vivienda y aun así se aplica la doctrina jurisprudencial enunciada con anterioridad. Se trata de unos hermanos propietarios de la vivienda en pro indiviso, donde, por acuerdo de estos, uno de ellos al contraer matrimonio establece allí su domicilio conyugal. Sobreviene la crisis matrimonial y es atribuido el

⁹⁰ En el mismo sentido, STS núm. 1025/2008 de 29/10/2008, Roj: STS 5636/2008. STS núm. 1077/2008 de 13/11/2008, Roj: STS 5823/2008. STS núm. 653/2009 de 22/10/2009, Roj: STS 6321/2009. STS núm. 443/2010 de 14/07/2010, Roj: STS 3886/2010. STS núm. 178/2011 de 18/03/2011, Roj: STS 1801/2011. STS núm. 299/2011 de 30/04/2011, Roj: STS 2452/2011. STS núm. 160/2013 de 14/03/2013, Roj: STS 1045/2013, entre otras.

⁹¹ RUBIO TORRANO, E. “Cesión gratuita de vivienda ¿comodato o precario? La jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)”, en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 2, 2010, pág. 3.

⁹² A este respecto, cabe traer a colación la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 859/2010 de 14/01/2010 Roj: STS 1849/2010, en la cual el Tribunal Supremo dedica su fundamento jurídico tercero a unificar doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza y efectos de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges al amparo del artículo 96 CC, en el sentido siguiente: “Estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que *el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges*, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista”.

uso de la vivienda familiar a la esposa del propietario, por lo cual, la otra propietaria ejerce la acción de desahucio por precario con el fin de recuperar la vivienda.

Destaca esta sentencia que “en la realidad se están planteando supuestos más complejos que los que inicialmente llegaban a los Tribunales, que se limitaban a la típica cesión de una vivienda a título gratuito, por el progenitor de uno de los cónyuges. La sentencia de 30 de junio de 2009 se refería a la cesión de uso de una vivienda a título gratuito efectuada entre dos hermanas y en el actual litigio, se trata de la cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos. Resulta, por tanto, necesario fijar criterios para facilitar la decisión en los diferentes casos posibles”⁹³.

En este sentido, razona la sentencia que la excónyuge beneficiaria de la atribución del uso de la vivienda familiar no tiene título que la legitime a continuar ostentando la posesión de la vivienda, ya que existe una situación de precario, como se ha venido argumentando por la jurisprudencia, afirmando que “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 (SSTS de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008 y 30 junio 2009). 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”⁹⁴.

En resumen, el Tribunal Supremo entiende que el cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar por sentencia se encuentra en una situación de precario, ignorando que el otro cónyuge es copropietario de la vivienda, y que ha mediado acuerdo

⁹³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 861/2009 de 18/01/2010 Roj: STS 776/2010.

⁹⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 861/2009 de 18/01/2010 Roj: STS 776/2010.

entre los propietarios para que uno de ellos utilice la vivienda, habilitando a la copropietaria para ejercer la acción de desahucio y recuperar la posesión⁹⁵.

Después de todo lo examinado, cabe concluir que “hoy en día es una cuestión indiscutible en la jurisprudencia que cualquiera de estas cesiones da lugar a una mera tenencia, posesión tolerada a la que puede poner fin el cedente a tenor de su voluntad, máxime cuando el matrimonio ha llegado a su fin y el inmueble ha sido adjudicado al cesionario al que no le unía vínculo de parentesco alguno”⁹⁶, con lo cual, según ORDÁS ALONSO, a día de hoy cabe afirmar con rotundidad que ha vencido el derecho de propiedad⁹⁷. Sin embargo, como se verá a continuación, recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de construcción en suelo ajeno de la vivienda familiar, podrían resultar aplicables también a la vivienda cedida en precario y, por tanto, a la recuperación de la posesión de la vivienda.

⁹⁵ Argumenta el Tribunal Supremo en esta sentencia que todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad, ya que, “de acuerdo con el Artículo 445 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. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el art. 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D^a Amparo por haberla cedido a su hermano. Del art. 445 CC 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. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello 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”. Sin embargo, existe en esta sentencia un voto particular formulado por los Magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O’Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller, en el cual afirman que “Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (artículo 394 del Código civil) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. Esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio. En consecuencia, no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios”.

⁹⁶ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. “La atribución de la vivienda...”, cit., pág. 258.

⁹⁷ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 503.

3. Construcción de la vivienda familiar en suelo ajeno

3.1. Aplicación de las normas de la accesión inmobiliaria a las construcciones toleradas en suelo ajeno. La buena o mala fe de los intervinientes.

A diferencia del supuesto anterior donde el tercero cede una vivienda finalizada para el uso como vivienda familiar, en este caso nos encontramos con la cesión gratuita de un suelo o de una construcción preexistente inacabada o en estado de ruina, usualmente propiedad de un familiar, para que los cónyuges construyan ahí su futura vivienda familiar. Con lo cual, puede ocurrir que se realice la construcción íntegra de la vivienda familiar en suelo ajeno o se lleve a cabo la rehabilitación o reconstrucción de una construcción ajena con el fin de adecuarla para su uso como vivienda familiar.

En la práctica, es frecuente que dichas obras sean realizadas y abonadas por los cónyuges o miembros de la pareja y que el suelo o la edificación preexistente sea propiedad de los padres de alguno de estos. Sin embargo, cuando surge la crisis matrimonial o ruptura de pareja, y se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge o miembro de la pareja que no se encuentra unido por vínculo de consanguinidad con el cedente, es cuando esta realidad resulta especialmente problemática ya que, el propietario del suelo o de la edificación preexistente pretenderá la recuperación de la posesión con el consecuente desahucio del ocupante del inmueble, surgiendo un conflicto de intereses entre el edificante/beneficiario de la atribución del uso y aquel.

Con lo cual, en este apartado se estudiarán los problemas que plantea la realización de obras por los cónyuges o miembros de la pareja en el suelo o edificación de otro familiar para la construcción de la vivienda familiar, y su incidencia en la recuperación de la posesión por el propietario del suelo o de la construcción preexistente.

Según SANTANA NAVARRO “La relativa facilidad con la que se resuelve la restitución de la posesión de viviendas cedidas gratuitamente contrasta con las dificultades o inconvenientes que conlleva la edificación por parte de los poseedores en un suelo o edificación preexistente de los padres o parientes de uno de ellos. Resulta más dificultosa la recuperación posesoria en estos casos al no tener por objeto, en puridad, algo entregado por el poseedor anterior, sino una construcción realizada por el actual, ya sea sobre un suelo cedido previamente o sobre una edificación originaria que será

posteriormente modificada”⁹⁸. Por lo cual, a diferencia del anterior supuesto donde el propietario del inmueble podía recuperar la vivienda al encontrarse esta cedida en precario, en este supuesto, la solución no se detiene solo en esta calificación, ya que, la construcción sobre un suelo o edificación ajena nos plantea la posibilidad de que se apliquen las normas de la accesión de bienes inmuebles. (arts. 358 y ss CC).

La accesión se encuentra definida en el Código Civil por el artículo 353⁹⁹, configurándose como un modo de adquirir¹⁰⁰ que “permite que el derecho de propiedad sobre una cosa sea la causa que permita la adquisición de otra u otras unidas a ella por obra de la naturaleza o del hombre”¹⁰¹.

Para el caso de construcción en suelo ajeno, según el artículo 358 CC, será el propietario del suelo quien adquiera por accesión todo lo edificado en su terreno, además

⁹⁸ SANTANA NAVARRO, F. “La accesión en el ámbito familiar”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 97, núm. 785, 2021, pág. 1515.

⁹⁹ Según DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 277 “El llamado ‘derecho de accesión’, según lo delinea nuestro CC, tiene dos manifestaciones fundamentales. La primera es el derecho del propietario para hacer suyos los frutos o productos de una cosa (cfr. art. 353 CC: ‘la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen’). La segunda es el derecho del propietario de una cosa de hacer suyas determinadas cosas ajenas, cuando éstas se unen con la suya o llegan a formar con ella un todo inseparable (cfr. art. 353 CC: ‘La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ... se les une o incorpora natural o artificialmente’). Esta última hipótesis es la que los autores suelen denominar ‘accesión en sentido estricto’”.

¹⁰⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho...cit.*, págs. 281-282 “Una gran parte de la doctrina entiende que la accesión es un modo de adquirir la propiedad. La idea dominante en este punto de vista es que la figura de la accesión supone, ante todo, una adquisición de un nuevo derecho de propiedad sobre el todo resultante de la unión de dos cosas inseparables. (...) Según esta idea, la accesión sería un modo unitario de adquisición por el dueño de una cosa considerada como principal respecto de todo aquello que viene a unirse o a incorporarse a esta cosa de una manera inseparable. (...) El segundo de los caminos emprendidos por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de la accesión como figura unitaria, es la idea de ‘derecho de accesión’. (...) Según esta idea, la accesión sería un derecho subjetivo, quizá mejor una facultad que forma parte integrante del contenido del derecho subjetivo de propiedad. Esta facultad tendría por objeto una ampliación de la base objetiva del propio derecho respecto de todo aquello que queda unido a la cosa objeto del mismo inseparablemente. Mas también esta idea del derecho de accesión o de la facultad de accesión debe rechazarse. Un derecho subjetivo o una facultad jurídica son ante todo formas de poder jurídico, cuyo ejercicio y defensa quedan confiadas al arbitrio de la persona. Para que la accesión fuese un derecho o una facultad del propietario tendría que existir un poder de la persona de provocar una expansión en su propio dominio. Y en la mayor parte de los casos no existe esto. O bien se trata de fenómenos puramente mecánicos, en los cuales la decisión personal no juega ningún papel (aluvión, avulsión, etcétera), o bien se trata de actos en que si interviene originariamente la voluntad del hombre (v.gr., la edificación en terreno ajeno), el acto de voluntad no es valorado como ejercicio de un poder (el edificante, en rigor, comete un acto objetivamente ilícito al invadir terreno ajeno). Y cuando se atribuye al interesado un poder de decidir sobre la situación jurídica, este poder tiene contenido muy diverso: hacer suya la obra, destruirla, ser indemnizado, reivindicar los árboles arrancados, etc.”. Además, según BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Manual de Derecho... cit.*, pág. 212 “Lo cierto es que se trata de una discusión que carece de consecuencia jurídica alguna, siendo compatible la accesión tanto con la idea de la adquisición del dominio como de las facultades del propietario”.

¹⁰¹ GARCÍA ABURUZA, M.P. “Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2021, pág. 2.

de las mejoras o reparaciones realizadas en el mismo. Con lo cual, diferentes tipos de obras en suelo ajeno darán lugar a la accesión. Según ELIZARI URTASUN “la doctrina que ha estudiado el régimen de la accesión del Código Civil coincide en admitir un concepto amplio de construcción, no necesariamente identificada con edificios, pudiendo constituir cualquier tipo de unión material de bienes muebles a un inmueble mediante cualquier clase de obra o construcción, siendo el elemento esencial no tanto la definición de obra o edificación, sino que se trate de elementos fijados indisolublemente al suelo”¹⁰². Además, se admite que la edificación pueda ser absolutamente nueva o sustituir a una antigua, incluyéndose, según DÍEZ-PICAZO, dentro del concepto amplio que nuestro CC parece profesar, el concepto de reparación, que supone la reforma de carácter conservativo, y la ampliación de una edificación ya existente.¹⁰³ Por todo ello, se admite un concepto amplio, utilizando construcción para referirse a la edificación, la reedificación y la reparación.

No obstante, la adquisición de la construcción por el propietario del suelo no es automática: para que el dueño del suelo adquiera lo edificado en su terreno deberá ejercer el derecho de opción recogido en el artículo 361 CC y abonar la indemnización, siempre que el edificante sea de buena fe, ya que para el caso de mala fe, se estará a lo dispuesto en los artículos 362 a 364 CC. Por lo tanto, “para solucionar el conflicto que surge por la construcción en terreno ajeno el texto legal adopta como punto de partida el principio *superficies solo cedit* (artículo 358 CC) y lo completa como elemento decisivo con la buena o mala fe de los sujetos implicados. De esta forma surgen tres combinaciones posibles: la construcción en suelo ajeno efectuada de buena fe, la construcción en suelo ajeno de mala fe, y la construcción efectuada tanto de mala fe del edificante como del dueño del suelo”¹⁰⁴.

¹⁰² ELIZARI URTASUN, L. *La accesión inmobiliaria...*, cit., pág. 37. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho...*cit., págs. 296-297 “En principio, no cabe duda de que bajo el nombre de edificación, construcción u obra, el Código se está refiriendo a toda actividad por virtud de la cual se incorpora al suelo, de forma fija y permanente, una nueva instalación, que puede ser lo que en sentido vulgar conocemos por edificio como construcción de fábrica hecha para habitación o usos análogos con materiales sólidos y duraderos, pero que puede ser también cualquier otra instalación, aunque su finalidad no sea aquella. Lo importante es que se incorpore al suelo y se integre con él”.

¹⁰³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho...*cit., pág. 297. ELIZARI URTASUN, L. *La accesión inmobiliaria...*, cit., pág. 38 “En la jurisprudencia no parece existir obstáculo para incluir en el ámbito de la accesión las obras de reparación o reedificación de construcciones existentes, que se ha aplicado, así, a la realización de diversas obras en una vivienda (embaldosado de habitaciones, instalación de puertas de madera, instalación de una cocina, obras de empalme al alcantarillado y cerramiento a la fosa séptica, construcción de un aseo, ampliación de las habitaciones)”.

¹⁰⁴ ELIZARI URTASUN, L. *La accesión inmobiliaria: La problemática de la construcción en suelo ajeno*. Aranzadi, 2021, pág. 57.

Si los excónyuges que edificaron en suelo ajeno han construido de buena fe, el artículo 361 CC establece que el dueño del terreno podrá hacer suya la obra, previa indemnización al edificante, o bien podrá obligar al edificante a pagarle el precio del terreno¹⁰⁵. Si optase el propietario del suelo por indemnizar al edificante, deberá hacerlo de acuerdo a lo establecido en los artículos 453 y 454 del Código Civil, favoreciendo esta remisión al edificante de buena fe, ya que le otorga un derecho de retención de la cosa hasta el pago de la indemnización. Sin embargo, si el edificante construye de mala fe, perderá lo edificado, sin derecho a indemnización y el dueño del terreno podrá exigirle la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado inicial.

Por lo tanto, resulta relevante determinar qué debemos entender por buena fe en la accesión, ya que, definirá el destino de lo construido en suelo ajeno. Para DÍEZ-PICAZO la buena fe en materia de accesión “significa que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena ignora por error inexcusable el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud. En definitiva significa esto: que el que edifica, planta o siembra en terreno ajeno (...), ignora por error excusable que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, cree tener sobre ellas un derecho que le permite realizar aquellos actos”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ STS núm. 63/2006 de 09/02/2006, (Roj: 386/2006) “La STS de 31 de diciembre de 1987 ha sentado que el artículo 361 del Código Civil previene que el dueño del terreno en que se edificase o sembrase de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del propio Código, o a obligar al que edificó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró la renta correspondiente, lo cual interpretado no sólo en su sentido literal sino en el de que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código (SSTS de 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957)”. Según SANTANA NAVARRO F. “La accesión en el ámbito familiar...”, cit., págs. 1521 y 1522 “La jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria estiman que, mientras no se ejercite tal opción, existirá una propiedad dividida, al no ser automática la adquisición por el dueño del terreno de la propiedad de lo construido. De modo diáfano la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1987 señaló: ‘la res nova que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado, un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361 del Código civil’. Así pues, existe una situación intermedia que supone la presencia de dos propiedades separadas: por un lado, el tercero es poseedor de buena fe del terreno, pero además ostenta un derecho de propiedad sobre la obra, pero no sobre el suelo, que sigue perteneciendo a su propietario originario. Es la llamada teoría de la propiedad o dominio separado que se ha impuesto. Según ella, mientras no se ejercite la opción prevista en el artículo 361 del Código civil el propietario del suelo no podrá ejercitar acción reivindicatoria sobre lo construido. En cambio, de acuerdo con la denominada teoría de la accesión automática por el dueño del terreno, sostenida por una minoría, la indemnización no estaría referida a la adquisición de la propiedad de lo edificado, sino de su posesión, de ahí la remisión al artículo 453 del Código civil que hace el artículo 361. ALONSO PÉREZ, defensor de esta tesis, se fundamenta en los antecedentes del Derecho Romano y Las Partidas que, para el autor, suponen ‘la accesión automática por la sola vis atractiva de la cosa más importante —en este caso, el suelo conforme al principio superficies solo cedit...’ ”.

¹⁰⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho...cit.*, pág. 287.

En el caso que nos ocupa, puede resultar difícil calificar la actuación de los cónyuges edificantes como de buena fe, ya que conocen que el suelo o la edificación preexistente sobre la que construyen es propiedad de un familiar, quien, de forma gratuita, ha cedido alguno de estos inmuebles para que construyan allí la vivienda familiar. Por lo tanto, no existe tal error excusable que permitiría apreciar buena fe en el edificante, al conocer la ajenidad del suelo donde construye. Sin embargo, respecto del propietario del suelo, podría entenderse que existe también mala fe por su parte, ya que según el artículo 364 CC, “se entiende haber mala fe por parte del dueño del suelo siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse” y, en este caso, el propietario del suelo conoce la realización de las obras por parte de los cónyuges o de la pareja, autorizándola o bien simplemente tolerándola¹⁰⁷.

Por lo tanto, cuando haya habido mala fe, no solo por parte del que edifica en terreno ajeno, sino también por parte del propietario de este, según el artículo 364 CC, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe¹⁰⁸.

Otros autores, consideran que “la mala fe en el ámbito de la accesión no debemos identificarla exclusivamente con el conocimiento de la ajenidad del suelo, sino con la vulneración consciente de un derecho ajeno. Puede haber buena fe más allá de la ignorancia de tal carácter extraño del suelo, esto es, aunque se conozca que el terreno no pertenece al edificante, si al menos se cree de modo diligente tener algún derecho que autorice a construir”¹⁰⁹. Añadiendo que “existe buena fe del edificante al contar con el

¹⁰⁷ ELIZARI URTASUN, L. *La accesión inmobiliaria...*, cit., pág. 92 “La mala fe del *dominus soli* ha sido descrita como “pasividad lucrativa”, al tener conciencia de que alguien construye en su finca y enriquece su patrimonio sin causa suficiente, mala fe encaminada a un enriquecimiento injusto o “paciencia dolosa” de quien sabe que un tercero está realizando a su cosa las obras, siembras o plantaciones y no realiza ningún acto de oposición ni le advierte de la ilicitud de su acción. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que la mala fe del dueño del suelo consiste en un doble comportamiento: positivo, en cuanto conoce que alguien está construyendo en su terreno, y negativo u omisivo, pues no evita el conflicto mediante su oposición”.

¹⁰⁸ En esta línea, encontramos la SAP de A Coruña núm. 88/2000 de 09/03/2000, JUR/2000/280526, que en un supuesto como el que nos ocupa concluye que “concorre mala fe, no solo por parte de los codemandados que edificaron sobre terreno ajeno, dado que en prueba de confesión judicial, se reconoce, que ella y su esposo construyeron la casa sin consentimiento de los propietarios a iniciativa exclusiva propia, teniendo pleno conocimiento que era suelo de exclusiva pertenencia de los demandantes, sin transmisión ni cesión de la propiedad, quienes meramente toleraron la construcción, que inició en el año 1991, sino también por parte de los dueños del terreno, en cuanto que a su ciencia y paciencia se llevó a cabo la construcción, sin oposición en ningún momento hasta que su hijo se separó judicialmente de su cónyuge, adjudicando el uso de la vivienda familiar, la sentencia dictada en procedimiento de separación matrimonial a la esposa”.

¹⁰⁹ SANTANA NAVARRO F. “La accesión en el ámbito familiar...”, cit., pág. 1516.

consentimiento o al menos con la tolerancia del dueño del suelo o, en su caso, del propietario de la construcción original sobre la que se ejecutan obras”¹¹⁰.

Sin embargo, se defiende que en este caso existe buena fe del edificante o bien que existe mala fe del edificante y del propietario del suelo, la solución va a ser la misma ya que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 361 CC. No obstante, esta solución no es pacífica, ya que como se examinará más adelante, en los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, no siempre se han aplicado las normas de la accesión inmobiliaria a estos supuestos y mucho menos se han calificado de la misma manera.

El artículo 361 CC “concede al dueño del suelo la facultad de elegir entre aceptar las consecuencias de la accesión, si bien pagando una indemnización al constructor de buena fe, o invertir los términos de la misma, obligando al constructor a adquirir el suelo, satisfaciéndole su precio”¹¹¹. Por lo tanto, a diferencia del supuesto anterior donde el propietario de la vivienda familiar cedida en precario podía recuperarla a su voluntad, sin abonar nada a los cónyuges, en este caso, si el propietario del suelo cedido gratuitamente, pretende la recuperación de la posesión, se verá obligado, por aplicación de las reglas de la accesión inmobiliaria, a indemnizar a los constructores o bien podrá, obligarles a comprar el suelo.

En cuanto a la indemnización, el Código Civil nos remite a los artículos 453 y 454 relativos a los gastos y mejoras realizados por el poseedor de buena fe, distinguiendo tres tipos de gastos: los gastos necesarios, los gastos útiles o de mejora y los gastos de puro lujo o recreo. Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, los gastos útiles se abonan solamente al poseedor de buena fe¹¹² y los gastos de puro lujo no son abonables. Sin embargo, tanto los gastos necesarios como los útiles permiten al poseedor de buena fe retener la cosa hasta que se satisfagan. Este derecho de retención va a tener especial relevancia en el supuesto que nos ocupa, ya que cuando el propietario del suelo cedido gratuitamente en el que los cónyuges construyeron la vivienda familiar, pretenda la recuperación de la posesión, el edificante que ocupa en precario el terreno o la edificación

¹¹⁰ La STS núm. 539/1999 de 17 de junio estimó concurrente buena fe en el constructor por mediar consentimiento del dueño del suelo con el que se mantenía una relación familiar. Se trataba de una vivienda construida por un matrimonio en régimen de gananciales en la segunda planta de la vivienda perteneciente a los padres y suegros, respectivamente, de los cónyuges que cedieron el suelo de la terraza para tal fin.

¹¹¹ ELIZARI URTASUN, L. *La accesión inmobiliaria...*, cit., pág. 65.

¹¹² SANTANA NAVARRO F. “La accesión en el ámbito familiar...”, cit., pág. 1528 “El reembolso de estos gastos necesarios y útiles tiene por finalidad evitar un enriquecimiento indebido del dueño del suelo”.

preexistente, opondrá, con el fin de evitar el desahucio, el hecho de haber construido o realizado obras en el mismo.

3.2. Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo.

La construcción, rehabilitación o reconstrucción por los cónyuges de la vivienda familiar en suelo o edificación preexistente cedida gratuitamente por los padres de alguno de ellos, se ha sometido a consideración del Tribunal Supremo recientemente. Sin embargo, no se trata de casos idénticos, ya que no en todos los supuestos la pretensión fue la de recuperar la posesión de la vivienda por el propietario frente al excónyuge beneficiario de la atribución del uso, ni las obras realizadas por los cónyuges fueron las mismas, pero si que se encargan todas de resolver si procede o no la aplicación de las reglas de la accesión inmobiliaria a este supuesto.

En la STS 123/2018 de 7 de marzo, el Tribunal Supremo se pronuncia al respecto al resolver un recurso que trae causa en una demanda de desahucio por precario. En este caso, los actores cedieron a título gratuito el uso de un inmueble a su hijo y su pareja para que establecieran allí su vivienda familiar, sobreviene la crisis matrimonial y es atribuido el uso de la vivienda familiar a la mujer. Un deteriorado estado de salud y una mala situación económica de los actores conlleva que reclamen a su exnuera la vivienda cedida en precario. Sin embargo, durante el matrimonio, los cónyuges habían realizado en la vivienda obras de conservación y mejora, que consistieron en remodelación de la fachada, cambio de cubierta, adecentamiento de secadero, tapado de huecos y construcción de una piscina. Por lo cual, la demandada se opone al desahucio alegando que ha realizado obras en la vivienda, que ostenta un título legitimador de la posesión al ser de aplicación el artículo 361 CC y que además ostenta derecho de retención sobre la cosa de acuerdo con el artículo 453 CC.

En la sentencia de Primera Instancia se estimó la demanda de desahucio ejercitada, al considerar que aunque se realizaron obras de mejora en el inmueble poseído en precario, no es posible reconocer al poseedor derecho de retención al carecer de título para la posesión. Sin embargo, la Audiencia Provincial considera que no procede el desahucio ya que los cónyuges realizaron durante el matrimonio obras de mejora, que no fueron de escasa importancia, y que además fueron autorizadas por los propietarios de la vivienda, por lo cual, los cónyuges eran poseedores de buena fe y con título, justificando así el derecho de retención.

El Tribunal Supremo resuelve si, estimándose la condición de precarista de la edificante, serán de aplicación o no las normas de la accesión y en consecuencia, si la edificante tiene derecho de retención sobre el inmueble conforme al artículo 453 CC, al haber realizado obras de mejora en la vivienda.

Para ello, trae a colación la sentencia de 17 de mayo de 1948 que afirma que “solamente cabe reputar poseedor de buena fe, conforme al art. 433, al que ignora que su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulta evidente que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio”, por lo tanto, concluye que “el derecho de retención en atención a los gastos realizados en la cosa poseída en precario no puede considerarse -conforme al artículo 453 del Código Civil - como título suficiente a efectos de evitar el desahucio por precario, porque dicho título no se confiere al mero poseedor de una finca que ha perdido su título, sino que solo se reconoce al que posee de buena fe y con título”¹¹³.

Siguiendo este razonamiento, las construcciones realizadas por quienes poseen el inmueble de forma tolerada por su propietario no darán lugar a derecho de retención, ya que solo se reconoce en quien posee de buena fe y con título. Argumenta el Tribunal Supremo que la buena fe coincide con la ignorancia de que su título o modo de adquirir tiene algún vicio que lo invalide, por lo tanto, el que se encuentra en una situación de precario, conoce que carece de título para llevar a cabo la obra ya que es consciente de la ajenidad de la vivienda y que solo goza de la misma por la mera tolerancia de su propietario. Por lo cual, las obras realizadas por el que se encuentra poseyendo la vivienda en precario, no impedirán el desahucio al no serles de aplicación los artículos 361 y 453 del Código Civil.

En esta sentencia también se analiza el tipo de obras realizadas por los cónyuges, y para ello emplea en su razonamiento la STS 63/2006 de 9 de febrero¹¹⁴ con el fin de

¹¹³ STS núm. 123/2018 de 07/03/2018 (Roj: STS 771/2018).

¹¹⁴ En la STS 63/2006 de 9 de febrero, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre un supuesto en el que, con motivo del matrimonio de su hijo, la madre cede gratuitamente una vivienda de su propiedad a este para que pudiera contar con una futura vivienda, sin embargo, la casa se encontraba en estado de semirruina e inhabitable, por lo que la madre consintió para que su hijo realizara obras en la casa y la reconstruyera. Estas obras consistieron en la realización de una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la

señalar la diferencia entre los supuestos de ambos pronunciamientos desde la perspectiva de la entidad de las obras, afirmando que “La citada sentencia de 9 de febrero de 2006 contiene como ratio decidendi que el poseedor poseía con título y, por ende, era poseedor civil y no mero detentador por concesión graciosa. Lo anterior lo sustentaba porque, de una parte, lo que hizo el hijo fue edificar una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre, esto es, no fueron simples mejoras necesarias o útiles, y de otra porque obró así con el consentimiento de la madre, por lo que el título se lo había concedido ésta. Por el contrario, en el supuesto que aquí se enjuicia, y sin apartarnos de los hechos que reconoce la sentencia recurrida, se trata de una edificación ya construida con anterioridad, esto es, antes de ser poseída por el matrimonio, en la que éste, durante el periodo en que la posee, llevó a cabo ciertas mejoras y obras de conservación, que no se afirma que expresamente se consintieran por los demandantes pero sí que «hay que entender que... fueron consentidas y autorizadas por los demandantes a su hijo y nuera para que se adecuaran a las necesidades de la familia y del negocio que regentaba»”.

Concluyendo que “el supuesto fáctico contemplado es muy distinto en uno y otro caso, pues no es lo mismo edificar un edificio nuevo en el terreno cedido, con expresa autorización de la propietaria, que hacer obras de conservación y mejora sobre el inmueble ya construido que se les cede en uso, que no se duda que se hiciesen a la vista de los demandantes pero tampoco que, por su entidad, fueran tan llamativas para éstos como las que consisten en construir un edificio de nueva planta”. Por lo tanto, podemos deducir que las obras que dan lugar a derecho de retención tienen que ser aquellas de suficiente entidad como para que se entienda que el propietario del terreno ha dado su consentimiento, ya que si se trata de obras de mejora o conservación, que pueden resultar poco llamativas para el propietario, no se podrá argumentar que existe consentimiento de éste para ejecutarlas, sino que hacen parte de la mera tolerancia por el propietario del uso por los cónyuges de la vivienda gratuitamente cedida, con lo cual, se asemejaría al supuesto de cesión gratuita de una vivienda terminada.

En el año 2019, el Tribunal Supremo en la STS 586/2019 de 6 de noviembre resuelve un supuesto de construcción en edificación preexistente, pero, a diferencia del anterior, no trae causa en una demanda de desahucio por precario, sino por el contrario es uno de los edificantes, quién, en su nombre y en nombre de la sociedad de gananciales en

de su madre y con posterioridad a la obra, el hijo compró la finca colindante, construyendo también en ella, formando una sola edificación.

liquidación, interpone demanda contra los propietarios de la vivienda, para que se les condenara a hacer suya la obra edificada, previa la indemnización al actor o a recibir del actor el valor del solar ocupado. El demandante al contraer matrimonio con la hija de los demandados pasó a vivir a una pequeña casa propiedad de los padres de ella, llevándose a cabo obras de acondicionamiento de la misma, llegando incluso a alzar una nueva planta, todo a cargo de la sociedad de gananciales.

Tanto las sentencias del Juzgado de Primera Instancia como de la Audiencia Provincial reconocen un derecho de crédito a la sociedad de gananciales frente a los demandados por importe de 34.138,75 euros por las impensas realizadas en la vivienda mediante el alzado de una nueva planta. El Tribunal Supremo argumenta que “cualquiera que sea la consideración que prevalezca sobre la naturaleza de dicha posesión -comodato o precario- es lo cierto que el razonamiento final de la sentencia -que se integra en la ratio decidendi- es que ‘tal construcción fue aceptada y apoyada por los demandados provocando un aumento de valor en su propiedad, pues de no estimarlo así, provocaría un enriquecimiento injusto’. Tal conclusión permanecería incólume cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, pues lo cierto es que fue en todo momento de buena fe y que la obra fue consentida por la propiedad. En tal caso -posesión de buena fe y consentimiento del titular- la única alternativa del dueño sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 361 CC, hacer suya la obra pagando su importe o reclamar a la sociedad de gananciales que haga suya la propiedad pagando el valor del terreno y de la construcción preexistente”.

Así pues, en este caso, a pesar de que los cónyuges son conocedores de que la edificación preexistente donde realizan la construcción es ajena, y de que disfrutan de la vivienda gracias a la tolerancia de su propietario, para el Tribunal Supremo la construcción realizada por ellos es de buena fe, al contar con el consentimiento de los propietarios para su realización, “sobre todo si se tiene en cuenta que una de las poseedoras es hija de los titulares dominicales y la construcción también se hizo con el conocimiento y consentimiento de la propiedad, sin que los demandados realizaran advertencia alguna en el sentido de que harían suya la obra sin indemnización, pese al derecho que les asistía de recuperar la posesión en cualquier momento”. Por lo tanto, el Tribunal Supremo opta por ignorar la situación de precario en la que se encuentran los constructores, añadiendo que no es relevante la naturaleza de la posesión, para finalmente aplicar las normas de la accesión con el fin de evitar el enriquecimiento injusto por parte

de los propietarios de la edificación preexistente y permitir recuperar a los constructores la inversión realizada.

Además, cabe resaltar que las obras realizadas por los cónyuges en este supuesto, superan las simples obras de mejora y conservación realizadas en el supuesto objeto de resolución en la STS 123/2018. En este caso, los cónyuges realizan obras de acondicionamiento a la vivienda, además de elevar una nueva planta en la vivienda, por lo cual, son obras de suficiente entidad como para argumentar que existe consentimiento del propietario en su realización.

Posteriormente, la STS 614/2020 de 17 de noviembre, resuelve un supuesto en el cual el propietario del suelo interpone demanda de desahucio por precario contra la exesposa de su hijo, beneficiaria de la atribución del uso de la vivienda familiar por sentencia de divorcio, solicitando que se declarara que ocupaba la vivienda en precario y en consecuencia que, se condenara a aquella a dejarla libre. La demandada se opuso al desahucio alegando que había contribuido económicamente a la construcción de la vivienda ya que el demandante cedió gratuitamente la finca a ella y a su entonces esposo y fueron ellos quienes sufragaron la construcción de la vivienda, por lo que invocó los artículos 361 y 453 del Código Civil. La ex esposa argumentó que “la vivienda se integró en su sociedad de gananciales, de modo que el dueño del predio no es dueño de lo edificado mientras no pague la indemnización prevista legalmente (art. 361 CC), correspondiendo hasta entonces a quien edificó de buena fe un derecho de retención sobre lo construido (art. 453 CC), lo que constituye un título que le legitima para continuar en la ocupación de la finca y oponerse al desahucio”. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda declarando no haber lugar al desahucio. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, condenando a la exesposa a abandonar la vivienda.

El Tribunal Supremo afirma que, efectivamente: “El art. 361 CC no atribuye automáticamente la propiedad de lo construido al dueño del suelo, sino que la supedita al ejercicio de la opción y al pago de la indemnización calculada conforme a los criterios de los arts. 453 y 454 CC. (...) . Hasta que el dueño del suelo no ejercita la opción, el tercero es el dueño de la obra y poseedor de buena fe del terreno ocupado, que forma un todo con lo edificado aunque siga perteneciendo al dueño de la finca. De ahí que el dueño del suelo no puede reclamar la posesión de su finca ni la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización. Literalmente, como consecuencia de la remisión al art. 453 CC,

el tercero tiene un derecho de retención”. Por lo tanto, afirma que la demandada tiene título para oponerse al desahucio por precario pretendido, que deriva de la contribución a la construcción de la vivienda en el suelo del demandante, imposibilitando al propietario del suelo ejercitar la acción de desahucio sin haber antes ejercitado la opción del artículo 361 CC¹¹⁵.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en esta sentencia va más allá, al afirmar que en este supuesto “la situación por la que la demandada ocupaba junto a su marido la vivienda construida sobre la finca del demandante no era la propia de una precarista, ni por tanto puede calificarse como tal el uso que siguió haciendo después de la crisis conyugal. La demandada no disfruta de la posesión por la simple cesión de quien se dice propietario de la vivienda y no se puede negar la inversión en su construcción de la demandada y su marido. (...), pues a la vista de las facturas que constan a nombre de la demandada y su marido y de los albaranes de entrega en el lugar donde se encuentra la finca litigiosa, hay que concluir que contribuyeron a los costes de realización de la vivienda. La buena fe no puede negarse porque supieran que la finca no les pertenecía si las obras se hicieron, como dice el juzgado, con anuencia de la propiedad. En definitiva, se hace patente en este juicio que la cuestión que debe ventilarse no es meramente posesoria, sino que afecta a la titularidad dominical, lo que descarta la situación de precario”. Por lo cual, aunque en este caso hay una cesión gratuita por parte del propietario de la finca, el Tribunal Supremo niega la existencia de un precario, para poder aplicar las normas de la accesión y argumentar así el derecho de retención de la edificante¹¹⁶.

Este nuevo razonamiento podría tener importantes implicaciones en el desahucio por precario en los supuestos de cesión gratuita por un familiar a los cónyuges o pareja,

¹¹⁵ GARCÍA ABURUZA, M.P. “Contribución de la..., cit., págs. 11 y 12 “La propietaria de la construcción, que la supone la posesión del terreno, ostenta aquí un derecho de retención de la cosa en la que se ejecutó la accesión hasta que se abone el valor de la misma. Y ese derecho es el que habilita aquí a la demandada para poseer, y se constituye en título válido para la posesión a fin de enervar la acción de desahucio por precario, ya que esta acción sólo hubiera prosperado si previamente se le hubiera abonado a la demandada el valor de lo construido. Por tanto, mientras no tenga efecto la indemnización, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado, ni puede ejercitar la acción reivindicatoria sin antes haber hecho uso expresamente de la opción que contiene el art. 361 CC, como ya venía estableciendo el Tribunal Supremo en las sentencias del año 1999, citadas en este comentario, y que la STS de 17 de noviembre de 2020 actualiza”.

¹¹⁶ ELIZARI URTASUN, L. *La accesión inmobiliaria...*, cit., pág. 86 “Sin embargo, no se ha de perder de vista que la demandada disfrutaba de la vivienda en precario, y que la estimación de la demanda de desahucio por precario, no exige más requisito que la voluntad de recuperar el inmueble ocupado, y así lo admite la sentencia. Para evitar este efecto, el Tribunal Supremo no tiene más remedio que negar la existencia de un precario, y ampararse en las normas de la accesión (arts. 361 CC) para llegar al resultado de que la demandada, constructora de buena fe, ostenta un derecho para retener la vivienda”.

de una vivienda para su uso como vivienda familiar o bien de un suelo o edificación preexistente para la construcción allí de la futura vivienda familiar. Esto se debe a que, al aplicar las normas de la accesión a la cesión gratuita de vivienda por un familiar, existe un derecho de retención que podría enervar el desahucio si el precarista ha realizado durante el tiempo que ha poseído el bien obras de suficiente entidad como para considerarlas consentidas por el propietario, dando lugar a su apreciación como poseedor de buena fe a pesar de su falta de título. Sin embargo, no cualquier obra da derecho a retener lo edificado¹¹⁷, ya que de los supuestos examinados podemos concluir que las obras de mejora o conservación no dan lugar a derecho de retención, sin embargo, obras de suficiente entidad como la edificación de la vivienda o la elevación de una nueva planta en una edificación preexistente sí.

De manera que, se percibe que la finalidad del Tribunal es evitar situaciones de enriquecimiento injusto por parte del propietario del terreno, quien, conociendo la realización de la obra de importante entidad, no se oponga a la misma al saberse beneficiario del resultado de esta. Emplea la accesión como medio para mitigar esta situación, siendo beneficioso para el edificante ya que además de percibir la indemnización tendrá ese derecho de retención, que en muchas ocasiones, lo mantendrá en la posesión durante mucho tiempo, en función de la facilidad que tenga el propietario para hacer frente al monto de la indemnización.

Puede ocurrir que el propietario del terreno no disponga de suficiencia económica para hacer frente al monto de la indemnización, por lo que se verá abocado a perder su propiedad obligando al edificante a pagar el suelo o bien, no podrá ejercitar la accesión y adquirir lo construido, encontrándose el edificante reteniendo la cosa hasta que se satisfaga el gasto realizado en la obra por tiempo indefinido, obra que ha realizado a pesar de conocer que no tenía título para realizar, pero que termina dándole un título válido para mantener la posesión.

Sin embargo, el 3 de noviembre de 2021 vuelve a pronunciarse el Tribunal Supremo en la STS 755/2021, en la línea de la tesis mantenida en el año 2018 en la STS 123/2018. En este caso, uno de los edificantes promovió demanda de juicio ordinario contra los padres de su exesposa, quienes habían cedido gratuitamente al actor y su familia un apartamento dentro de la casa y finca de su propiedad. Constante matrimonio, el actor

¹¹⁷ SANTANA NAVARRO F. “La accesión en el ámbito familiar...”, cit., pág. 1530.

había construido una piscina y un garaje en la citada finca, con lo cual, pretendía que se les condenase a los demandados al pago de todos los gastos sufragados por el actor en las obras realizadas con su aquiescencia según lo establecido en el artículo 453 CC¹¹⁸.

Propiamente este supuesto no hace referencia a la accesión, sin embargo, las obras son realizadas por los cónyuges en la vivienda cedida gratuitamente por los padres de uno de ellos para que la usaran como vivienda familiar, por lo que se encontraban en una situación de precario. Además se pretende el reintegro de las cantidades invertidas en las obras conforme al artículo 453 CC, utilizado para establecer la indemnización y el derecho de retención en atención a la naturaleza del gasto y la buena fe en la posesión. Por lo tanto, se encuentran similitudes entre este supuesto y los analizados con anterioridad.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que no procedía reintegrar las cantidades invertidas en las obras conforme al artículo 453 CC, pues el demandante y su familia disfrutaron de la posesión de la vivienda en virtud de cesión gratuita, sin pagar renta o merced, por lo que estaban en una situación de precario. Además, a los efectos de la aplicación del artículo 453 CC el actor no puede ser considerado como poseedor de buena fe, ya que conoce que la casa en la que realiza obras no le pertenece y si las realiza, es para su comodidad durante su ocupación gratuita, de forma que terminado el disfrute quedan en beneficio de la propiedad. Asimismo, califica los gastos como útiles e incluso suntuarios en el caso de la piscina, con lo cual, no podrán ser abonables al actor ya que los gastos útiles según el artículo 453 CC solo son abonables al poseedor de buena fe. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó a los demandados al pago de la cantidad a pesar de confirmar la condición de precarista del apelante y negar la asimilación de su situación a la de poseedor de buena fe, ya que considera que las obras repercuten y benefician a la totalidad de la finca y no solo al demandante, por lo que deben ser abonadas por la propiedad.

¹¹⁸ La pretensión inicial del actor era que existía un contrato de préstamo por el cual había entregado a los demandados la cantidad de 76.420,96 euros, por lo que solicitaba que se condenase a los demandados a que le abonasen dicha cantidad y subsidiariamente, se les condenase al pago de todos los gastos sufragados por el actor en las obras de reforma realizadas en la finca propiedad de los demandados, con su aquiescencia, que ascendían a 76.420,96 euros o se abonase el incremento de valor de la finca como consecuencia de su revalorización por razón de esas obras, en el mismo importe. Sin embargo, la existencia del contrato de préstamo no queda acreditada en ningún momento por lo que se centra la resolución en si procede el reintegro de las cantidades invertidas en las obras conforme al artículo 453 CC.

Finalmente, el Tribunal Supremo en línea con lo argumentado por el Juzgado de Primera Instancia, confirma la calificación de los gastos litigiosos como gastos útiles¹¹⁹, además, de que las obras y reformas se hicieron por el demandante durante el tiempo de su tenencia de la finca como precarista¹²⁰. Por lo cual, centra el debate casacional en la concurrencia o no de la condición de poseedor de buena fe en el demandante. Para ello, hace referencia, entre otras, a la reciente sentencia 123/2018 de 7 de marzo que “ha reiterado y confirmado la doctrina contenida en las sentencias de 17 de mayo de 1948 y 9 de julio de 1984, que interpretan el art. 453 CC en el sentido de reconocer el derecho de retención de la cosa únicamente al poseedor civil, pero no al precarista, que carece de título y goza sólo de la tenencia o posesión natural de la cosa. El derecho de retención actúa como garantía del derecho de abono de los gastos o mejoras hechas en la finca, de forma que aquel derecho sólo existirá cuando exista este derecho de reembolso, pues como derecho de garantía es accesorio de la obligación a cuyo aseguramiento sirve (aunque no siempre que existe el derecho de reembolso se reconoce también el de retención: vid. Art. 453-I CC). En las situaciones de precario, la falta de título suficiente y de buena fe (derivada del conocimiento por el precarista de su falta de título), por tanto *sic*, no existe ni derecho de reembolso de los gastos útiles ni el derecho de retención que garantiza su efectividad”.

En definitiva, el Tribunal Supremo revoca la sentencia impugnada ya que no se ha ajustado a esta jurisprudencia, por la cual el precarista que realiza obras en la vivienda cedida gratuitamente no tiene derecho ni al reembolso de los gastos ni a retención de la obra al no ser poseedor de buena fe ya que conoce su falta de título para construir. Este

¹¹⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 755/2021 de 03/11/2021. RJ/2021/4934. “En el caso, los gastos litigiosos (construcción de una piscina y de un garaje) han sido calificados en la instancia de gastos útiles. Como señaló la sentencia de primera instancia, esos gastos no pueden considerarse necesarios en el sentido exigido por la jurisprudencia, pues no cabe entender que “de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente, es decir, que se trate de gastos de estricto mantenimiento o conservación realizados para evitar el deterioro o pérdida de la cosa”. Esta calificación de los gastos también está en la base de la pretensión del demandante, en la que postula su condición de poseedor de buena fe, condición necesaria para el derecho de reembolso de los gastos útiles (e innecesaria, como se ha dicho, para el abono de los gastos necesarios)”.

¹²⁰ En la línea de la jurisprudencia consolidada, señala la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 755/2021 de 03/11/2021. RJ/2021/4934 que “cuando un tercero (frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no) cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. art. 1750 CC) sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.ª LEC). Esta es la situación que se ha declarado en las instancias como existente en el caso, al haber disfrutado el demandante y su familia de la vivienda en virtud de una cesión gratuita, sin abonar renta alguna por su uso, ni siquiera el importe de los suministros, por mera liberalidad o tolerancia de los propietarios”.

razonamiento, acerca posturas con la sentencia dictada en el año 2018, por lo cual, surge la duda si el pronunciamiento del Tribunal Supremo en las sentencia 614/2020, es algo aislado o se mantendrá en alguna sentencia posterior. O bien, si las obras realizadas fuesen de mayor entidad como ocurre en la sentencia de 17 de noviembre de 2020, el pronunciamiento del Tribunal Supremo hubiese sido diferente.

4. La vivienda arrendada cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular del arrendamiento

Finalmente, para cerrar el análisis de las particularidades en la atribución del uso de la vivienda familiar cuando ésta es propiedad de terceros, debemos detenernos en el supuesto en el que los cónyuges o pareja venían usando y disfrutando de la vivienda familiar por un contrato de arrendamiento y sobrevenida la crisis matrimonial, es atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular del arrendamiento.

La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada tras la crisis matrimonial tiene regulación específica en el artículo 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Bajo el título “separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, regula la posibilidad de atribuir la vivienda familiar arrendada al cónyuge que no ha firmado el contrato de arrendamiento¹²¹.

El artículo 15 dispone en su apartado primero que “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación”. Por lo tanto, el precepto regula un único supuesto de atribución del uso de la vivienda familiar, en el cual, sólo uno de los cónyuges firma el contrato de arrendamiento y en el procedimiento matrimonial se le atribuye el uso a quien no lo suscribió.

Sin embargo, en la práctica puede ocurrir que ambos cónyuges suscriban el contrato de arrendamiento (o uno en nombre y representación de los dos), constituyéndose

¹²¹ Según SANTOS MARTÍNEZ, A.M. “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, en *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre 2012, pág. 1571, el precepto tiene como objetivos que “se pueda atribuir el uso de la vivienda familiar arrendada a uno de los cónyuges tras la ruptura matrimonial; que la vivienda se pueda asignar al cónyuge que tiene el interés más necesitado de protección, aunque no sea el titular firmante del contrato, de manera que el precepto garantice ‘la vigencia y la validez del contrato’ sin que se produzca resolución del mismo; y, por último, ‘dar publicidad al arrendador’ ajeno a la crisis del matrimonio, para que tenga conocimiento de esta situación y no se vea afectado por un proceso del que no es parte”.

como cotitulares, pero se le atribuye el uso a uno de ellos o bien, que se atribuya el uso de la vivienda a quien suscribió el contrato de arrendamiento. En estos dos supuestos “no surge problema alguno y, por lo tanto, no se aplica el art. 15 LAU, ya que la titularidad coincide con la posesión: se trata de una continuación en el uso de la vivienda arrendada sin alteración en la relación arrendaticia”¹²². Por lo tanto, sólo para el caso de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no firmante del contrato de arrendamiento, acudiremos a lo establecido en el artículo 15 LAU.

El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada, según el artículo 15 LAU pasará a ser el titular del contrato de arrendamiento, siempre que se cumplan dos requisitos: 1. Atribución del uso “de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento”. 2. Notificación al arrendador de la atribución del uso, como establece el párrafo segundo del artículo. Por ende, “el precepto regula una subrogación *ex lege* del cónyuge no firmante del contrato de arrendamiento, adquiriendo la cualidad de arrendatario con los derechos y obligaciones que se deriven del mismo y desvinculando del contrato al otro cónyuge”¹²³.

En relación al plazo, el precepto determina que pasará a ser titular del arrendamiento el cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda arrendada, cuando dicha atribución se haya realizado “de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir”, es decir, que se atribuya durante un tiempo determinado sin alternancia en el uso de la misma o bien el plazo de la atribución sea superior al tiempo estipulado en el contrato de arrendamiento. Sin embargo, cabe resaltar que, aunque la atribución del uso de la vivienda familiar sea por tiempo superior a la duración del contrato de arrendamiento, ello no implica que el contrato de arrendamiento se prorrogue hasta que finalice el plazo de la atribución establecido por sentencia, sino que el nuevo titular permanecerá en la vivienda el tiempo que quede por cumplir en el contrato de

¹²² GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 254.

¹²³ La Ley 4/2013 de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, modificó el artículo 15 LAU incluyendo esta última precisión. Según GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 260 “Con esta redacción el legislador zanja una de las controversias más importantes que presentaba la anterior redacción y sobre la que existían posiciones encontradas tanto en la doctrina como en distintas sentencias de Audiencias Provinciales. El antiguo art. 15 LAU indicaba que el cónyuge no arrendatario podía ‘continuar en el uso’ de la vivienda arrendada. La terminología utilizada era imprecisa y confusa, al no especificar si dicha atribución suponía una subrogación *ex lege* del cónyuge no titular en la relación arrendaticia o si, por el contrario, se consideraba una simple cesión del derecho de uso de la vivienda a favor del cónyuge favorecido, pero sin modificarse la titularidad, lo que daba lugar a dos interpretaciones distintas”.

arrendamiento, puesto que la sentencia judicial no puede modificar el plazo estipulado en el contrato de arrendamiento¹²⁴.

En cuanto al requisito de la notificación, el apartado segundo del artículo 15 LAU establece un deber de comunicar al arrendador que el cónyuge beneficiario de la atribución del uso, no firmante del contrato de arrendamiento, va a continuar en el uso de la vivienda por la resolución judicial que le atribuye el uso.

Esta notificación deberá realizarse en el plazo de dos meses a contar desde que le es notificada al cónyuge no titular del arrendamiento la resolución judicial de separación, divorcio o nulidad que le atribuye el uso de la vivienda arrendada, e ir acompañada de copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda. Sin embargo, nada dice el precepto sobre quién tiene la carga de notificar al arrendador, ni sobre la forma de la notificación y mucho menos sobre las consecuencias que se derivan de la falta de esta.

Según ORDÁS ALONSO “la notificación puede ser realizada indistintamente por ambos, también por el cónyuge no adjudicatario del uso y ello mediando o no pacto al respecto pues ambos, tanto el beneficiado con el uso como el arrendatario inicial, tienen interés en que la notificación llegue a conocimiento del arrendador”¹²⁵. En el mismo sentido, en opinión de SANTOS MARTÍNEZ “debería ser exigible -o cuando menos deseable- que la obligación afectara a los dos antiguos cónyuges. Una exigencia que afectaría al arrendatario porque es parte en el contrato de arrendamiento y también porque el arrendamiento está sujeto al ordenamiento jurídico, lo que obliga no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias, que, derivadas de la propia naturaleza del arrendamiento, sean conformes a la buena fe, a los usos y a la ley (art. 1258 CC). Pero también es una exigencia que recae sobre el beneficiario de la atribución del uso. Y con mayor sentido, pues es el máximo interesado en normalizar cuanto antes esta nueva situación, dado que la ausencia de notificación al arrendador únicamente redundará en su propio perjuicio”¹²⁶.

Respecto a la forma de efectuar la notificación, para GALLARDO RODRÍGUEZ “debe realizarse de forma fehaciente, por cualquier tipo de medio fiable y seguro que

¹²⁴ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 265.

¹²⁵ ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso...*, cit., pág. 457.

¹²⁶ SANTOS MARTÍNEZ, A.M. “Efectos de la atribución...”, cit., pág. 1574.

permita ser comprobado y que deje constancia, si fuese necesario, de que la comunicación se realizó dentro del plazo establecido en la LAU, por ejemplo, por vía notarial, entrega personal con firma de copia de resolución, burofax, carta certificada, etc.”¹²⁷.

Finalmente, la falta de notificación al arrendador de la voluntad del cónyuge no titular del arrendamiento de continuar en el uso de la vivienda arrendada, no faculta al arrendador a rescindir el contrato ya que, teniendo en cuenta que la nueva redacción del precepto establece que se produce una subrogación, la falta de comunicación hará ineficaz la cesión del contrato del arrendamiento frente al arrendador, manteniéndose el cónyuge titular del arrendamiento como arrendatario¹²⁸. Por lo cual, la falta de notificación no da lugar al cambio de titular en el arrendamiento, ya que el contrato se perfeccionará cuando se produzca la notificación¹²⁹. En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 861/2009 de 18 de enero al afirmar que “el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo” y la SAP Navarra (Sección 1ª) núm. 52/2011 de 16/03/2011, al no considerar que haya operado subrogación alguna a favor del cónyuge no arrendatario cuando, atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa, esta no comunica al arrendador su voluntad de continuar en el uso de la vivienda en la forma que establece el artículo 15.2 LAU.

V. CONSIDERACIONES FINALES

1. Sobrevenida la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja, la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los aspectos que más problemas plantea en la práctica, ya que en la mayoría de casos, la vivienda familiar es el bien más valioso del patrimonio de los cónyuges o de la pareja. Además, para el cónyuge o miembro de la pareja no beneficiado con la atribución supone una dificultad añadida en todo el proceso de divorcio o separación al verse obligado a abandonar la vivienda en la que se encontraba residiendo con habitualidad.

2. La atribución del uso de la vivienda familiar se realizará de acuerdo a lo establecido en el artículo 96 CC, según el cual, podrá atribuirse el uso de la vivienda

¹²⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., págs. 268 y 269.

¹²⁸ En la opinión de ORDÁS ALONSO *La atribución del uso...*, cit., pág. 463 “en ausencia de notificación no se producirá la subrogación contemplada en la Ley, quedando el cónyuge no arrendatario en la posición de mero usuario y sin poder oponer su derecho de uso a un arrendador que desconoce tal situación”.

¹²⁹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno...*, cit., pág. 271. “Por otra parte, cabe señalar que, en caso de que el arrendatario no notifique la nueva situación al arrendador, pero sin embargo acredite que éste tiene conocimiento de la cesión del contrato de arrendamiento por otros medios, en aplicación del principio de la buena fe, el arrendador no podrá alegar falta de notificación”.

familiar a uno de los cónyuges por acuerdo de los mismos o, en su defecto, por resolución judicial, atendiendo a los criterios establecidos por este artículo y las circunstancias concurrentes en cada familia. Este artículo ha sido objeto de reforma recientemente por la Ley 8/2021 de 2 de junio, la cual, a pesar de no ser su finalidad, ha intentado resolver algunos de los problemas que ha suscitado la aplicación de este precepto.

3. En el caso de existir hijos menores de edad, según la redacción del artículo 96.1 CC, la atribución del uso de la vivienda familiar está muy relacionada con el régimen de guarda y custodia que se haya pactado o establecido judicialmente. La actual redacción de este artículo sólo establece criterio de atribución para el régimen de guarda y custodia exclusiva al señalar que se atribuirá el uso de la vivienda familiar a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden. Sin embargo, para el régimen de guarda y custodia compartida no plantea soluciones, con lo cual, según el Tribunal Supremo, será de aplicación por analogía el artículo 96.1 CC último párrafo, permitiendo además la limitación de dicha atribución antes de la mayoría de edad de los hijos comunes, a diferencia del régimen de guarda y custodia exclusiva. Con la tendencia actual de los tribunales de establecer un régimen de guarda y custodia compartida, es habitual encontrar resoluciones donde se atribuya el uso de la vivienda familiar por un periodo temporal que permita al beneficiario de la atribución organizarse en su nueva vida, siendo este inferior al que resta para que los hijos comunes adquieran la mayoría de edad.

4. La Ley 8/2021 añade a la redacción del artículo 96 CC dos previsiones nuevas en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existan hijos en situación de discapacidad. Con esta incorporación se hace referencia a un supuesto hasta el momento no mencionado por el precepto, permitiendo continuar en el uso de la vivienda familiar después de la mayoría de edad a los hijos menores en situación de discapacidad. Sin embargo, a pesar de que podemos deducir que la finalidad de estas previsiones no es más que tratar de proteger al más débil o vulnerable, preocupa que termine por afectar a la temporalidad del uso de la vivienda familiar, al no establecerse límite temporal para la atribución del uso de la vivienda familiar en este supuesto por el precepto.

5. Destaca de la nueva redacción del precepto la clara exclusión de los hijos mayores de edad de la atribución del uso de la vivienda familiar. Por lo cual, actualmente, los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica van a ver cubiertas sus necesidades de vivienda por la prestación de alimentos entre parientes, no por la atribución del uso de la vivienda familiar. En el caso de existir hijos mayores de edad, la

atribución del uso de la vivienda familiar se realizará de la misma manera que para el supuesto en el que no existiesen hijos, es decir, en atención al cónyuge con el interés más necesitado de protección.

6. La naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda familiar ha sido objeto de debate jurisprudencial y doctrinal durante mucho tiempo. Sin embargo, actualmente, a pesar de no encontrarse totalmente cerrado este debate, podemos afirmar que la atribución del uso de la vivienda familiar no constituye un derecho real, sino que se trata de un derecho de carácter familiar, inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible a terceros. No obstante, cuando la vivienda familiar es propiedad de terceros, y la familia disfrutaba de la misma gracias a la mera tolerancia de su propietario, no podrá oponerse frente a ese tercero la atribución del uso de la vivienda familiar para seguir poseyendo la vivienda, ya que, razona el Tribunal Supremo, la resolución judicial por la que se atribuye el uso no genera por sí misma un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan una vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a la familia.

7. Son múltiples las razones que llevan a una familia a fijar su vivienda familiar en un inmueble ajeno, sin embargo, es común en la práctica que los cónyuges o la pareja no puedan adquirir una vivienda para comenzar su vida en familia, por lo cual, un tercero, frecuentemente los padres, les ceden gratuitamente una vivienda para su uso, sin hacer mención a plazo o a uso. Durante años ha existido discusión sobre si dicha cesión constituye un contrato de comodato o simplemente obedece a la mera tolerancia de los propietarios, encontrándose los cónyuges o miembros de la pareja en precario, encontrando pronunciamientos judiciales apoyando las dos posturas. Finalmente, el Tribunal Supremo unificó doctrina jurisprudencial y concluye que aunque hubiese comodato, el uso determinado para el que se cede la vivienda se encuentra vinculado a la permanencia del hijo del propietario en la vivienda, y una vez este abandona la misma, debido a la ruptura conyugal o de pareja, se extingue el comodato, encontrándose en precario quien sigue usando la vivienda. En cambio, si desde el principio se cede la vivienda en precario, se mantiene esa situación sin importar la atribución del uso. Con lo cual, se puede afirmar que, en este supuesto, el propietario de la vivienda cedida gratuitamente, una vez sobrevenida la crisis matrimonial o ruptura de pareja, podrá recuperar la posesión a su voluntad en cualquier momento, al encontrarse en precario los ocupantes.

8. Respecto a la duración de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando existen hijos menores de edad y se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva, la atribución será hasta que todos los hijos menores adquieran la mayoría de edad. Sin embargo, cuando se establezca un régimen de guarda y custodia compartida, la duración la determinará el juez, pudiendo establecerla por tiempo inferior al que reste para que los menores alcancen la mayoría de edad. En defecto de hijos, la duración de la atribución será por el tiempo que prudencialmente se fije, en atención al interés del cónyuge más necesitado de protección. No obstante, cuando la vivienda es propiedad de un tercero, la duración de la atribución del uso determinada según estos criterios, se va a ver afectada, ya que el propietario se encuentra facultado a recuperar la posesión a su voluntad, en cualquier momento. Esto se debe a que el beneficiario de la atribución del uso y los hijos si es el caso, se encuentran en una situación de precario, con lo cual, a pesar de que en la resolución judicial se establezca una duración para el uso, esta resolución, no crea un derecho antes inexistente. En definitiva, este supuesto debe analizarse desde la perspectiva del derecho de propiedad y no desde el derecho de familia ya que, sin importar el perjuicio que se pueda causar al interés superior del menor o al interés del cónyuge más necesitado de protección, cuando la vivienda familiar es propiedad de un tercero, y ésta ha sido cedida gratuitamente a los excónyuges, podrá el propietario recuperarla a su voluntad a pesar de que su uso haya sido atribuido a uno de los excónyuges por una resolución judicial.

9. Para el caso de cesión gratuita de un suelo o de una construcción preexistente inacabada, para que los cónyuges o miembros de la pareja construyan, rehabiliten o reconstruyan ahí su vivienda familiar, no existe solución tan clara como el supuesto anterior, al encontrar recientes pronunciamientos que en algunos casos aplican las consecuencias de la accesión inmobiliaria a este supuesto y en otros no. Sin embargo, de las resoluciones del Tribunal Supremo cabe deducir que no todas las obras realizadas por los cónyuges o miembros de la pareja en suelo ajeno o edificación preexistente dan lugar a derecho de retención, habrá que estar a la entidad de las obras para decidir si aplicar las normas de la accesión, ya que tienen que ser de suficiente entidad, para que se entiendan consentidas por el propietario, dando lugar a buena fe del poseedor y derecho de retención. En los supuestos analizados, las obras realizadas que sí daban derecho de retención eran la construcción de una vivienda y la elevación de una nueva planta en una edificación preexistente, en las que a pesar de encontrarse los edificantes en precario,

termina por concluir el Tribunal Supremo que son poseedores de buena fe aplicando las normas de la accesión inmobiliaria. Por lo cual, destaca este supuesto ya que podría tener importantes implicaciones en el desahucio por precario en los supuestos de cesión gratuita por un familiar a los cónyuges o miembros de la pareja de una vivienda para su uso como vivienda familiar o de un suelo o edificación preexistente para la construcción de la vivienda familiar, permitiendo enervar el desahucio con el derecho de retención al que da lugar la aplicación del artículo 361 CC.

10. Esta aplicación por parte del Tribunal Supremo de las normas de accesión inmobiliaria a los supuestos de construcción en suelo ajeno o en edificación preexistente de vivienda familiar, parece ser con la finalidad de evitar situaciones de enriquecimiento injusto por parte del propietario del suelo o de la edificación, quien, conociendo la realización de la obra, no se oponga a la misma al saberse beneficiario del resultado de esta.

11. Se desconoce si la aplicación por el Tribunal Supremo de las normas de la accesión a estos supuestos sea algo aislado o bien se mantenga en el tiempo, ya que en la última sentencia analizada, el Tribunal Supremo vuelve a la tesis adoptada en el año 2018 donde el precarista no era considerado poseedor de buena fe, al conocer la ajenedad del suelo o edificación donde construye. Por lo cual, habrá que estar a las resoluciones que surjan en los años venideros para conocer la postura que adopte el Tribunal Supremo en estos supuestos.

12. Por último, a diferencia de los demás supuestos en los que la vivienda familiar es propiedad de tercero, en el caso de la vivienda familiar arrendada, la solución a la atribución del uso en este supuesto se encuentra resuelta legalmente por la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 15, permitiendo al cónyuge no titular del contrato de arrendamiento pasar a ser el titular del mismo si le es atribuido el uso de la vivienda familiar de forma permanente o por plazo superior al plazo que queda por cumplir del contrato y si notifica al arrendador.

VI. BIBLIOGRAFIA

AVIÑÓ BELENGUER, D. “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 12, febrero 2020, págs. 194-219.

BELTRÁ CABELLO, C. “Procedencia del desahucio por precario de la vivienda atribuida a la esposa en virtud de convenio regulador”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 169, 2015, págs. 95-100.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, Bercal, S.A, Madrid 2021.

CHAPARRO MATAMOROS, P. “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España” en *Las crisis familiares: Tratado práctico interdisciplinar*, coord. por DE VERDA Y BEAMONTE. J, CHAPARRO MATAMOROS. P, MUÑOZ RODRIGO, G, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 259-289.

CHAPARRO MATAMOROS, P. “Comentario a la STS número 34/2017, de 19 de enero (rj 2017, 274) relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 6 (1), 2017, págs. 313-318.

CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, VV.AA: *Tratado de derecho de familia, Los regímenes económicos (I), vol. III. Disposiciones generales, la vivienda familiar, capitulaciones familiares, la sociedad de gananciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. “La atribución de la vivienda familiar: Estudio jurisprudencial en caso de cesión por terceros ajenos al vínculo matrimonial”, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, coord. por Juan Antonio Robles Garzón, 2017, págs. 243–258.

DELGADO SÁEZ, J. “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 295/2020, de 12 de junio: Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Ars Iuris Salmanticensis* Vol. 8(2), 2020, págs.. 329-332.

DELGADO SAEZ, J. “Cesión gratuita de vivienda familiar, tras la crisis matrimonial ¿Comodato o Precario?”, en *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, dir. María José Vaquero Pinto, Vol. 5, 2015, págs. 121-137.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ELIZARI URTASUN, L. *La accesión inmobiliaria: La problemática de la construcción en suelo ajeno*. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

GARCÍA ABURUZA, M.P. “Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2021, págs. 1-12.

GARCÍA MAYO, M. “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC” en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm.3, julio-septiembre, 2021, págs. 187-221.

GARCÍA MAYO, M. “Uso de la vivienda familiar y crisis matrimonial en España: el interés del menor como fundamento cardinal” en *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el derecho*, dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, 2021, págs. 273-293.

GARCÍA MAYO, M. “Crisis familiar y vivienda propiedad de tercero” en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, 2020, págs. 405-441.

GÓMEZ LINACERO, A. “Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida”, en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021, págs. 1-38.

GONZÁLEZ COLOMA, G. *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar*. Dykinson, Madrid, 2019.

MUÑOZ NAVARRO, A. “Inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad” en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, 2020, págs. 217-226.

ORDÁS ALONSO, M. “Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº Extra 10, 2, 2019 págs. 32– 63.

ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018.

PARDO PUMAR, M. “La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: Análisis de la doctrina jurisprudencial”, en *Revista Estudios Institucionales* Vol. 6, núm. 10, 2019, págs. 7-20.

RUBIO TORRANO, E. “Cesión gratuita de vivienda ¿comodato o precario? La jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)”, en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 2, 2010.

SÁNCHEZ LÓPEZ, C. “Extinción del uso de la vivienda familiar otorgado en sentencia de divorcio” en *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 106, 2020, págs. 13-18.

SANTANA NAVARRO, F. “La accesión en el ámbito familiar”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 97, núm. 785, 2021, págs. 1511-1544.

SANTOS MARTÍNEZ, A.M. “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, en *Actualidad Civil*, núm. 15-16, septiembre 2012, págs. 1571-1584.

SERRANO CASTRO, F. *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, El Derecho, Madrid, 2010.

VERDERA IZQUIERDO, B. “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda””, en *Revista para el análisis del Derecho InDret* núm. 1/2016, págs. 1-57.

VII. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 861/2021 de 13/12/2021. JUR/2021/396769.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 755/2021 de 03/11/2021. RJ/2021/4934.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 502/2021 de 07/07/2021. RJ/2021/3258.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 614/2020 de 17/11/2020. Roj: STS 3805/2020.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 295/2020 de 12/06/2020. Roj: STS 1688/2020.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 241/2020 de 02/06/2020. RJ/2020/1589.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 586/2019 de 06/11/2019. Roj: STS 3520/2019.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. 123/2018 de 07/03/2018. Roj: STS 771/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 95/2018 de 20/02/2018. Roj: STS 503/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 65/2018 de 06/02/2018. Roj: STS 319/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 390/2017 de 20/06/2017. RJ/2017/3060.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 117/2017 de 22/02/2017. RJ/2017/1079.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 116/2017 de 22/02/2017. RJ/2017/650.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 279/2016 de 28/04/2016. Roj: STS 1890/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 55/2016 de 11/02/2016. RJ/2016/249.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 52/2016 de 11/02/2016. RJ/2016/524.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 448/2015 de 15/07/2015. Roj: STS 3202/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 214/2015 de 23/04/2015. Roj: STS 1533/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 118/2015 de 06/03/2015. Roj: STS 992/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 593/2014 de 24/10/2014. RJ/2014/5180.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 726/2013 de 19/11/2013. RJ/2013/7447.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 257/2013 de 29/04/2013. RJ/2013/3269.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 545/2014 de 01/10/2014. RJ/2014/4613.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 726/2013 de 19/11/2013. RJ/2013/7447.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 557/2013 de 19/09/2013. RJ/2013/7428.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 426/2013 de 17/06/2013. RJ/2013/4375.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 160/2013 de 14/03/2013. Roj: 1045/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 110/2013 de 28/02/2013. RJ/2013/2162.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 340/2012 de 31/05/2012. RJ/2012/6550.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 257/2012 de 26/04/2012. RJ/2012/6102.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 624/2011 de 05/09/2011. RJ/2011/5667.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 451/2011 de 21/06/2011. RJ/2011/7325.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 299/2011 de 30/04/2011. Roj: STS 2452/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 236/2011 de 14/04/2011. RJ/2011/3590.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 221/2011 de 01/04/2011. RJ/2011/3139.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 178/2011 de 18/03/2011. Roj: STS 1801/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 443/2010 de 14/07/2010. Roj: STS 3886/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 861/2009 de 18/01/2010. Roj: STS 776/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 859/2010 de 14/01/2010. Roj: STS 1849/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 653/2009 de 22/10/2009. Roj: STS 6321/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1077/2008 de 13/11/2008. Roj: STS 5823/2008.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1025/2008 de 29/10/2008. Roj: STS 5636/2008.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 910/2008 de 02/10/2008. Roj: STS 4872/2008.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1536/1999 de 09/02/2006. Roj: STS 386/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1022/2005 de 26/12/2005. Roj: STS 7530/2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1085/1996 de 16/12/1996. RJ/1996/9020.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 33/1995 de 31/01/1995. RJ/1995/413.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1199/1994 de 31/12/1994. RJ/1994/10330.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 366/1994 de 29/04/1994. RJ/1994/2945.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20/05/1993. RJ/1993/3807.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1244/1992 de 31/12/1992. RJ/1992/10670.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1149/1992 de 11/12/1992. RJ/1992/10136.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 02/12/1992. RJ/1992/10250.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30/10/1986. RJ/1986/6017.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30/11/1964. RJ/1964/5552.

SAP Málaga, Sección 6ª, 122/2017 de 09/02/2017. JUR/2017/268183.

SAP Huelva, Sección 1ª, 228/2013 de 28/11/2013. JUR/2014/65054.

SAP Burgos, Sección 2ª, 197/2013 de 03/07/2013. AC/2013/1532.

SAP Salamanca, Sección 1ª, 290/2012 de 24/05/2012. JUR/2013/94073.

SAP Navarra, Sección 1ª, 52/2011 de 16/03/2011. JUR/2011/430720.

SAP A Coruña, Sección 4ª, 88/2000 de 09/03/2000. JUR/2000/280526.