



**VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

*Nafarroako  
Unibertsitate  
Publikoa*



Universidad  
Pública de  
Navarra

# **Estudio sobre la figura del contrato de comodato y del precario.**

**(Aplicación a la cesión gratuita de vivienda familiar).**

## **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**Máster de Derecho Privado Patrimonial**

**CURSO 2014/2015**

**Jésica Delgado Sáez**

**Tutora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Esther Torrelles Torrea.**

**Junio, 2015**

# **Estudio sobre la figura del contrato de comodato y del precario**

**(Aplicación a la cesión gratuita de vivienda familiar)**

El presente Trabajo de Fin de Máster fue elaborado por Jérica Delgado Sáez,  
bajo la dirección de la Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Esther Torrelles Torrea.

Firmado por:

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Esther Torrelles Torrea.

(Tutora)

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. CONTRATO DE COMODATO.....	8
1.1. Orígenes y concepto. ....	8
1.2. Caracteres. ....	11
1.3. Constitución del contrato.....	16
A) Elementos personales del comodato.....	17
a. Capacidad de las partes.....	17
b. La capacidad de disposición del comodante sobre la cosa prestada.....	20
c. Objeto del contrato.....	22
B) Uso de la cosa.....	22
1.4. Derechos y obligaciones de las partes. ....	24
A) Comodatario. ....	24
a. Obligaciones del comodatario: .....	24
b. Responsabilidad del comodatario.....	27
B) Comodante.....	29
a. Obligaciones del comodante.....	29
1.5. Extinción del contrato.....	34
A) Causas generales de extinción.....	34
B) Causas especiales de extinción.....	39
C) Efectos de la extinción: la restitución del bien.....	41
CAPÍTULO II. PRECARIO.....	44
2.1. Orígenes, concepto y regulación. ....	44
A) Derecho romano. ....	44
B) Derecho medieval.....	45
C) Derecho moderno. ....	46

a. Doctrina. ....	47
b. Jurisprudencia.....	49
2.2. Requisitos. ....	51
A) Situación posesoria.....	51
B) Inexistencia de pago. ....	53
C) Revocabilidad.....	54
2.3. Elementos. ....	54
A) Sujetos. ....	54
B) Objeto. ....	56
C) Forma.....	56
2.4. El precario como contrato.....	56
A) El precario como variedad del contrato de comodato. ....	56
B) Distinción entre el contrato de comodato y el precario. ....	58
C) El precario como contrato autónomo.....	59
2.5.La acción de desahucio por precario. ....	60
<b>CAPÍTULO III. CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA FAMILIAR, TRAS UNA CRISIS MATRIMONIAL, ¿COMODATO O PRECARIO?.....</b>	<b>63</b>
3.1. Aproximación al problema. ....	63
3.2. Evolución jurisprudencial en las últimas décadas. ....	64
3.3. Doctrina fijada por la Jurisprudencia a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005.....	67
A) Consideración de la situación.....	67
B) ¿Qué ocurre con los terceros ajenos al matrimonio?.....	67
C) Relación jurídica preexistente entre las partes antes de la sentencia de separación o divorcio.....	70
D) Consideraciones sobre el uso de la cosa.....	72
3.4. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.....	74

3.5. Comentario práctico de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014.....	75
CONCLUSIONES.....	82
ANEXOS.....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	87
ÍNDICE DE SENTENCIAS UTILIZADAS.....	91

## **ABREVIATURAS**

AA VV	Autores Varios
ADC	Anuario de Derecho Civil
art.(arts.)	artículo(s)
CC	Código Civil
cit.	citada
coord.	coordinador
Dir.	Dirigida
ed.	edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
núm.	número
ob.	obra
Part.	Partidas
p(p).	página (s)
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Tít.	Título
vol.	volumen

## **INTRODUCCIÓN.**

Este trabajo se propone el estudio de dos figuras jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico: el contrato de comodato y el precario, y su aplicación a un tema que en el presente está suscitando grandes problemas: qué ocurre tras una crisis matrimonial con la vivienda cedida gratuitamente por un tercero.

Cuando nos planteamos el estudio de este tema nos atrapó la idea de que fuera una materia de actualidad, y el deseo de llegar a una solución clara y concisa sobre el asunto que tanta controversia ha planteado en las resoluciones de Audiencias Provinciales e incluso en las sentencias del propio Tribunal Supremo.

Es por ello que el trabajo se inicia con el estudio del contrato de comodato, institución procedente del Derecho romano y que a pesar de los siglos se ha mantenido de forma casi intacta.

En segundo lugar analizaremos la figura del precario que tantos vaivenes ha sufrido a lo largo de la historia y, su fijación en el Derecho español a través de la jurisprudencia.

En último lugar haremos referencia a la cesión gratuita de vivienda familiar en los casos en que es cedida por un familiar cercano, normalmente los padres, o incluso por un amigo. Y después de realizarse esta cesión por razón de matrimonio, la pareja se ve sobrevenida por una crisis matrimonial. Ante esta situación es discutida la posición en la que se encuentra el cónyuge que se ve beneficiado para el uso de la vivienda por una sentencia dictada en un procedimiento matrimonial. Para aclarar esta discusión examinaremos los puntos esenciales que ha analizado la Jurisprudencia hasta llegar a la solución hoy mantenida por el Tribunal Supremo.

Para el estudio del tema hemos utilizado diversos recursos, focalizando el tema metodológico en el estudio doctrinal y jurisprudencias en España.

## CAPÍTULO I. CONTRATO DE COMODATO.

### 1.1. Orígenes y concepto.

La palabra comodato proviene del latín “commodum”, provecho, según unos, y, según otros, de “cum” y “modo”, porque la cosa ha de usarse de cierta manera.

El contrato de comodato se define en el art. 1740 del CC, según el cual es el contrato por el que 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. Es decir, estamos ante una cesión gratuita de una cosa por un tiempo determinado o para un uso específico con la limitación de su posterior devolución.

Volviendo la vista atrás, haremos una revisión de la tradición histórica de la figura del comodato. El comodato, o préstamo de uso, en el Derecho romano era un contrato real, bilateral imperfecto y de buena fe, por el que una persona (comodante) entregaba a otra (comodatario) una cosa no consumible para que se usara gratuitamente durante cierto tiempo, al cabo del cual debía restituirla. La entrega convertía al comodatario en detentador de la cosa, mientras la propiedad y la posesión seguían vinculadas al comodante<sup>1</sup>, de ahí que pudiera dar en comodato quien no era propietario, por lo que la cesión del objeto para un uso dado no implicaba transferencia de derechos ni tampoco de posesión<sup>2</sup>. Por ejemplo, el que dejaba gratuitamente a otro una máquina para determinado trabajo; un carruaje para que hiciese un viaje; un esclavo que verificaba ciertos servicios, etc., celebraba con él un contrato de comodato.

La nota característica del comodato era su gratuidad.

El objeto del comodato sólo podían ser las cosas corporales, muebles e inmuebles, las cuales, debía ser inconsumible, sin embargo, los objetos consumibles podían darse en comodato, cuando su uso se requería pura y simplemente *ad pompam*. El comodatario debía usar la cosa de conformidad con su propia naturaleza y destino o, bien según lo pactado, dando lugar en caso contrario a un hurto, *furtum usus*, en el Derecho justiniano. El objeto debía ser restituido al terminar el uso convenido o dentro del plazo fijado, con todas las accesiones y frutos, si la cosa era fructífera.

---

<sup>1</sup> IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 255.

<sup>2</sup> BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1979, p. 482.

El comodante disponía de la *actio commodati* para exigir la devolución de la cosa una vez concluido el uso pactado y si no existía pacto después de un tiempo prudencial, de modo que la recuperación no se considerara realizada con premura dolosa que justificaba una *exceptio doli* del comodatario<sup>3</sup>. La *actio commodati* tenía dos posibles fórmulas: una concebida *in factum* y otra *in ius concepta*.

El comodatario respondía de la conservación de la cosa porque debía devolverla íntegra. Por tanto, respondía del hurto, *furtum*, de la cosa comodada independientemente de su grado de diligencia en la conservación de la misma, quedando, únicamente liberado de responsabilidad en el caso de un evento de fuerza mayor. La motivación de la responsabilidad por custodia pudieron verla los romanos en el hecho de que el contrato parecía concebido para ventaja del comodatario. De modo que el interés de cada parte se insinuaba como motivo de exoneración o agravación de la responsabilidad. De ahí que en aquellos supuestos en que el comodante tiene interés en el préstamo de la cosa al comodatario o el interés de ambos es común, la responsabilidad se limitaba al *dolus*<sup>4</sup>.

En el Derecho medieval español el comodato se regula junto al mutuo y el depósito, en el Fuero Juzgo en el Título V, Libro V.

De la misma forma el Fuero Real recoge el comodato en la Ley I, Título XVI, Libro III. El comodato es: “*Todo emprestido se face en dos maneras: la una es, quien home rescibe emprestido por cuenta, como dineros, ó otra moneda qualquier, ó la tenía por peso, como oro, ó plata, ó cera, ó otra cosa semejable, ó la tomó por medida, como pan, ó vino, ó olio, ó otra cosa semejable, é quien en esta guisa algun emprestido de otri tomáre, no es tenuto de dar aquella cosa misma que tomáre; ca luego que la tomáre, luego es suya, é puede facer della lo que quisiere como de suyo: mas es tenuto de dar otro tanto, é tan bueno, que sea de aquella natura de que era lo que tomó: é la otra manera es, quando home rescibe emprestidos de paños fechos, ó de bestias, ó de siervos, ó de otra cosa qualquier: é quien en esta guisa alguna cosa de otri tomáre, emprestada, es tenuto de le dar aquella cosa misma que tomáre, que aquel que la emprestada tomó, no ha en ella más del uso, ó del servicio porque gela emprestaron: é siempre finca por suya de aquel que gela emprestó.*”

---

<sup>3</sup> FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 250.

<sup>4</sup> FUENTESECA, P., *ob. cit.*, p. 252.

Posteriormente en Las Partidas, Ley I, Tít. II, P. V se dice: “Que el “Comodato es una manera de préstamo que hacen los hombres unos a otros, así como de caballos o de otra cosa semejante, de que se debe aprovechar aquel que la recibió, hasta cierto tiempo. Esto se entiende, cuando lo hace por gracia o por amor, no tomando aquel que lo da, por ende, precio de loguero ni de otra cosa ninguna. Commodatum quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la recibió”<sup>5</sup>.

Posteriormente en el Proyecto de Código Civil de 1851, el comodato se regula como un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna de las cosas no fungibles, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva (art. 1630 del Proyecto).

Después del fracaso del Proyecto de Código Civil de García Goyena, y retomando el propósito codificador, se llegó al Código Civil de 1889, actual código civil en España, el cual recoge el contrato de comodato en el art. 1740.

La doctrina del siglo XX recogió el comodato de forma muy similar pero destacando particularidades diferentes. Así MANRESA NAVARRO<sup>6</sup> dice que la característica de esta institución es que las cosas objeto del préstamo no sean fungibles, y que se den por cierto tiempo y para su devolución específica.

CLEMENTE de DIEGO<sup>7</sup> define el comodato como un contrato principal, gratuito y real, por el que una persona entrega a otra gratuitamente una cosa no fungible, para que la use por cierto tiempo y la devuelva, concluido éste o el uso para que la recibió.

Comodato, según CASTÁN<sup>8</sup>, y siguiendo la redacción del CC, es el contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a la otra una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo, y se la devuelva, o, como dice MARTÍN RETORTILLO<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> El texto original de Las Partidas sería el siguiente: “*Commodatum es una manera de préstamo, que fazen los omes unos a otros, assi como de cauallos, o de otra cosa semejante, de que se deue aprouechar aquel que la rescibio, fasta tiempo cierto. Esto se entiende, quando lo faze por gracia, o por amor, non tomando aquel que lo da, porende, precio de loguero, nin de otra cosa ninguna. Commodatum quiere decir, como cosa que es dada a pro de aquel que la rescibio. E todos aquellos que diximos en las leyes del Titulo ante deste, que pueden dar, e rescebir emprastadas, las cosas que se suelen contar, o pensar, o medir, essos mismos pueden dar, e recibir tal préstamo como este, que se faze de las otras cosas que non son desta natura, assi como de suso diximos.*”

<sup>6</sup> MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid, 1920, pp. 593- 596.

<sup>7</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., *Elemental de Derecho Civil español común y foral*, Madrid, 1926, p. 218.

<sup>8</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, vol. IV, Reus, Madrid, 1993, p. 443.

<sup>9</sup> MARTÍN RETORTILLO, C., “El comodato en nuestros días”, *ADC*, 1953, p. 841

es un contrato real, gratuito y unilateral por el cual el comodante entrega una cosa no fungible al comodatario para que haga de ella algún uso determinado y después se la devuelva.

En la Nueva enciclopedia jurídica MASCAREÑAS,<sup>10</sup> define el comodato como un contrato en virtud del cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa no fungible para que ésta se utilice de ella durante cierto tiempo, sin cambiar su naturaleza, y la devuelva una vez satisfecha la necesidad para cuyo cumplimiento le fue concedida.

Según lo expuesto anteriormente podemos ser conscientes de que, pese al paso del tiempo, el contrato de comodato no ha sufrido una gran variación desde el Derecho romano hasta nuestros días.

## 1.2. Caracteres.

Son caracteres del contrato de comodato los siguientes:

A) Estamos ante un contrato real. Podemos partir de la exigencia del art. 1740 CC en el que se dice que “por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato...”. Son contratos reales aquellos que requieren la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, no siendo suficiente con el mero acuerdo entre las partes, siendo lo normal en el comodato que el acuerdo de voluntades y la entrega de la cosa sean momentos coetáneos<sup>11</sup>.

De modo que si no se produce la entrega no habrá contrato, y no surgirán obligaciones para las partes. Así se deduce del propio CC que regula el comodato a partir de la entrega de la cosa, careciendo de regulación la fase de precontrato, puesto que las prestaciones de cortesía únicamente podrán generar una obligación de carácter social.

B) Es un contrato gratuito. Esta característica hace que el comodato sea calificado como un contrato de favor, de escaso contenido económico y ligado, casi

---

<sup>10</sup> MASCAREÑAS, C., *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1952, p. 463.

<sup>11</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11892- 11893.

siempre, al ámbito de la ayuda mutua, propia de las relaciones familiares, de amistad o de vecindad, encontrando su máximo desarrollo en épocas en las que la situación de crisis ha propiciado la carencia de determinados objetos o ha ocasionado la necesidad de abandonar la residencia habitual, promoviendo la ocupación de la misma por terceras personas.

En la propia regulación legal del contrato se encuentra el fundamento de su gratuidad, arts. 1740. II y 1741 CC.

Si se pactara un precio se trataría de un contrato de arrendamiento y, si en vez de precio se pactara una contraprestación distinta, tampoco estaríamos ante un contrato de comodato, sino ante un contrato atípico<sup>12</sup>.

Cuando la verdadera intención y finalidad del negocio es facilitar el uso de la cosa, el contrato es comodato, con independencia de la utilidad que pueda reportar el contrato al comodante, siendo la gratuidad compatible con la obtención de alguna ventaja, siempre que la misma se mantenga al margen del contrato, es decir, permanezca en el ámbito de los motivos personales que inducen a contratar y no suponga al comodatario deberes adicionales a los propios del comodato. Lo decisivo es que dicha ventaja no haya sido pactada por las partes y se mantenga al margen del acuerdo negocial.

El carácter gratuito persiste pese a que del comodato se deriven ventajas para el comodante, ventajas que se obtienen de forma indirecta y no como contraprestación al préstamo.

¿Admite el contrato de comodato la imposición de una carga o gravamen al comodatario sin que se desvirtúe su naturaleza? Hay algunos autores que basándose en el art. 1741 CC dicen que si el establecimiento de un modo impusiera una carga dineraria al comodatario supondría una alteración de la propia naturaleza del contrato convirtiéndolo en otro de naturaleza distinta. No obstante, el comodato modal podría ser válido, siempre que la carga fuera lícita y posible. Por ejemplo, si el modo consistiera en la imposición de un determinado comportamiento al comodatario. En este último

---

<sup>12</sup> BATALLER RUIZ, E., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), *Código Civil Comentado*, vol. IV, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 862.  
PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11907.

caso el modo no supone una contraprestación a la cesión que hace el comodante, por lo que su imposición no transformaría la naturaleza del contrato convirtiéndolo en un contrato oneroso<sup>13</sup>.

Lo decisivo es que la carga o gravamen no suponga contraprestación por lo recibido, sino una simple modalidad, es decir, una limitación impuesta al valor recibido por el comodatario<sup>14</sup>.

C) Es un contrato unilateral. En la concepción clásica del contrato de comodato como contrato real puede ser calificado como contrato unilateral. La entrega de la cosa implica la perfección del contrato. Como consecuencia de su carácter gratuito, del comodato derivarían obligaciones principales únicamente para una de las partes, el comodatario: obligación de restitución de la cosa comodada al fin del contrato. Esta obligación nace en el mismo momento de formación del contrato y no se encuentra en relación de reciprocidad con la cesión del uso del bien entregado, sino que más bien supone un deber de liquidación del contrato, derivado de la duración temporal del mismo.

Junto a la obligación de restitución incumben al comodatario otra serie de obligaciones, que inciden en el derecho al uso de la cosa entregada y que se concretan, bien en la imposición de un uso determinado, bien en la asunción de los gastos ordinarios derivados de la propia utilización del bien comodado. Puede entenderse que la obligación de abonar los gastos ordinarios derivados del uso de la cosa viene a delimitar, igualmente, la medida del derecho del comodatario.

No podemos olvidar que las obligaciones impuestas al comodante son accidentales, ya que nacen de hechos exteriores y posteriores al contrato. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 1751 CC “el comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada...” y de la misma forma puede observarse en el art. 1752 CC “el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido.”. Hay que hacer referencia a la obligación de no reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó,

---

<sup>13</sup> COSTAS RODAL, L, “Contratos de cesión temporal de uso y disfrute”, en AA.VV. (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R), *Tratado de Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 3161.

<sup>14</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11909.

recogida en el art. 1749 CC, en la cual se expresa que la conclusión del contrato implica la imposibilidad de que el comodante pueda reclamar la cosa antes de concluido el uso para el cual se prestó. Se trataría de una obligación que consiste en tolerar, de forma que, el comodante estaría obligado, por la conclusión del contrato, a respetar ciertos actos que en otro caso podría haber rechazado.

Aunque existan obligaciones para ambas partes el contrato de comodato no es bilateral ya que cada una de las obligaciones de este negocio jurídico no actúa como causa de la otra. Entre la obligación que grava al comodante de no reclamar el bien entregado hasta el fin del contrato, y la obligación de restituir que grava al comodatario no existe sinalagma, no hay correlación en cuanto que la obligación de restitución no encuentra su causa en la cesión del bien comodado, sino en el ánimo liberal del comodante.

La existencia de obligaciones a cargo del comodante, nacidas de circunstancias posteriores a la formalización del contrato y con base legal en los arts. 1751 y 1752 CC no convierten a este contrato en bilateral, ya que no se encuentran en relación de correspectivo respecto a la obligación de restitución; no hay sinalagma, pues el crédito a la indemnización nace de hechos exteriores o posteriores al contrato<sup>15</sup>.

D) Es un contrato de duración temporal. El comodatario tiene el uso de la cosa por cierto tiempo, transcurrido el cual ha de devolverla, art. 1740 CC. Si no queda establecido un plazo de duración o un uso, el comodato queda al arbitrio del comodante, art. 1750 CC.

En conclusión, la duración puede estar fijada por las partes del contrato; si nada se ha pactado, ésta será la que exija el uso para el que se prestó la cosa; en su defecto, la que se derive de la costumbre de la tierra; y si nada se deduce de todo ello, se faculta al comodante para reclamarla a su voluntad, arts. 1749 y 1750 CC<sup>16</sup>.

El art. 1749 CC permite la revocación anticipada siempre que el comodante justifique una urgente necesidad, siendo a él a quien corresponde la carga de la prueba.

---

<sup>15</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 91.

<sup>16</sup> BLASCO GASCÓ, F., CAPILLA RONCERO, F., LÓPEZ y LÓPEZ, Á., MONTÉS L. PENADÉS, V., ORDUÑA MORENO, J., ROCA i TRIAS, E., (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.), *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 458.

E) Es un contrato típico. Su tipicidad procede de su expresa regulación legal aunque no queda sometido a especiales requisitos formales o documentales, sin perjuicio de la forma que hayan podido acordar las partes para dejar constancia de su acuerdo<sup>17</sup>.

F) Es un contrato traslativo del mero uso de una cosa<sup>18</sup>. Así se deduce del art. 1741 al disponer que el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, aunque esta afirmación es poco afortunada si se tiene en cuenta que el comodante legitimado para dar en comodato puede o no ser propietario de la cosa que presta, bastando con ostentar un derecho, real o de crédito, que no siendo personalísimo, le confiera el uso del mismo y que pueda ceder a otro por comodato, siendo, de esta forma, posible el comodato de cosa ajena.

El uso al que hace referencia el art. 1741 CC excluye el aprovechamiento de los frutos de la cosa, que habrán de ser entregados al comodante en el momento de la devolución de la cosa prestada, salvo pacto en contrario, si bien, en ocasiones y no existiendo pacto expreso, el uso normal de la cosa puede implicar la percepción de sus frutos o de algunos de ellos por parte del comodatario<sup>19</sup>.

Si observamos la jurisprudencia podemos percatarnos de que ha incido, especialmente, en algunas de las características del contrato de comodato. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recogido como notas esenciales del comodato la cesión gratuita de la cosa y la duración limitada del contrato. Así se cita en la sentencia del Tribunal Supremo de de 11 de junio de 2012<sup>20</sup>: “*un contrato de comodato está caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto*”. En este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia menor, como por ejemplo, Audiencia Provincial de Salamanca en la sentencia de 14 de

---

<sup>17</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3163.

<sup>18</sup> VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 25.

<sup>19</sup> BATALLER RUIZ, E., ob. cit., p. 861.

VIVAS TESÓN, I., ob. cit., p. 30.

<sup>20</sup> STS de 11- junio- 2012 (RJ/2012/8848). En el mismo sentido STS de 25- febrero- 2010 (LA LEY 3986/2010); STS de 11- noviembre- 2010 (LA LEY 208800/2010); STS de 3- diciembre- 2014 (RJ/2014/6078).

noviembre de 2005<sup>21</sup>: “*el comodato es un préstamo de uso cuyas principales notas características son la gratuidad y la duración temporal*”.<sup>22</sup>

### 1.3. Constitución del contrato.

Tradicionalmente el comodato ha sido considerado como un negocio jurídico de escasa transcendencia en el patrimonio del concedente, dado el carácter temporal del negocio y el hecho de que su celebración no implica que el objeto comodado salga del patrimonio del comodante, por lo que podría considerarse como un acto de ordinaria administración; aunque, en ocasiones, teniendo en cuenta las características del préstamo, su objeto y su duración, la repercusión patrimonial del acto podría alcanzar una extensión considerable; sin perjuicio de que la cesión podría comprometer el objeto como consecuencia de su pérdida o deterioro. Por otro lado, también, nos encontraríamos ante un negocio jurídico dispositivo, ya que mediante su formalización se produce un desplazamiento de las facultades de las que goza el comodante<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> SAP Salamanca de 14- noviembre- 2005 (LA LEY 221603/2005)

<sup>22</sup> En este mismo sentido se han pronunciado: SAP Barcelona de 10- noviembre- 2010 (LA LEY 298166/2010); SAP A Coruña de 29- junio- 2011 (LA LEY 122148/2011); SAP Asturias de 13- enero- 2014 (LA LEY 2806/2014); SAP de Las Palmas- 13 de junio- 2014 (LA LEY 115881/2014); y, muy significativamente la Audiencia Provincial de Badajoz en su sentencia de 20 de mayo de 2005 (RJ/2006/46247): “*El comodato, por su parte, es considerado por la doctrina como un contrato nominado (art. 1740 CC ), real, traslativo de uso y no de la propiedad, unilateral, siempre gratuito, pues de mediar pago nos encontraríamos ante un contrato de arrendamiento, y temporal bien porque se haya convenido el tiempo o bien porque el mismo venga determinado por el uso a que se destina la cosa prestada o por la costumbre de la tierra*”.

En el mismo sentido la Audiencia Provincial de León en la sentencia de 4 de junio de 2010 (LA LEY 105899/2010): *El comodato es aquel contrato por el cual una persona (llamada comodante) entrega gratuitamente a otra (llamada comodatario) una cosa, para que use de ella y se la devuelva después (art. 1740 del CC). El comodato es esencialmente gratuito (art. 1.740 2º y 1.741 in fine), si se pacta una retribución pasa a ser arrendamiento de cosas, se celebra en principio en beneficio del comodatario. El comodato puede recaer lo mismo sobre cosas no consumibles que inmuebles, conservando el comodante la propiedad de la cosa prestada (art. 1741) o el derecho que tuviere sobre ella, adquiriendo el comodatario sólo el uso de la misma, pero no sus frutos si los produce. El uso que ha de darse a la cosa ha de ser el pactado y en defecto de pacto, el uso determinado por la costumbre (art. 1750); la duración del contrato se determina por el uso para que se prestó (art. 1749) o por el tiempo convenido (art. 1744). Si por el contrario no se pacto uso y éste no resulta determinado por la costumbre, la duración del comodato queda a voluntad del comodante, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario (art. 1750). El comodatario debe usar la cosa, conservarla diligentemente y devolverla al acabar el comodato, no asumiendo el comodante ninguna obligación por razón del comodato. La extinción de comodato se regula en los artículos 1749 y 1750 del C.C*

<sup>23</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 108.

## **A) Elementos personales del comodato.**

En primer lugar haremos un breve análisis de los elementos personales del contrato de comodato. En este contrato interviene el comodante, aquel que se desprende de una cosa que le pertenece con la intención de que su uso beneficie a otro, y el comodatario, aquel que recibe la atribución patrimonial gratuita<sup>24</sup>.

### **a. Capacidad de las partes.**

No se exigen reglas especiales en materia de capacidad por lo que rigen las normas generales para contratar. Por capacidad para contratar debemos entender la aptitud del sujeto para intervenir válida y eficazmente en el negocio jurídico, asumiendo las obligaciones que del mismo derivan.

Siendo necesaria la capacidad para contratar debemos partir del art. 1263 CC, el cual, nos dice que no pueden prestar el consentimiento los menores no emancipados y los incapacitados; de lo que podemos deducir que los mayores de edad no incapacitados por sentencia judicial pueden prestar este consentimiento, más problemas plantea el caso de los menores emancipados<sup>25</sup>.

En cuanto a la **capacidad del comodante**, todos aquellos que tengan capacidad para contratar podrán concluir este contrato. La doctrina se ha planteado la posibilidad de formalización de este contrato por aquellos que tienen restringida su capacidad para determinados negocios jurídicos como es el caso de los menores emancipados, y de igual forma, se ha planteado la posibilidad de que pueden ser entregados en comodato bienes propiedad de menores o incapacitados por las personas que ostentan su representación. Veamos algunos de estos supuestos específicos:

1. Capacidad de los menores emancipados, la mayor parte de la doctrina considera que al tratarse de un negocio jurídico que puede incluirse entre los actos de ordinaria administración, no se requiere una especial capacidad para su formalización, y, por tanto, éstos podrían válidamente prestar el consentimiento necesario<sup>26</sup>. No

---

<sup>24</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 105.

<sup>25</sup> MARÍN PÉREZ, P., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. ALBALADEJO, M.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (Edersa), Madrid, 1982, p. 43.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11899.

<sup>26</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11899.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 108.

podemos olvidar que el art. 323<sup>27</sup> CC recoge las restricciones de capacidad de obrar de los emancipados, debiendo buscar el fundamento de tales limitaciones en el acto patrimonial que se restringe. La incidencia que el contrato de comodato pueda tener en el patrimonio del concedente debe ser ponderada en este caso, a pesar de que se considera al comodato como un negocio jurídico englobado en los actos de ordinaria administración, ya que, de las circunstancias que concurren en cada caso, pueden imponerse la exigencia de un complemento a la capacidad del emancipado<sup>28</sup>.

2. En los casos de tutela acudimos a los arts. 271 y 272 CC para determinar si la formalización de un contrato de comodato se encuentra entre los actos para los que el tutor requiere autorización judicial. La celebración del contrato de comodato puede englobarse en los actos del art. 271.9<sup>29</sup> CC al requerir autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

3. En relación a los bienes de los hijos sometidos a patria potestad, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 166 CC<sup>30</sup>. El comodato no aparece expresamente entre los actos prohibidos a los titulares de la patria potestad, y solo cuando comprometan la presencia efectiva del bien en el patrimonio del menor y se refieran a bienes de extraordinario valor o a inmueble puede equipararse a los gravámenes para los el citado artículo exige autorización judicial<sup>31</sup>.

La condición de comodante puede ser ostentada, también, por personas jurídicas, siempre que estas puedan formalizar negocios jurídicos en la forma determinada en las leyes y reglas de constitución, art. 38 CC.

---

<sup>27</sup> Art. 323 CC: “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.”

<sup>28</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 111.

<sup>29</sup> Art. 271.9: “El tutor necesita autorización judicial: para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.”

<sup>30</sup> Art. 166: *Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.*

<sup>31</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11899.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 112.

La determinación de la **capacidad del comodatario** ha planteado menos dificultades, ya que el riesgo que supone para su patrimonio la recepción de una atribución patrimonial gratuita es inferior al que el negocio puede producir en el comodante<sup>32</sup>, aunque, la obligación de restitución que grava al comodatario puede dar lugar a un perjuicio de sus intereses.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma específica que restrinja la capacidad del comodatario por lo que será aplicable la regla general. De este modo, quienes válidamente, según lo dispuesto en el art. 1263 CC, puedan prestar consentimiento contractual podrán celebrar un contrato de comodato. Es conveniente que analicemos brevemente diversos supuestos en los que se puede encontrar la persona del comodatario.

1. En el caso de los menores emancipados el art. 323 CC les impide exclusivamente tomar dinero a préstamo, y dicha restricción no afecta al préstamo de comodato de toda clase de bienes, independientemente de su naturaleza.

2. No hay inconveniente en admitir que los titulares de la patria potestad puedan concurrir como comodatario en nombre de sus hijos.

3. Se admite la capacidad de los tutores para suscribir un contrato de comodato en nombre de su representado, según lo dispuesto en el art. 271.4<sup>33</sup>, sin olvidar que, los tutores necesitan autorización judicial para dar y tomar dinero a préstamo, art. 271.8<sup>34</sup>; por tanto, un tutor estaría capacitado para concluir un contrato de comodato en nombre de su representado pero sería necesario que el Juez hubiera autorizado ese acto.

4. En el supuesto de conclusión de un contrato de comodato por persona incapacitada debemos observar las normas generales. La falta de plena capacidad de obrar da lugar a la anulabilidad y la persona favorecida por estas normas podría pedir su anulación.

Según lo dispuesto en el art. 1302 CC podrán ejercitar la acción de nulidad los obligados principal y subsidiariamente en el contrato, pero, las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron. Por tanto, si el

---

<sup>32</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 112.

<sup>33</sup> Art. 271.4: “El tutor necesita autorización judicial: para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades”.

<sup>34</sup> Art. 271.8: “El tutor necesita autorización judicial: para dar y tomar dinero a préstamo”.

comodatario o el comodante contratan con un incapacitado se encontrará en una posición insegura, ya que la validez de ese contrato va a depender de otra persona porque podrá pedir la restitución o exigir la entrega antes de que finalice el contrato. Declarada la ineficacia del negocio surge la obligación de restituir las prestaciones o atribuciones patrimoniales que las partes hubieran efectuado en virtud del contrato. Todo lo anterior sin olvidar la excepción del art. 1304 CC, según el cual, cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera. Esta regla supone que en el caso de comodante incapaz, ejercitada válidamente la acción de anulación, el comodatario, capaz, estará obligado a la restitución del objeto entregado; en el supuesto de que la anulación tenga su causa en la incapacitación del comodatario, deberá devolver la cosa en el estado en que se encuentre y también aquello en cuanto se enriqueció como consecuencia del deterioro o pérdida de la misma<sup>35</sup>. Debemos poner en relación con lo anterior el art. 1314 CC el cual nos dice que si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad.

#### **b. La capacidad de disposición del comodante sobre la cosa prestada.**

Debemos también analizar la aptitud del comodante para disponer de los bienes sobre los que recae el préstamo de uso. Según el art. 1741 CC *el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada*, sin embargo, para ser comodante no es necesario ser propietario de la cosa prestada, solamente se requiere disponer del uso, ya que es aquello que se transmite, es decir, quien tenga una relación sobre la cosa que no esté basada en un derecho personalísimo e intransmisible podrá ser comodante<sup>36</sup>, por ejemplo, el usufructuario podrá dar la cosa en comodato pero, no estará facultado para ceder el uso de la cosa del titular de un derecho de uso o habitación. En conclusión<sup>37</sup>, podrán prestar el uso de la cosa el propietario y el titular de un derecho real o personal sobre ese bien que implique la utilización del mismo, siempre que el derecho real no tenga carácter personalísimo o no se haya concedido en atención a la propia persona. No podrán realizar un contrato de préstamo de uso, el propietario cuando sobre la cosa

---

<sup>35</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., pp. 114- 115.

<sup>36</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3164.

<sup>37</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11904.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 117.

incida un derecho real o personal que le prive del uso y goce de la misma, el titular de un derecho real que no implique posesión sobre la cosa o permita el uso, ni el titular de cualquier derecho real limitado que, dando lugar al goce de la cosa, sin embargo éste se encuentre restringido.

La doctrina también ha reflexionado sobre la validez del contrato hecho por persona que no ostenta ningún derecho sobre la cosa y, advierte que el comodato no afectará a la relación del propietario con la cosa. El verdadero propietario dispondrá de la acción reivindicatoria para recuperar la cosa que está en posesión del comodatario<sup>38</sup>.

Problemática diferente es la posibilidad de concluir un contrato de comodato en el que la cosa entregada sea propiedad del comodatario. Esta circunstancia aparece en aquellos casos en los que el comodante es el titular de un derecho real o personal y, permite la utilización del bien cediéndolo de forma gratuita a su verdadero propietario<sup>39</sup>. El comodante conserva el mismo derecho que tuviere sobre la cosa, ya que lo único que cede es el uso.

Otra cuestión diferente es el carácter personal del préstamo, tradicionalmente se ha atribuido al contrato de comodato un carácter *intuitu personae*, ya que este negocio implica la cesión de un bien que nos pertenece o cuyo uso tenemos atribuido, y dicha cesión se hará en contemplación a las cualidades personales del comodatario. Siendo consecuencia de este carácter la imposibilidad de que ese uso sea transmitido a un tercero, es decir, se prohíbe el subcomodato<sup>40</sup>.

Puede justificar este carácter personal del préstamo el art. 1742 CC según el cual *las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada*. De este precepto podemos extraer alguna consecuencia especial, no debemos olvidar que se trata de un contrato gratuito, presidido por las relaciones de amistad y confianza. El comodante que a la muerte del comodatario, y estando vigente el préstamo de uso, quiera reclamar la cosa frente a los herederos,

---

<sup>38</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3164.

<sup>39</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11904.  
PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 120.

<sup>40</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11919.  
PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 122.

sosteniendo que éstos no tienen derecho a continuar con el contrato, deberá probar la existencia del *intuitus personae*<sup>41</sup>. Debemos darnos cuenta que el contenido de este precepto se limita a establecer una forma particular de extinción del contrato, encontrándonos en el supuesto de que el préstamo se hubiera realizado en atención a la persona del comodatario. En estos casos, al tratarse de una cesión *intuitu personae*, los herederos no tienen derecho al uso de la cosa, y están obligados a restituirla.

### **c. Objeto del contrato.**

Respecto a las posiciones del comodante y del comodatario en relación con la cosa objeto de contrato. Según el art. 1740 CC el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, cediendo únicamente el uso de la misma al comodatario. Podrán ser comodante todas aquellas personas que sean titulares de un derecho real o personal sobre la cosa que confiera el uso de la misma, siempre que dicha titularidad no comprenda un derecho de carácter estrictamente personal.

El comodato no priva al dueño de su condición de tal, simplemente superpone a la relación del comodante con la cosa prestada otra relación obligacional entre las partes contratantes<sup>42</sup>, que determina la medida y las posibilidades de uso de la cosa por parte del comodatario. En el caso de que el comodante sea propietario de la cosa, la conclusión del contrato no le priva de ejercer la acción reivindicatoria frente al comodatario o frente a un tercero. En el supuesto de que sea titular de un derecho de diferente naturaleza, la acción que puede ejercer para recuperar la cosa es la de naturaleza personal derivada del contrato de comodato.

### **B) Uso de la cosa**

En segundo lugar haremos referencia a la utilidad del bien prestado. En el contrato de comodato el uso de la cosa es el contenido fundamental del derecho que el mismo otorga al comodatario, pudiendo convertirse el uso en el objeto de cambio.

En ocasiones la duración del contrato viene determinada por la duración del uso, así se recoge en el art. 1749 CC al señalar que el comodante puede reclamar la cosa después de concluido el uso para el que se prestó. También podríamos preguntarnos

---

<sup>41</sup> DÍEZ- PICAZO, L., “La cesión gratuita del uso”, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010, p. 369.

<sup>42</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 127.

sobre la trascendencia que el uso efectivo realizado por el comodatario, en relación con la duración del contrato, tiene en los casos en los que éste se aparta de las reglas marcadas en el contrato o impuestas por la propia naturaleza de la cosa entregada, ya que dicho comportamiento podría dar lugar a la resolución del negocio y la restitución de la cosa prestada.

La naturaleza personal del derecho al uso que surge en el momento de la entrega del bien objeto del contrato da lugar a la prohibición, que pesa sobre el propietario del mismo, a reclamarlo antes del fin del contrato, como consecuencia del compromiso personal adquirido por el comodante<sup>43</sup>.

La doctrina señala que el uso en el contrato de comodato puede tener dos manifestaciones. Un primer uso puede ser el pactado, pudiendo ser éste el propio y normal del objeto según su naturaleza. Un segundo uso sería que se hubiera acordado la cesión del uso pero sin especificar su alcance y contenido concreto.

En conclusión podríamos entender que por medio de este contrato son susceptibles de transmisión la totalidad de las utilidades que el mismo puede proporcionar. Las partes pueden pactar expresamente el contenido del uso, teniendo este pacto diferente naturaleza, y de esta forma la duración del contrato vendrá determinada por la duración del uso pactado. También, puede ser posible que el uso se deduzca tácitamente del contenido del negocio.

El CC contempla el “uso de la tierra” como parámetro a utilizar en los casos en los que no se haya pactado el uso al que debe ser destinada la cosa entregada. En ocasiones no resulta fácil determinar el uso para el que se prestó la cosa y es necesario recurrir a la relación de la persona con el objeto prestado para determinar bajo qué préstamo subyace la verdadera finalidad<sup>44</sup>.

Respecto de los frutos, el art. 1741 CC otorga al comodatario la posibilidad de utilizar la cosa prestada, pero, no los frutos que la misma cosa produce, ya que estos pertenecen al comodante. En el momento de restitución de la cosa surge la obligación para el comodatario de entregar los frutos al comodante<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 131- 133.

<sup>44</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 140.

<sup>45</sup> MARÍN PÉREZ, P., ob. cit., p. 50.  
PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11905- 11906.

## 1.4. Derechos y obligaciones de las partes.

### A) Comodatario.

El comodato da derecho al comodatario a usar la cosa conforme a lo pactado.

#### a. Obligaciones del comodatario:

1º. El comodatario tiene la obligación de *cuidar la cosa con la diligencia* de un buen padre de familiar, art. 1094 CC<sup>46</sup>, refiriéndose este precepto a aquellos que siendo poseedores de una cosa la deban entregar a otro. La obligación de restitución conlleva el deber general de custodia que asigna la Ley a todos aquellos que poseen una cosa que han de entregar a otro.

Partimos de que no es posible establecer de antemano el contenido de los actos de guardia y custodia que debe llevar a cabo el comodatario, aunque hay elementos que pueden servirnos de apoyo, como la naturaleza del objeto, el uso permitido o la finalidad a la que se dirige el negocio<sup>47</sup>.

La aplicación del art. 1094 CC al contrato de comodato tiene como consecuencia que el comodatario soporta la carga de una diligente conservación de la cosa debida, desde el momento de la entrega de la cosa y hasta que tenga lugar la restitución de la misma. Se pretende mantener la identidad de su estado entre el momento de la entrega y el momento de la restitución. En este sentido podemos decir que al comodatario le corresponde, por ejemplo, la defensa del estado posesorio de la cosa por los medios que legalmente le habiliten para ello, o, poner en conocimiento del comodante las perturbaciones que puedan afectar a la cosa que detenta<sup>48</sup>.

2º. El comodatario está *obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa*, art. 1743 CC<sup>49</sup>. Esta obligación se

---

<sup>46</sup> Art. 1094 CC: “El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia”.

<sup>47</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 171.

<sup>48</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., pp. 171- 172.

<sup>49</sup> En la SAP Granada, 23 de septiembre de 2011 (LA LEY 312141/2011), se discute si pueden considerarse el reemplazo de las pastillas de frenos, el control del nivel de los líquidos del vehículo y el cambio de escobillas como gastos ordinarios de un vehículo. El Tribunal considera que los gastos derivados exclusivamente del uso de la cosa deben ser a cargo del poseedor, que es quien venía disfrutando de ella. Aplica el art. 1743 CC en virtud del cual se establece la obligación al comodatario de satisfacer los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa prestada. En el mismo sentido se recoge la obligación del art. 1743 CC en otras sentencias como: SAP A Coruña de 14- junio- 2011 (LA LEY 113800/2011); SAP Valencia de 16- junio- 2011 (LA LEY 213125/2011);

justifica en atención al derecho de uso que corresponde al comodatario, sin olvidar que se trata de un contrato gratuito. Es justo que quien se aprovecha de la cosa satisfaga los gastos de uso y conservación. La finalidad de esta obligación es hacer posible que la cosa preste el servicio al que se ha destinado, sea el natural o el pactado; mantener la cosa en el estado en que se encontraba cuando la recibió el comodatario; y, que pueda restituirse en un estado equiparable al que tenía cuando el comodatario la recibió, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y el destino para el que se cedió<sup>50</sup>.

Se entiende por gastos ordinarios aquellos que resulten previsibles, periódicos e imprescindibles para el uso y conservación de la cosa.

Gastos necesarios para el uso serán aquellos cuyo fin es poner la cosa en situación de poder prestar el servicio para el cual fue cedida. De forma que todas aquellas cargas y contribuciones de carácter anual incumben al comodatario durante todo el tiempo que dure el contrato.

Gastos necesario para la conservación serán aquellos destinados a mantener la cosa en idéntico estado al que se encontraba en el momento en que el comodatario entra en posesión de la misma, a excepción de los desperfectos causados por su uso.

De este modo, las reparaciones que, teniendo carácter ordinario, sean imprescindibles para el uso, corresponderán al comodatario. El incumplimiento repetido de la obligación de realizar tales reparaciones ordinarias podrá dar lugar a la realización de reparaciones de carácter extraordinario y, ocasionar el perecimiento de la cosa entregada. Sin embargo, las reparaciones que deban practicarse como consecuencia de los deterioros normales de la cosa derivados de su utilidad, no le incumbirán<sup>51</sup>.

3º. *Servirse de la cosa para el uso debido*, obligación de uso legítimo. Según el art. 1744 CC responderá por la pérdida de la cosa, aunque sobrevenga por caso fortuito cuando la destine a un uso distinto de aquél para el que se la prestó, o la conserve en su

---

SAP Madrid de 25- mayo- 2012 (LA LEY 122263/2012); SAP Zaragoza de 2- octubre- 2013 (LA LEY 210988/2013)

<sup>50</sup> BASOZABAL ARRUE, X., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1888.

COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3166.

TAMAYO CARMONA, J.A., “De las obligaciones del comodatario”, en AA.VV. Dir. CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), *Código Civil Comentado*, vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 864.

<sup>51</sup> TAMAYO CARMONA, J.A., ob. cit., pp. 865- 866.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., pp. 178- 181.

poder más tiempo del convenido<sup>52</sup>. Podemos entender por uso de la cosa la puesta de ésta al servicio de una actividad en las condiciones definidas por las partes en el contrato<sup>53</sup>.

El Código Civil no concede al comodante el derecho a extinguir el contrato si el comodatario lleva un uso indebido, dando lugar tal uso, solamente a una especial responsabilidad del comodatario.

Es posible pactar el uso normal de la cosa, acorde con su naturaleza o pactar que el uso de la cosa haya de dirigirse exclusivamente a la consecución de una determinada finalidad, o que dicho uso haya de realizarse en determinadas condiciones. En base a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) será posible pactar un uso extraordinario o anormal. Si no se pactó un concreto destino habrá que estar al destino que sea conforme con la naturaleza de la cosa, o con la costumbre de la tierra (art. 1750 CC)<sup>54</sup>. Según MARTÍN RETORTILLO<sup>55</sup> el uso de la cosa queda determinado en el momento de la conclusión del contrato y no sería válido cambiarlo en un momento posterior.

En los casos en que mediando acuerdo de las partes en cuanto al uso, el comodatario resulta obligado a actuar en el empleo de la cosa dentro de los términos pactados, en aquellos casos en los que los sujetos se hayan limitado a convenir el préstamo o a señalar un plazo para la duración del negocio, deberá determinarse cuál es el límite a las facultades del prestatario<sup>56</sup>.

¿Está obligado el comodatario al uso de la cosa prestada? El comodatario tiene un derecho de uso y no un deber de uso. El uso se convierte en necesario cuando se hubiere pactado o, aún sin pacto, cuando la naturaleza de la cosa exija una utilización ininterrumpida. Pese a no haber un deber de uso, el comodante puede reclamar la devolución de la cosa cuando se haya prestado para una determinada finalidad y, esta no se haya llevado a cabo<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> SAP Sevilla de 18- febrero- 2004 (LA LEY 42780/2004); SAP Zamora de 20- diciembre - 2010 (LA LEY 293194/2010); SAP Burgos de 2- diciembre- 2011 (LA LEY 250341/2011); SAP A Coruña de 27- abril- 2012 (LA LEY 60466/2012); SAP Madrid de 15- septiembre- 2014 (LA LEY 165230/2014).

<sup>53</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 151.

<sup>54</sup> TAMAYO CARMONA, J.A., ob. cit., p. 868.

<sup>55</sup> MARTÍN RETORTILLO, C., ob. cit., p. 845.

<sup>56</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11929.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 152.

<sup>57</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3166.

4º. *Obligación de restituir la cosa al término del contrato*, en las mismas condiciones que se le entregó, salvo los deterioros normales; y sin que pueda retener la cosa por lo que el comodante le deba, art. 1747 CC. Se debe al carácter temporal del comodato, y como consecuencia la obligación de restitución surge de manera automática, sin que sea necesaria la reclamación del comodante<sup>58</sup>.

La restitución ha de llevarse a cabo por el comodatario o por sus herederos al comodante, a su representante o a sus herederos. Para el caso de que el comodatario no cumpla con su obligación de restitución, el comodante dispone de una acción personal derivada del contrato, sin perjuicio de la acción reivindicatoria.

Según lo dispuesto en el art. 1741 CC la obligación de restitución comprende la de los frutos de la cosa.

El comodatario está obligado a devolver la cosa aún en el caso de que el comodante se niegue a la satisfacción de los gastos causados por la cosa y, que sean de su efectiva responsabilidad, o la indemnización que corresponde al comodatario como consecuencia de los daños que hubiera podido ocasionarle la cosa defectuosa, si hubiera mediado mala fe. De esta obligación podemos deducir que el comodatario carece de derecho de retención. La privación del derecho de retención tiene su razón de ser en el hecho de que el comodato es un contrato celebrado en beneficio exclusivo del comodatario y es esencial la restitución de la cosa<sup>59</sup>.

#### **b. Responsabilidad del comodatario.**

Debemos partir del art. 1746 CC: *“el comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya”*. Para que no haya responsabilidad del comodatario se requiere, por un lado, un uso ajustado a lo pactado, y por otro, la no concurrencia de culpa por parte del comodatario<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> SAP Madrid de 4- septiembre- 2006 (LA LEY 178215/2006); SAP Barcelona de 20- diciembre- 2010 (LA LEY 280064/2010); SAP A Coruña de 16- febrero- 2011 (LA LEY 39913/2011).

<sup>59</sup> BASOZABAL ARRUE, X., ob. cit., p. 1891.

COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3167.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., pp. 11941- 11942.

TAMAYO CARMONA, J.A., ob. cit., pp. 874- 875.

<sup>60</sup> En este sentido, pero de forma negativa, se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de mayo de 2004 (TOL 434.230): *“Por el contrario resulta correctamente aplicado al caso el art. 1183 del Código Civil en concordancia con el art. 1746 del mismo texto legal que establece la no responsabilidad del comodatario por los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin*

Si la pérdida o deterioro se produce se produce por el solo uso de la cosa dentro de los términos del contrato y sin culpa por parte del comodatario, éste queda exento de responsabilidad<sup>61</sup>.

Establecer un sistema de responsabilidad por culpa da lugar a que el comodatario respondería por la pérdida y el deterioro de la cosa si no empleó la diligencia exigible a un buen padre de familia, art. 1104 CC, como consecuencia del deber de restitución<sup>62</sup>.

En el ámbito de la culpa podemos englobar el dolo y la negligencia, debiendo el comodatario indemnizar los daños sufridos por el comodante en base a los arts. 1106 y 1107 CC.

La responsabilidad del comodatario se agrava en determinados supuestos:

a) Si el *comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para el que se prestó*, en este caso será responsable de su pérdida, aunque sobrevenga por caso fortuito (art. 1744 CC), ya que el riesgo que sufre la cosa es progresivo al uso que se hace de ella. Es el incumplimiento del contrato y la extralimitación en el derecho otorgado lo que justifica la responsabilidad en el caso fortuito.

Sin embargo, debemos recordar que será lícito el pacto por el cual las partes modifiquen el contenido relativo al uso atribuido, ello, en virtud de las normas generales de las obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil<sup>63</sup>.

b) Cuando el *comodatario conserva la cosa en su poder por más tiempo del convenido*, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito, art. 1744 CC. La responsabilidad se agrava por el hecho propio del deudor de no devolver la cosa, ya que incurre en mora de manera automática, art. 1100 CC<sup>64</sup>.

---

*culpa cuya, lo que obliga a acudir a las reglas generales del art. 1183, al no concurrir los supuestos de excepción de responsabilidad del comodatario del art. 1746”*

También se recoge en la sentencia de SAP Málaga de 16- abril- 2004 (LA LEY 89978/2004); SAP Valladolid de 11- octubre- 2011 (LA LEY 214535/2011); SAP A Coruña de 27- abril- 2012 (LA LEY 60466/2012); SAP Toledo de 30- mayo- 2012 (TOL2.582.046);

<sup>61</sup> BASOZABAL ARRUE, X., ob. cit., p. 1890.

<sup>62</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3167.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11938.

TAMAYO CARMONA, J.A., ob. cit., p. 873.

<sup>63</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 152.

<sup>64</sup> BASOZABAL ARRUE, X., ob. cit., p. 1889.

COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3168.

c) Si la *cosa prestada se entregó con tasación y se pierde*, responderá, incluso, por caso fortuito del precio de la misma, salvo pacto expreso en contrario, art. 1745. La tasación equivale a un convenio tácito o cláusula implícita de asunción de todos los riesgos por el comodatario, como si actuase de asegurador frente a la pérdida de la cosa o ante un perjuicio fortuito. Así, en el caso de su pérdida, el comodatario deberá devolver el importe de la tasación<sup>65</sup>.

d) Si son *varios los comodatarios responden solidariamente* de la cosa, art. 1748 CC<sup>66</sup>, siendo posible el pacto en contrario. La solidaridad existirá respecto a todas las obligaciones del comodatario. Su justificación se encuentra, al tratarse de un contrato gratuito, en proteger más eficazmente los derechos del comodante. Este último puede dirigirse frente a cualquiera de los comodatarios, y el comodatario que cumpla podrá exigir a los demás comodatarios, en vía de regreso, su parte correspondiente, teniendo siempre en cuenta las circunstancias del caso concreto, ya que puede ser que la responsabilidad no se reparta a partes iguales entre todos los comodatarios.

## **B) Comodante.**

El principal derecho del comodante es que se le devuelva la cosa cuando finaliza el contrato.

### **a. Obligaciones del comodante.**

A pesar del carácter unilateral del contrato de comodato el comodante tiene algunas obligaciones, las cuales han sido calificadas como accesorias por la doctrina:

1º. *Obligación de no impedir la utilización de la cosa antes de haber concluido el plazo o el uso para el se prestó*, salvo que tuviera urgente necesidad de ella, art. 1749 CC. A través de este contrato se cede el uso de una cosa para un tiempo o fin determinado por lo que es razonable que en tanto que no termine ese plazo o uso, no pueda el comodante pedir la devolución de la cosa<sup>67</sup>.

Del contrato de comodato surge la obligación del comodante de dejar gozar al comodatario del bien entregado, absteniéndose de perturbarle en su utilización y de

---

MARÍN PÉREZ, P., ob. cit., p. 59

<sup>65</sup> BASOZABAL ARRUE, X., ob. cit., p. 1889.

COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3168.

<sup>66</sup> AA. VV. (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.), ob. cit., p. 459.

<sup>67</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3170.

exigir la restitución de la cosa entregada antes del fin del contrato. El incumplimiento de tales deberes le obligará a resarcir al comodatario por los daños causados, según las reglas de responsabilidad contractual<sup>68</sup>.

La excepción de necesidad de la cosa por el comodante reafirma el carácter unilateral del comodato. Esta excepción tiene su fundamento en la presunción de que el comodante ha cedido el uso de la cosa por no necesitar de ella. La urgente necesidad es una situación que habría que analizar en cada caso concreto<sup>69</sup>. Si el comodatario se niega a la restitución de la cosa, se producirá una agravación de su responsabilidad en los términos del art. 1744 CC, sin perjuicio de que el comodante pueda ejercitar la acción personal que deriva del contrato o la acción reivindicatoria para recuperar la cosa.

¿Tiene el comodante la obligación de responder por evicción, cuando el comodatario es privado, por sentencia firme, del goce de la cosa? En nuestro Derecho no existe una norma específica que resuelva esta cuestión en relación al contrato de comodato, pero, del carácter esencialmente gratuito del contrato y de la regulación legal del negocio puede deducirse que es difícil conciliar con el comodato la responsabilidad por evicción<sup>70</sup>.

El Tribunal Supremo recoge esta obligación en numerosas sentencias, ejemplo de ello es la sentencia de 3 de diciembre de 2014<sup>71</sup>. El litigio versa sobre la recuperación de la posesión de unos terrenos, que se habían cedido a título gratuito sin pactar ningún tiempo de duración ni tampoco se recogía de forma expresa el uso que se le daba a los inmuebles por parte de la demandada. En estos terrenos se había constituido una servidumbre de paso y se pide su extinción. Se alega en el recurso de casación la infracción de los arts. 1749 y 1750 CC y, el Tribunal Supremo responde diciendo que el comodato *“es un contrato unilateral ya que tan sólo nacen obligaciones para el comodatario, que se reducen a conservar y servirse de la cosa y devolverla cuando llegue el plazo pactado o concluya el uso para el que se prestó, aparte del caso de que el comodante tuviese urgente necesidad de ello, conforme el artículo 1749 del Código civil y, como añade el 1750 si no consta plazo, ni el uso, puede el comodante o su*

---

<sup>68</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 155.

<sup>69</sup> BASOZABAL ARRUE, X., ob. cit., p. 1892.

COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3170.

<sup>70</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 160.

<sup>71</sup> STS de 3- diciembre- 2014 (RJ/2014/6078)

*causahabiente reclamarla a su voluntad*”. Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que, al no aparecer plazo ni uso pactado para la cesión del terreno y, en virtud del art. 1750 CC, la sociedad demandada debe entregar las fincas, propiedad de los demandantes, libres y sin cualquier objeto. En cuanto a la servidumbre de paso, se ha extinguido, ya que se trata de un derecho real limitativo de la propiedad que permite a su titular servirse del predio sirviente parcialmente. Si desaparece el uso objeto de aquella cesión, desaparece el carácter de derecho real de servidumbre que es la utilidad que justifica el contenido y la propia existencia de la servidumbre, ya que ésta debe prestar una utilidad y satisfacer un interés del predio dominante o de la persona de su titular, lo que se deduce de los arts. 530 y 531 CC.<sup>72</sup>

2º. El comodante tiene la *obligación de abonar los gastos extraordinarios de la conservación de la cosa prestada*, art. 1751 CC, para ello es necesario que el comodatario los ponga en su conocimiento antes de realizarlos y, preste su consentimiento, a no ser que fueran urgentes y no pudieran esperar, sin peligro, el consentimiento del comodante<sup>73</sup>. Surge un derecho de crédito a favor del comodatario a recuperar el importe adelantado para satisfacer esos gastos.

De la misma forma surge el derecho de reembolso a favor del comodatario cuando, ante la urgencia del gasto, el comodatario lo realiza, como un supuesto de gestión de negocios<sup>74</sup>. Debemos considerar como gasto urgente un gasto que apremia.

Si tomamos la propiedad como fundamento último, es el comodante quien debe cargar con el gasto por su condición de propietario de la cosa, pero, ¿qué pasaría en aquellos casos en los que el comodante no es el propietario de la cosa? En estos casos también sería el comodante quien debiera abonar el gasto, sin perjuicio de que él pudiera después dirigirse contra el propietario<sup>75</sup>.

Los gastos extraordinarios son los que no derivan de un mantenimiento normal de la cosa, sino de situaciones imprevisibles y extemporáneas que pueden afectar a la

---

<sup>72</sup> SAP Girona de 22- enero- 2014 (TOL 4.111.910); SAP Valencia de 6- marzo- 2014 (JUR/2014/162183); SAP A Coruña de 30- mayo- 2014 (AC/2014/1423); SAP Barcelona de 13- octubre- 2014 (TOL 4.577.649); SAP Jaén de 27- octubre- 2014 (LA LEY 210407/2014); SAP Isla Baleares de 19- diciembre- 2014 (LA LEY 216521/2014).

<sup>73</sup> SAP Vizcaya de 15- marzo- 2001 (LA LEY 57602/2001); SAP Zamora de 7- diciembre- 2010 (LA LEY 259203/2010); SAP Álava de 27- diciembre- 2011 (LA LEY 276669/2011); SAP Valencia de 19- junio- 2013 (LA LEY 155364/2013); SAP Barcelona de 23- junio- 2013 (LA LEY 157612/2013).

<sup>74</sup> BATALLER RUIZ, E., ob. cit., p. 885.

COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3170.

<sup>75</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3170

propia existencia de la cosa<sup>76</sup>, resultado los gastos extraordinarios de situaciones impredecibles.

¿Tendría derecho el comodatario a exigir el reembolso de un gasto que realiza sin ponerlo en conocimiento del comodante? Un sector doctrinal opina que existiría este derecho de reembolso, con base a la prohibición del enriquecimiento injusto. Con mayor motivo tendría derecho el comodatario al reembolso en el caso de que informara al comodante de la necesidad de realizar los gastos y los sufragara ante la pasividad del comodante. En el caso de negativa del comodante, el comodatario no tendría derecho al reembolso de lo gastado<sup>77</sup>. Por tanto, el comodante decide si deben efectuarse los gastos o no<sup>78</sup>.

Teniendo en cuenta el art. 1747 CC, no podemos olvidar que el comodatario no puede negar la devolución de la cosa ante el incumplimiento del comodante.

Una última posibilidad sería que el comodatario incumpliera la obligación de dar aviso, asumiendo él los desembolsos necesarios. La doctrina considera que persiste la acción de reembolso, fundamentada en el enriquecimiento injusto<sup>79</sup>.

3º. Será *responsable de los daños que causare al comodatario por causa de los vicios de la cosa*, cuando conociéndolos no los hubiese hecho saber a este último, art. 1752 CC<sup>80</sup>. El comodante sólo responde de los vicios que conoce. La responsabilidad del comodante se fundamenta en la falta de buena fe que preside la relación contractual y que está en la base de la obligación de informar de los vicios a fin de que el comodatario tome cuantas medidas sean necesarias para evitar los daños o bien desista del uso de la cosa<sup>81</sup>. Debemos entender el deber de informar como la necesidad que se impone a un contratante de suministrar obligatoriamente un conocimiento a favor de la

---

<sup>76</sup> MARÍN PÉREZ, P., ob. cit., p. 82.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11967.

<sup>77</sup> BASOZABAL ARRUE, X., ob. cit., p. 1894.

COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3171.

<sup>78</sup> BATALLER RUIZ, E., ob. cit., p. 885.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11969.

<sup>79</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 189.

<sup>80</sup> AA. VV. (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.), ob. cit., p. 459.

En este sentido SAP Granada de 26- febrero- 2000 (TOL 244.851); SAP Santander de 1- octubre- 2003 (TOL 346.624); SAP Las Palmas de 28- junio- 2005 (LA LEY 144644/2005); SAP Madrid de 1- marzo- 2012 (Cendoj: 28079370132012100115)

<sup>81</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3171.

otra parte; se utiliza como un criterio de imputación de responsabilidad en la que puede incurrir el comodante por los daños que cause al comodatario el defecto de la cosa<sup>82</sup>.

Debemos entender por vicios en el sentido del art. 1752 CC aquellas características de la cosa prestada que diverjan o se separen del modelo tenido en cuenta por las partes expresa o tácitamente y que, a su vez, sean susceptibles de producir perjuicios<sup>83</sup>.

El comodante deberá responder, también, pese a no conocer los vicios si este desconocimiento se deriva de una conducta negligente suya.

El comodante que silencia los vicios de que adolece el bien comodado responde por incurrir en una omisión negligente que da lugar a la obligación de reparar los daños. Dicha conducta implica un comportamiento doloso o negligente, reprochable en sí mismo. Situación diferente sería aquella en la que, sin intención maliciosa de dañar al comodatario, el comodante silencia los defectos del objeto entregado, o no los manifiesta debidamente.

El incumplimiento del deber de informar desencadena sus consecuencias si, a causa de los vicios de la cosa, el comodatario sufre un daño. La obligación de resarcir surge de circunstancias ajenas al contrato<sup>84</sup>.

No responderá de los vicios, si estos están a la vista o son fácilmente detectables, es decir, si se trata de vicios aparentes. Tampoco responderá si los daños se derivan de un uso excesivo o imprudente por el comodatario. Al interpretar el art. 1752 CC podemos entender que no se atribuya al comodatario la obligación de saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, dado el carácter gratuito del comodato.

¿Cuándo debe el comodante poner en conocimiento del comodatario la existencia de vicios en la cosa cedida? El art. 1752 CC no dice expresamente cuándo debe el prestamista poner en conocimiento del prestatario la existencia de los vicios en la cosa entregada. Aún así, debe considerarse admisible que resultará válido para el cumplimiento de esta obligación cualquier momento previo al acaecimiento del evento dañoso. La obligación alcanza a los vicios que el comodante conociera, siendo posible

---

<sup>82</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 191.

<sup>83</sup> DÍEZ- PICAZO, L., ob. cit., p. 373.

<sup>84</sup> BATALLER RUIZ, E., ob. cit., p. 886.

que el conocimiento se produzca en un momento posterior a la entrega, por lo que, cumplirá con ponerlos de manifiesto cuando esté en posesión de la información necesaria.

Para que exista la responsabilidad que prevé este precepto es necesario que exista una relación de causalidad entre el daño producido y el vicio de la cosa comodada<sup>85</sup>.

### **1.5. Extinción del contrato.**

La conclusión de un contrato de comodato supone la existencia entre las partes de una relación jurídica, que permite al comodatario utilizar la cosa prestada durante un período de tiempo, bien determinado inicialmente mediante el señalamiento de un término o plazo, bien sometido, en cuanto a su duración, a determinados parámetros que servirán para marcar el momento a partir del cual se produce su extinción, desencadenando el efecto liquidatorio de la misma<sup>86</sup>.

No existe en el Código Civil un precepto específico que se ocupe de las causas de extinción del comodato por lo que cabe una remisión a las causas generales de extinción de las obligaciones.

#### **A) Causas generales de extinción.**

Además de por las causas generales de extinción de los contratos, el comodato se extingue:

1) Cuando concluye el uso para el cual se prestó la cosa, bien se trate del uso pactado o el determinado por la costumbre de la tierra, art. 1749 CC. Si las partes no prevén una duración concreta del contrato, la duración del comodato va asociada a la del uso que provocó su conclusión<sup>87</sup>.

Esta regla cobra plena eficacia en aquellos casos en los que la utilidad a la que se refiere el préstamo resulta determinada en el negocio, por referencia concreta a la finalidad a la que se dirige el contrato, de este modo, si yo te presto mi coche para que

---

<sup>85</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., pp. 197- 202.

<sup>86</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 217.

<sup>87</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3173.

hagas un viaje, no se prevé una duración temporal del negocio, por lo que puede extenderse hasta que se alcance el objetivo que se pretende. De la misma forma, a falta de expresa determinación de la duración, el comodato se entiende convenido para hacer el uso previsto en la cosa<sup>88</sup>.

El problema que podríamos encontrar en estos casos es determinar el uso, ya que hay supuestos en los que las partes muestran su disconformidad a si el uso al que se dirige el contrato resulta determinado en el contrato, sirviendo éste de límite a la duración del contrato, o si, al no poder éste fijarse, el comodante podrá reclamar el objeto en cualquier momento, art. 1750 CC.

Otro problema discutido por la doctrina es el supuesto en que, pese a resultar determinado el uso en el contrato, el comodatario se excede en la utilización del bien prestado, extendiendo la duración del contrato más allá del término marcado por el uso para el que se cede. Debemos entender que un uso que excede del pactado supone un incumplimiento del comodatario, lo que agravará su responsabilidad en los términos del art. 1744 CC. Este precepto establece que el comodatario no puede destinar la cosa a un uso distinto al que se pactó<sup>89</sup>.

2) Cuando llega el término final establecido, art. 1750 CC. Este artículo contempla la restitución del objeto a voluntad del comodante cuando no se hubiera pactado plazo de duración y no pudiera determinarse el uso al que debe destinarse<sup>90</sup>.

El pacto por el que se establezca una determinada duración temporal del negocio no constituye un requisito para la validez del comodato, ya que su límite puede venir determinado de otras formas, pudiendo deducirse del uso al cual se debe destinar el objeto prestado y, si no es posible, el Código admite la posibilidad de que el prestamista pueda exigir la restitución del objeto en cualquier momento, art. 1750 CC<sup>91</sup>. Las normas no señalan límites a la duración del contrato por lo que las partes pueden acordar un vencimiento más o menos largo para la obligación.

---

<sup>88</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11946.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 221.

<sup>89</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11947.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 222.

<sup>90</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11953.

<sup>91</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 224.

El problema<sup>92</sup> se produce cuando se fija un plazo en previsión de que esa será la duración del uso, existiendo una estrecha vinculación entre plazo y uso, y luego resulta que el uso finaliza antes que el plazo fijado. En este caso el comodante podrá reclamar la devolución de la cosa sin esperar al vencimiento del plazo, ya que la duración queda señalada no sólo por el plazo sino también por el uso.

Problema similar se plantea cuando el uso se extiende por encima del plazo fijado<sup>93</sup>. Sólo la acreditación de que la fijación del término se hizo exclusivamente en atención al uso, siendo el uso la finalidad buscada por las partes podría sostener la ampliación del plazo hasta la finalización del uso. En otro caso, y sobre la base de la gratuidad del comodato, no podría el comodatario continuar en la posesión del bien tras la finalización del plazo fijado.

No debemos olvidar que las obligaciones sometidas a plazo solamente son exigibles una vez que el mismo haya transcurrido, art. 1125<sup>94</sup> CC. Por ello, el comodante podrá reclamar la restitución de la cosa prestada antes de la finalización del plazo, si el uso para el que se prestó ha concluido. De la misma forma, aunque situación diferente, sería el caso en el que el uso para el cual se realiza el préstamo se extiende más allá del plazo fijado. Pactada la duración del contrato, salvo acuerdo de las partes, no resulta posible que el comodatario siga en la posesión del bien prestado. Sólo podrá seguir con la posesión si es posible acreditar que la fijación de un término se hizo exclusivamente en atención al uso, y que la voluntad de comodante y comodatario era la cesión del bien para tal finalidad, pudiendo así admitirse la extensión en la posesión más allá del término fijado<sup>95</sup>.

3) Cuando el comodante reclama la cosa teniendo urgente necesidad de ella, art. 1749 *in fine* CC. El fundamento de esta causa de extinción es la gratuidad del contrato, se entiende que sería excesivamente gravoso para el comodante privarle de la cosa cuando tiene necesidad de ella en provecho de otro, que la disfruta sin dar nada a cambio. Se entiende que el comodante realizó el préstamo por no tener necesidad de la

---

<sup>92</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3173.

<sup>93</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3173.

<sup>94</sup> Art. 1125 CC: *Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue.*

*Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo.*

*Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente.*

<sup>95</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 229.

cosa queriendo la restitución anticipada para el caso de aparecer después esa necesidad. Esta necesidad, además de urgente, en el sentido de que no permite la espera a la finalización del contrato, ha de ser imprevista, es decir, no conocida en el momento de la entrega de la cosa<sup>96</sup>.

Dos requisitos deben concurrir para considerar una “urgente necesidad”; en primer lugar, la circunstancia de que el comodante requiera el uso de la cosa, sin que el mismo permita esperar a la extinción del contrato y, en segundo lugar, que dicha necesidad se presente de modo imprevisto, de forma que el comodante no pudiera prever su concurrencia en el momento de formalizar el contrato.

La necesidad que justifica la extinción anticipada de la relación podrá ser de cualquier índole, pudiendo incluirse aquellos casos en los que el comodante necesite el uso directo de la misma para la finalidad a que según su naturaleza se dirige y, aquellos casos en los que la utilidad que se persigue se obtenga de manera indirecta, pero siempre, tienen que alegarse motivos de cierta entidad no meramente superfluos.

El comodatario que no devuelve la cosa responde por su pérdida aun cuando ésta se produjera por caso fortuito, según lo dispuesto en el art. 1744 CC, con independencia de la responsabilidad por los daños que pudiere sufrir el comodante a causa de la no devolución<sup>97</sup>.

Quien debe concretar la “necesidad urgente” que da lugar a la restitución anticipada es el comodante, ya que se encuentra facultado para exigir al comodatario la restitución del objeto. En caso de controversia, la prueba corresponde al prestamista<sup>98</sup>.

4) Por la reclamación hecha por la sola voluntad del comodante si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que habría de destinarse la cosa y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra. En caso de duda, la prueba incumbe al comodatario, art. 1750 CC. Este artículo recoge el comodato sin determinación de duración, en la medida en que no es posible fijar la extensión temporal del contrato, pudiendo el comodante reclamar la cosa a su voluntad<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3174.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11949.

<sup>97</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11949

<sup>98</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., pp. 236- 238.

<sup>99</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3174.

El art. 1750 CC recoge los diferentes medios a través de los cuales podrá determinarse la duración del contrato. Así, la extensión del préstamo podrá fijarse por las partes estableciendo un plazo, puede también pactarse expresamente el uso al que debe destinarse el objeto, sirviendo éste como límite a la posesión del comodatario o, a falta de pacto sobre el uso, éste podrá deducirse acudiendo a la costumbre de la tierra. Por uso acorde con la costumbre de la tierra debemos entender aquel que haya de estimarse como normal o típico en el ámbito social determinado en el que se desarrolla el contrato.

El art. 1750 *in fine* CC señala que en caso de duda, la prueba incumbe al comodatario. Esta duda vendrá referida a la existencia o inexistencia de dicha costumbre de la tierra, ante la reclamación del comodante. Por lo que el comodatario que se oponga a la misma deberá acreditar, bien la existencia de pacto en relación al uso que debe conferirse al objeto, y por tanto, que la duración temporal del contrato vendrá señalada por el mismo, bien que dicho pacto no existió, pero que la utilización de este parámetro permite oponerse a la restitución hasta que la utilidad que conforme a la costumbre de la tierra debe darse al objeto, haya terminado<sup>100</sup>.

5) Por la muerte del comodatario si el comodato se realizó en contemplación a la persona del comodatario, en atención a las cualidades personales del comodatario; es decir, cuando se trate de una cesión de uso *intuitu personae* (art. 1742 CC)<sup>101</sup>.

La extinción del comodato se produce de manera automática, no pudiendo los herederos continuar en la posesión de la cosa; cuando fueran varios herederos, la obligación alcanza a aquel que se encuentre en posesión del objeto.

Este precepto es una aplicación concreta del art. 1257 CC<sup>102</sup>, y su objeto pone de manifiesto una forma especial de extinción del comodato, la muerte del comodatario en

---

<sup>100</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., pp. 239- 240.

<sup>101</sup> BASOZABAL ARRUE, X., ob. cit., p. 1887.

BATALLER RUIZ, E., ob. cit., p. 863.

MARÍN PÉREZ, P., ob. cit., p. 51.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11914- 11915.

<sup>102</sup> Art. 1257 CC: *Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley (...).*

los casos en los que el préstamo haya sido concedido en atención a las cualidades personales del prestatario<sup>103</sup>.

A la muerte del comodatario debe asimilarse, a estos efectos, la declaración de fallecimiento, pues la misma produce la apertura de la sucesión, art. 196 CC. Fuera de este supuesto, ni la muerte del comodatario ni la del comodante extingue el contrato, salvo pacto expreso<sup>104</sup>.

### **B) Causas especiales de extinción.**

Después del análisis de estos supuestos típicos es necesario analizar la extinción anticipada del contrato en algunos supuestos especiales de extinción.

1) El incumplimiento de las obligaciones que incumben al comodatario en relación a la cosa entregada. Entre las obligaciones del comodatario se encuentran la de utilizar la cosa en los términos pactados, la de guarda y conservación de la misma, la prestación de los gastos ordinarios para su uso y conservación, la de avisar al comodante de procurar ciertos gastos en la misma que tenga carácter extraordinario, igualmente, puede incluirse el uso personal del objeto, cuando así se haya estipulado, impidiéndose su cesión a terceros. El incumplimiento de las mismas plantea la duda acerca de la posibilidad del comodante de exigir la extinción anticipada de la relación y la consiguiente restitución del objeto<sup>105</sup>.

La facultad de resolución de las obligaciones por incumplimiento aparece en el art. 1124 CC, siendo una norma aplicable a las obligaciones de carácter sinalagmático. Esta facultad debe ser considerada como un medio de protección y defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre las consecuencias del incumplimiento de su contratante, exigiendo, entre otros presupuestos, que quien ejercita la acción no haya incumplido con las obligaciones que le competían<sup>106</sup>. No cabe duda de la posibilidad del comodante de poner fin a la relación ante el incumplimiento de las obligaciones que en relación a la cosa corresponden al comodatario, máxime cuando nos encontramos ante una atribución gratuita.

---

<sup>103</sup> MARÍN PÉREZ, P., ob. cit., p. 52.

PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11916- 119117.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 229.

<sup>104</sup> COSTAS RODAL, L., ob. cit., p. 3174.

<sup>105</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 250.

<sup>106</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 253.

El silencio del Código Civil en el contrato de comodato no debe permitir que, aunque sea con base a lo dispuesto en los arts. 7.1<sup>107</sup> y 1258<sup>108</sup> CC, el comodatario pueda persistir en el uso indebido de la cosa<sup>109</sup>.

2) Posibilidad de que el comodatario ponga fin anticipadamente a la relación. Podrá admitirse la libre denuncia o desistimiento unilateral cuando, aunque la ley o el negocio jurídico no concedan una facultad semejante, la relación obligatoria reúna las siguientes características. En primer lugar, que se trate de una relación duradera o de tracto sucesivo; en segundo lugar, que se trate de relaciones que no tengan previsto un plazo de duración temporal, de manera que, de acuerdo con la ley y con el negocio jurídico, su duración haya de ser indefinida; en tercer lugar, que se trate de relaciones obligatorias en las que exista un *intuitus personae*, de manera que fundadas tales relaciones en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustra, aparece como justa la posibilidad de poner fin a la relación.

En los casos en los que no se pacte plazo o éste no venga determinado por el uso, puede el comodatario poner fin a la relación, ya que el comodato no se prevé como indefinido, siendo una relación de tracto sucesivo y habitualmente fundada en la relación de confianza existente entre las partes. Ahora bien, señalada la duración, debe tenerse en cuenta que es posible que el contrato sólo reporte un beneficio al comodatario, o bien que éste se extienda al comodante. Aun en los casos en los que sea sólo el comodatario el que se beneficie de la relación, las reglas a aplicar serán las que con carácter general establece el Código Civil para las obligaciones sometidas a plazo, arts. 1125 a 1130 CC.

Las reglas del CC están presididas por el principio señalado en el art. 1127 CC<sup>110</sup>, el cual establece que siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto a favor de uno u otro. La modificación de la regla del art. 1127 CC puede resultar a voluntad de las partes o de la

---

<sup>107</sup> Artículo 7.1: *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*

<sup>108</sup> Art. 1258 CC: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

<sup>109</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 255.

<sup>110</sup> Art. 1127: *Siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro.*

naturaleza del negocio y de las circunstancias de cada caso, por lo que si el comodatario pretende la restitución anticipada, tendrá que acreditar que el señalamiento de un plazo para la duración del contrato se hizo en su único beneficio. Aun así, la buena fe que preside el cumplimiento de las obligaciones permitirá al comodante liberarse de la restitución anticipada en aquellos casos en que la misma reporte serios inconvenientes<sup>111</sup>.

**C) Efectos de la extinción: la restitución del bien.** En cuanto a la obligación de restitución que surge extinguido el contrato de comodato, coincidiendo con el fin de la relación jurídica, la obligación de restitución surge sin necesidad de intimación ni reclamación del comodante por la propia duración temporal del contrato, gravando al prestatario o a sus herederos. Su incumplimiento confiere al prestatario una acción de carácter personal, derivada del negocio y dirigida a la devolución del objeto, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria cuando el comodante sea propietario del objeto, y este se encuentre en la posesión de un tercero sin título alguno.

El comodatario se libera por la restitución de la cosa en el estado que se encontraba en el momento de la entrega, a excepción de las alteraciones que haya sufrido como consecuencia del uso. Ya que el contrato no atribuye al comodatario los frutos de la cosa, a falta de pacto expreso la obligación de restitución alcanza a los mismos. Al no haber un precepto específico dentro de la regulación del comodato que trate esta cuestión será de aplicación el art. 1097 CC el cual establece que la obligación de restitución comprende la entrega de todos los accesorios de la cosa<sup>112</sup>.

La restitución ha de hacerse a la persona del comodante, es decir, a éste o a sus herederos o a su legítimo representante. Pueden existir negocios en los que el objeto entregado no pertenezca al prestatario, aún así, en esos casos, el objeto debe ser restituido a la persona que hizo la entrega<sup>113</sup>.

Respecto al lugar en que la restitución debe hacerse efectiva, a falta de norma específica y en defecto de acuerdo de las partes, resultará aplicable la regla general establecida para el lugar del cumplimiento de las obligaciones. Para resolver esta

---

<sup>111</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 257.

<sup>112</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 258.

<sup>113</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11952.  
PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 260.

cuestión acudimos al art. 1171 CC<sup>114</sup>, según el cual, para el caso de comodato, la restitución se efectuará en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación<sup>115</sup>.

Cuestión diferente es la prohibición del derecho de retención a favor del comodatario recogido en el art. 1747 CC. El derecho de retención o facultad de retención posesoria es concedido por la ley, en determinados casos, al poseedor de una cosa, permitiendo que permanezca en la situación posesoria que ostentaba más allá de la extinción del título que justificaba su tenencia, y ello por la existencia de un crédito frente al acreedor de la obligación de restitución.

De los términos del art. 1747 CC se deriva que la facultad de retención posesoria no se otorga al comodatario por ningún crédito que éste pueda tener frente al comodante, ni tan siquiera por los gastos efectuados en relación a la cosa comodada, y ello fundamentado en el carácter gratuito del contrato.

Respecto a la compensación, el art. 1200.1 CC señala que: *la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviene de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario*. La compensación es un medio de liberarse de la deuda, que se produce por la mutua neutralización de dos obligaciones, cuando quien tiene que cumplir es, al mismo tiempo, acreedor de quien tiene que recibir satisfacción<sup>116</sup>.

Dado el carácter unilateral del contrato de comodato, la única obligación que se deriva de éste es la que grava al comodatario en orden a la restitución en su identidad del objeto entregado; junto a ésta, es posible que el comodatario pueda estar obligado frente al comodante por el incumplimiento de las cargas que el propio Código Civil le impone, dada su condición de usuarios del bien, o bien es posible que la pérdida o deterioro del objeto desencadene la obligación de responder de los daños y perjuicios causados<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Art. 1171: *El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación.*

*En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.*

<sup>115</sup> PARRA LUCÁN, M.A., ob. cit., p. 11952.

<sup>116</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., pp. 263- 267.

<sup>117</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 268.

Conforme a las reglas que contempla nuestro ordenamiento jurídico no puede extinguirse por compensación la deuda que proviene del comodato, es decir, la de restitución del objeto prestado, y de la misma forma, cualquier otra que provenga de las obligaciones del comodatario, entre las que se incluirán las que deriven de los gastos que deba practicar en atención al uso y conservación de la cosa y la que derive de la indemnización a que alcance la responsabilidad por pérdida o deterioro, quedando fuera las obligaciones que incumban al comodante<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., ob. cit., p. 270.

## CAPÍTULO II. PRECARIO.

### 2.1. Orígenes, concepto y regulación.

El precario es una figura que ha sufrido una serie de transformaciones históricas, no solo por el paso del tiempo sino también por la evolución legislativa y jurisprudencial.

#### A) Derecho romano.

En el Derecho romano el precario era una figura consistente en que una parte, *precario dans*, entrega una cosa a otra persona, *precario accipiens*, para que éste la utilice y la devuelva a petición del primero<sup>119</sup>.

El precario era una institución antiquísima, muy difundida en la sociedad romana, pero no era considerado como contrato, porque entre las partes no se constituía ninguna relación obligatoria<sup>120</sup>. Se trata de una institución originada entre los patronos y los clientes de la antigua sociedad romana. Era una situación de hecho, revocable en cualquier momento en que el dueño de la cosa quisiera que cesase.

Al precarista se le consideró *possessor ad interdicta* en el Derecho pretorio y podía así defender su posesión frente a terceros, pero no frente al concedente de la cosa poseída respecto al cual poseía en precario<sup>121</sup>. El concedente dispuso asimismo de un *interdictum de precario*<sup>122</sup> contra el precarista.

En el Derecho justiniano se le otorgó al concedente la *actio prescriptis verbis*, siendo esta acción una auténtica acción obligatoria y contractual para reclamar la cosa, y pasó así el precario a constituir una figura contractual<sup>123</sup>.

A medida que le precario tomaba carácter obligatorio, se debilitaba la relación del precarista con la cosa: la posesión ya no fue considerada como inherente al precario,

---

<sup>119</sup> FUENTESECA, P., ob. cit., p. 293.

<sup>120</sup> BONFANTE, P., ob. cit., p. 512.

<sup>121</sup> Entre los interdictos que podía ejercer el precarista estaban los interdictos de retener y recobrar la posesión y los interdictos no posesorios.

<sup>122</sup> Según Bonfante (p. 513), el interdicto de precario no era un interdicto posesorio, ya que quien lo intentaba podría no haber poseído nunca la cosa, pero se fundaba precisamente en la denegación de restituir el objeto.

<sup>123</sup> FUENTESECA, P., ob. cit., p. 293.

y se constituyó el precario atribuyendo al precarista también la simple detentación de la cosa<sup>124</sup>.

El precario cumplió un papel análogo al comodato. A diferencia del comodatario, el precarista no recibía la cosa para un uso determinado; pero podía gozar de ella de un modo más amplio; por otra parte, el concedente no se vinculaba en absoluto y conservaba el derecho de revocación a gusto suyo, al cual no le es lícito renunciar. Además, el precarista estaba obligado a responder solamente del dolo y de la culpa grave<sup>125</sup>, mientras que en el comodato, el comodatario respondía de toda culpa y en general estaba obligado a indemnizar por sus omisiones, extendiéndose al deber de custodia. Sin embargo, como contrapartida el comodatario podía reclamar el reembolso de los gastos necesarios que hubiera hecho para el cuidado de la cosa. Aparte de estas diferencias, ambas figuras, tenían en común la nota de la gratuidad ya que eran actos de liberalidad.

### **B) Derecho medieval.**

El precario fue una institución destacada en el Derecho canónico. En el Derecho medieval, en ocasiones los particulares donaban bienes a favor de la Iglesia, y ésta devolvía a los donantes los bienes recibidos, mediante el pago de cierto canon o la prestación de ciertos servicios a condición de que, expirado el término convenido, volviesen los bienes al poder y dominio de la Iglesia. El conjunto de estas relaciones es lo que se denominaba precaria<sup>126</sup>.

Las instituciones eclesiásticas también se beneficiaban de éste régimen de donaciones y concesiones simultáneas, ya que al constituir la precaria y devolver las tierras recibidas, los donantes agregaban a ellas una cantidad mayor de las comprendidas en su patrimonio, dando movilidad a sus bienes, pero sin tener que perderlas. Es decir, la Iglesia se desprendía temporalmente de los bienes que integraban la donación, pero una vez fallecido el donante los recuperaba en pleno dominio; ello sin perjuicio de la facultad que le asistía para revocar la precaria<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> BONFANTE, P., ob. cit., p. 513.

<sup>125</sup> BONFANTE, P., ob. cit., p. 514.

<sup>126</sup> CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, Edersa, Madrid, 1999, p. 54.

<sup>127</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., p. 55.

Por medio de la institución de la precaria eclesiástica, la cual, tiene sus orígenes en el Derecho romano, se mantiene, aunque ampliamente desfigurado, la figura del precario durante esta etapa histórica.

El Fuero Juzgo trata el precario como una situación arrendaticia. El Fuero Viejo de Castilla recoge las limitaciones en cuanto al tiempo de las defensas interdictales romanas, dando como plazo un año y un día. Esta solución, en cuanto al término, también es adoptada por el Fuero Real<sup>128</sup>.

En las Partidas no se recoge ninguna referencia a la figura del precario; se desentendieron completamente, desapareciendo éste en el Derecho de Castilla.

### **C) Derecho moderno.**

No es hasta la Novísima Recopilación, donde puede apreciarse alguna alusión a la precaria, en relación con los beneficios eclesiásticos.

A finales del siglo XVIII principios del siglo XIX, con las llamadas Leyes Señoriales, Desvinculadoras y Desamortizadoras, momento en el cual se abolieron todas las relaciones que vinculaban al hombre con la tierra y el señor de ésta, dando lugar a las circunstancias idóneas para el resurgimiento del precario, configurado como el precario de Derecho romano<sup>129</sup>. De esta forma podemos decir que resurge con la Constitución española de 1812, la cual, estaba empapada de actitudes abolicionistas de las relaciones de vasallaje<sup>130</sup>.

El Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813 y la Ley de 9 de Abril de 1842 fueron las bases que impusieron la creación del juicio de desahucio que podíamos encontrar en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, ley que sirvió de preliminar para el resurgimiento de la institución. No fue hasta ese momento cuando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contempló la situación de precario.

Fue en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 donde en sus arts. 636 y siguientes, se reguló por primera vez en España el juicio por desahucio. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 18 de junio de 1877 y el Decreto de 2 de julio de 1877

---

<sup>128</sup> MORENO MOCHOLÍ, M., *El precario*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1976, p. 272.

<sup>129</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., p. 60.

<sup>130</sup> MORENO MOCHOLÍ, M., ob. cit., p. 302.

unieron definitivamente el supuesto de precario con los motivos de desahucio, en el cauce común del juicio para todos ellos establecido. Así, el precarista no podría continuar ocupando el fundo indefinidamente, ni el propietario se vería privado de recuperarlo en plazo breve.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 extendió el ámbito del juicio de desahucio al supuesto del precario, art. 1565.3 LEC<sup>131</sup>. Aunque no mencionaba expresamente la situación de precario, todos los artículos que se refirieron al juicio de desahucio trazaron un cauce procesal común a aquellas situaciones en que el proceso podía utilizarse.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil incluye el precario dentro del juicio verbal, art. 250.1 inciso segundo: *las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.*

En el ámbito del Derecho Civil el proyecto de Código Civil de 1851, ignora la figura del precario. El Código Civil actual no recoge la figura del precario, aunque algunos autores consideran que está refundido, junto con el contrato de comodato, en el art. 1750 CC, de forma que sería una modalidad de comodato caracterizada porque en ella se puede terminar el contrato a voluntad del comodante.

#### **a. Doctrina.**

Nuestra doctrina también ha analizado el precario desde distintas perspectivas. Así, para CLEMENTE de DIEGO<sup>132</sup> el precario es una variedad del comodato, que tiene de semejanza con éste el ser préstamo gratuito de una cosa no fungible; pero se diferencia en que se hace sin expresión ni limitación de tiempo, ni determinación de uso, y que es enteramente revocable al arbitrio del comodante.

CASTÁN TOBEÑAS<sup>133</sup> parte del concepto del Derecho romano de precario (de preces, ruego, imprecación). Según este autor en nuestro Código Civil hay una reminiscencia de la antigua distinción entre el comodato y el precario, pues si se

---

<sup>131</sup> Art. 1565.3 LEC: *Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe.*

<sup>132</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., ob. cit., p. 226.

<sup>133</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit., pp. 447- 450.

determina el uso de la cosa prestada (caso del comodato propiamente dicho), el comodante no puede reclamarla sino después de concluido ese uso (art. 1749), mientras que si no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa prestada y no resulta éste determinado por la costumbre de la tierra puede el comodante reclamarla a su voluntad, incumbiendo, en caso de duda, la prueba al comodatario (art. 1750).

Considera el autor que en el Derecho español existe otra acepción del precario pues amplía los casos de precario a todos aquellos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. En esta acepción extensa, precario no supone necesariamente un contrato o una posesión concedida o tolerada; se trata simplemente de una situación posesoria de puro o hecho o incluso ilegítima, siendo preciso el juicio de desahucio para recuperar la posesión del bien.

Según PRIETO CASTRO<sup>134</sup> constituye la esencia de precario el uso o disfrute de la cosa ajena sin mediar renta o merced ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real, de la voluntad del cual depende poner término a su propia tolerancia y proceder al consiguiente ejercicio de la acción para desahuciar.

El precario, para PLAZA NAVARRO<sup>135</sup> suponía una situación posesoria, que, a pesar de su inestabilidad, debía ser mantenida mientras no se obtuviera el vencimiento del poseedor en el proceso de restitución; la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos correspondía, aunque nos halláremos en la tenencia del mismo; y la falta de título que justificara el goce de la posesión, bien porque no se hubiera tenido nunca, bien porque, habiéndolo tenido, se hubiera perdido, o porque nos hubiera dado una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho. En este sentido, bien podría decirse que entre el precarium romano y el precario, tal como lo concebía el Derecho español, hay sensibles y acusadas diferencias.

MANRESA Y NAVARRO<sup>136</sup> concibe el precario como quien sin ser en la actualidad dueño, ni usufructuario, ni arrendatario, ni poder ostentar otro título que le dé derecho a disfrutar la finca, sea rústica o urbana, en cuya posesión se halle, más que la tolerancia o condescendencia del dueño actual de la misma, sin pagar renta ni merced

---

<sup>134</sup> PRIETO CASTRO, L., *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, vol. II, Zaragoza, 1945.

<sup>135</sup> PLAZA NAVARRO, M., *Derecho procesal civil español*, vol. II, 2ª ed., Madrid, 1945.

<sup>136</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. VII, Madrid, 1958.

alguna, es considerado como tenedor precario y procede contra esa persona, cualquiera que sea, el juicio de desahucio a voluntad del dueño, siempre que éste lo requiera con un mes de anticipación para que desocupe la finca, conforme a lo previsto en el número 3º del artículo 1565 LEC.

Para definir el precario BELLO JANEIRO<sup>137</sup> parte de la definición dada por el Diccionario de la Lengua Española, el cual concibe el precario como aquello *que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño*.

Partiendo de este concepto BELLO JANEIRO da relevancia a dos caracteres básicos: 1) Necesidad de una tenencia, de una posesión de hecho o material de cosa ajena. 2) Ausencia de título jurídico de esa posesión.

### **b. Jurisprudencia**

Para terminar de examinar el concepto de precario, vamos a realizar una aproximación al concepto ofrecido por la Jurisprudencia, ya que ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha sacado a la institución del anonimato en que, durante tanto tiempo, estuvo sumida.

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. En este sentido han sido muchísimas las resoluciones del Tribunal Supremo, un ejemplo de ello es la Sentencia de 19 de septiembre de 2013<sup>138</sup>: *“Se define el precario como 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 y que el hecho de pagar merced*

---

<sup>137</sup> BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico práctico*, Comares, Granada, 1999, p. 7.

<sup>138</sup> STS, 19 de septiembre de 2013 (RJ/2013/7428). Siguen este criterio, entre otras, las siguientes sentencias: STS, 10 de enero de 1964 (RJ/1964/5552); STS, 30 de octubre de 1986 (RJ/1986/6017); STS, 31 de diciembre de 1992 (RJ/1992/10670); STS, 31 de enero de 1995 (RJ/1995/413); STS, 6 de noviembre de 2008 (RJ/2008/7255).

*que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga”.*

Numerosas sentencias de Audiencias Provinciales han seguido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de marzo de 2015 en la que se dice que *“el precario se identifica con la situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien inmueble ajeno, cuya posesión jurídica no corresponde al detentador de la posesión material; se basa, pues, en la falta de título que habilite y justifique el goce de la posesión, bien porque nunca se tuvo, bien porque, habiendo existido, se pierda o devenga ineficaz, de modo que comprende tanto la posesión sin título, como la posesión tolerada y la posesión concedida”*<sup>139</sup>.

Si analizamos la Jurisprudencia menor, observamos que algunas Audiencias Provinciales han acotado el concepto de precario precisando que la cosa sea “cedida en precario” como viene literalmente recogido en el art. 250.1.2º LEC. Ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife<sup>140</sup> en la que se dice: *“La nueva LECiv, al regular el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia, artículo 250.1.2, recoge un concepto de precario más reducido, en el sentido de que el precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, por lo que en contraposición con la regulación anterior que permitía la amplitud en el concepto de precario (...) la nueva regulación introduce el término de “cedida en precario”, mucho más preciso que el anterior, de manera que da idea de una relación entre las partes, por las que una cede a otra el inmueble a título gratuito y a su ruego, lo que conlleva que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al antiguo concepto de precario según la definición del Digesto, constituido por la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente”.* Algunos autores como BONET

---

<sup>139</sup> En este mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias, entre otras; SAP Pontevedra, 29 de mayo de 2002 (JUR/2002/200448); SAP Badajoz, 18 de febrero de 2004 (AC/2004/199); SAP Palencia, 5 de febrero de 2009 (JUR/2009/225489); SAP Salamanca, 12 de noviembre de 2012 (AC/2013/125); SAP Madrid, 17 de noviembre de 2014 (AC/2014/2237); SAP Pontevedra, 19 de marzo de 2015 (JUR/2015/105720).

<sup>140</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife, 14 de julio de 2006 (AC/2006/2375); en la misma dirección, SAP Islas Baleares, 8 de septiembre de 2006 (AC/2006/1764); SAP Islas Baleares, 20 de octubre de 2009 (JUR/2009/476989); SAP Málaga, 31 de octubre de 2014 (AC/2014/2230);

NAVARRO<sup>141</sup>, con el que estoy de acuerdo, han considerado que ésta interpretación vacía de contenido el precepto, ya que bastaría con que el demandado (precarista) afirmara que la ocupación se produjo por cualquier otro concepto, como una titularidad dominical o como una ocupación sin título existente, por ejemplo, para excluir el juicio de desahucio por precario con base en la inadecuación de este procedimiento.

En conclusión podemos definir el precario como una cesión gratuita de un bien inmueble, sin pago de renta o merced, siendo una posesión meramente tolerada por el dueño, sin título para ello, bien porque nunca existió o bien porque habiendo existido se hubiera perdido o devenido ineficaz, extinguiéndose cuando el precarista restituya la cosa, sea de manera voluntaria o forzosa ya que la persona que ostenta el derecho a esa posesión puede reclamar la cosa en cualquier momento.

## **2.2. Requisitos.**

Partimos de la definición jurisprudencial citada anteriormente para concretar los requisitos de la figura del precario.

### **A) Situación posesoria.**

El precario es una situación posesoria y por tanto se regirá por las reglas de las situaciones posesorias. Debemos precisar que la posesión del precarista no es apta para adquirir por usucapión ya que falta la posesión en concepto de dueño.

Una ardua discusión es determinar si la posesión es un hecho o un derecho. En el Código Civil español la posesión aparece configurada como un derecho en los arts. 440, 443 y 446, encontrando la única excepción en el art. 5 LH<sup>142</sup>.

En la posesión existe un poder directo e inmediato sobre la cosa, aunque, tiene la característica de su temporalidad porque es una situación provisional, o bien porque desaparece ante quien ostenta un derecho mejor para poseer o bien porque por sí misma tiende a transformarse en dominio por la usucapión<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio. Especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 75.

<sup>142</sup> Art 5 LH: *Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles.*

<sup>143</sup> BELLO JANEIRO, D., ob. cit., p. 10.

Según DIEZ-PICAZO<sup>144</sup>, la posesión es una institución que se caracteriza por sus efectos jurídicos y, solo el estudio de tales consecuencias permite obtener un concepto funcional de la misma, brevemente, puede resumirse en estos tres aspectos:

1) Especial forma de tutela jurídica que acompaña a la posesión a través de la defensa interdictal regulada en los arts. 441 y 446 CC.

2) Constante función de legitimación que cumple la posesión para ejercitar las facultades que se derivan del derecho de propiedad sin necesidad de probar la verdadera titularidad, arts. 448 y 464 CC.

3) La posesión tiende a convertirse en el dominio o en el derecho real de que se trate siempre que a esa posesión constante se añada el factor tiempo.

Con tales caracteres podemos decir que la posesión según DÍEZ- PICAZO, se trata de una situación de poder legitimadora defendida por los interdictos y tendente a convertirse en el dominio o en el derecho real del que sea manifestación exterior.

El precario puede ser un medio de adquisición de la posesión, pero esta adquisición a la que nos referimos, sólo sería justa<sup>145</sup>, si se produce a través de la inversión del concepto posesorio. Esto es, en un principio es legítima la posesión atribuida por el titular del bien a título de precario y después pasa a ser injusta cuando se mantiene en esa posesión sin título bastante, esto es, tras la petición de su legítimo titular para recuperarla<sup>146</sup>.

En el art. 444 CC<sup>147</sup> se hace referencia a los actos meramente tolerados estableciendo que éstos no afectan a la posesión. Los actos a los que alude este artículo se refieren a actos ocasionales y aislados cuya realización trae causa de la pura condescendencia del propietario o poseedor por razones de familiaridad, amistad, cortesía o buena vecindad y que suponen la utilización parcial y no continuada de una cosa por un tercero, sin que se genere una situación que merezca la consideración de posesión. Esto no debe confundirse con la institución de precario, entendido como

---

<sup>144</sup> DIEZ- PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico- reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*, vol. III, 5ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 623-625.

<sup>145</sup> Podemos entender que se tiene la “posesión justa” cuando posee el que tiene derecho a poseer; en otro caso, la posesión es injusta. (ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, tomo III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1991, p. 68.)

<sup>146</sup> BELLO JANEIRO, D., ob. cit., p. 12

<sup>147</sup> Art. 444 CC: *Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión.*

posesión de hecho, estable y continuada, carente de título o con título nulo o ineficaz, que puede derivar de una concesión del dueño o de una mera situación fáctica, teniendo el precarista la condición de poseedor y gozando, por esta razón, de tutela sumaria o interdictal. Los actos que no suponen un perjuicio apreciable, para el propietario o para el poseedor legítimo del bien sobre el que se ejercitan tienen la consideración de actos meramente tolerados y en base al art. 444 CC no afectará a la posesión como figura jurídica<sup>148</sup>, por tanto, no podemos definir el precario como la adquisición de la posesión. La adquisición de la posesión se regula en el art. 438 CC<sup>149</sup>.

El precarista es un mero servidor de la posesión en el sentido del art. 431 CC. La posesión del precario es un hecho y no existe título en su adquisición, lo que determina que es insuficiente para adquirir la posesión como derecho. De la misma forma si se pierde o invierte el concepto posesorio ilegítimamente se pasa a la situación de precario. Por lo tanto, no es suficiente la ocupación material o el hecho de quedar sujetos a nuestra voluntad, si le falta el elemento subjetivo, es decir, si se realiza en función de un acto meramente tolerado, porque estos actos no afectan a la posesión<sup>150</sup>.

Se constituye la situación de precario mediante un acto de liberalidad o concesión graciosa, o por tolerancia de los actos de ocupación por el precarista o la posesión de quien, por cualquier motivo, ha visto desaparecer el título que le legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un bien inmueble ajeno, que puede ser libremente revocado<sup>151</sup>.

## **B) Inexistencia de pago.**

La gratuidad es requisito fundamental del precario.

La tenencia tolerada, requiere para la constitución del precario, que no exista pago alguno de merced por parte del poseedor, ya que si éste demuestra la tenencia de un título acreditando el pago de rentas o mercedes, de las cuales se infiere una relación

---

<sup>148</sup> BUSTOS LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Acciones de protección de la posesión (régimen jurídico, sustantivo y procesal, de las acciones de tutela de la posesión)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 75-76.

<sup>149</sup> Art. 438 CC: *La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho.*

<sup>150</sup> BELLO JANEIRO, D., ob. cit., pp. 13-17.

<sup>151</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., p. 90.

onerosa, dichos pagos excluirán la condición de precarista, recayendo, en principio, sobre él, la carga de la prueba.

Debemos tener en cuenta que no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos de mantenimiento de la finca (v. gr., recibos de luz, gastos de comunidad de la vivienda, etc.), ya que están ligados estrechamente al propio uso y causa del contrato para quien usa la cosa, ya que se trata de gastos que debe soportar el usuario o, en su caso repercutibles o exigibles al dueño de la cosa<sup>152</sup>.

La gratuidad persiste en el precario a pesar de que el precarista satisfaga algún pequeño pago o preste ciertos servicios al concedente como reconocimiento al beneficio recibido, siempre que no se haga como equivalencia del mismo<sup>153</sup>.

### **C) Revocabilidad.**

El precario es revocable a voluntad del precario *dans*. La revocación en el precario *dans* equivale a la negación de su propia liberalidad o tolerancia y viene considerada como un requisito previo para el ejercicio de la acción de desahucio contra la persona que en precario ocupa la finca.

En nuestro Derecho la situación posesoria que origina el precario puede considerarse subsistente mientras perdura la tolerancia del poseedor real, hasta que se utiliza la facultad revocatoria para ponerle fin<sup>154</sup>.

## **2.3. Elementos.**

### **A) Sujetos.**

1) Precario *dans*, ha de tener la posesión real de la cosa. Es quien crea el precario mediante un acto de liberalidad o concesión graciosa, ya sea tolerando los actos de ocupación del precarista o la posesión de quien, por cualquier motivo, ha visto desaparecer el título que la legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un inmueble ajeno, que puede ser libremente revocado.

---

<sup>152</sup> BELLO JANEIRO, D., ob. cit., p. 18.

<sup>153</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., p. 96.

<sup>154</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., pp. 96-97.

El art. 38.1 LH<sup>155</sup> establece la presunción de que los Derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento registral. Esta presunción alcanza al propietario de la vivienda que tiene inscrito su derecho en el Registro y lo legitima para promover la acción de desahucio contra el precarista.

Si el actor cuenta con un título que le otorga un derecho a poseer y usar y disfrutar de la cosa, permitiéndole desalojar al precarista que la ocupa sin título, cabe afirmar que la acción de desahucio por precario es un medio de defensa posesorio que compete al poseedor civil para recuperar la posesión contra un poseedor de peor condición.

2) Precarista, según CABALLERO DE GEA es todo el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello, o cuando el título invocado es ineficaz para enervar el dominical que ostenta quien ejercita la acción de desahucio. No comprende solamente a los que usan y disfrutan una cosa sin mediar renta o merced, por la mera condescendencia o liberalidad del dueño concedente, sino que se extiende también a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea inoperante frente al actor<sup>156</sup>.

Por tanto, se considera precarista a aquella persona que disfruta de la posesión de la finca cuando el propietario reciba o no, a cambio de este, una prestación que le suponga lucro, beneficio, etc. y siempre que la entrega sea admitida en concepto de pago, sin que equivalga a las rentas los gastos que haya realizado el precarista en su utilidad.

La posesión del precarista se manifiesta en el poder de facto sobre la cosa, protegiéndose su posesión por la protección interdictal que se dispensa a todo poseedor establecida en el art. 446 CC.

---

<sup>155</sup> El art. 38 LH preceptúa que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento registral y que igualmente se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos. Por lo tanto, el título inscrito es válido, eficaz y subsistente mientras no se demuestre lo contrario o hasta que se obtenga la declaración de nulidad o cancelación de la inscripción en juicio ordinario.

<sup>156</sup> CABALLERO GEA, J.A., *El desahucio por precario: problemática judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 26.

## **B) Objeto.**

En su origen el precario se refería a los bienes inmuebles, aunque progresivamente fue ampliando su objeto a los bienes muebles.

Debemos tener en cuenta el art. 1565.3. LEC de 1881 en el que se hacía referencia a las demandas dirigidas a poner fin a detentaciones posesorias, cuando el demandado disfruta una finca, sea rústica o urbana.

En el mismo sentido la LEC actual en su art. 250.1 hace referencia a la recuperación de la posesión de una finca rústica o urbana, la cual haya sido cedida en precario.

## **C) Forma.**

Aunque no pueda hablarse de forma hay que tener en cuenta que, como situación posesoria que es, se constituye por la ocupación material de la cosa, art. 428 CC, motivada por la mera voluntad, cuando la causa originaria radica en la mera tolerancia del precario *dans*. El que pueda darse el caso de que se formalice, incluso con toda solemnidad, y ante la fe pública, no desnaturaliza la institución<sup>157</sup>.

## **2.4. El precario como contrato.**

Cabe destacar la postura doctrinal según la cual se considera el precario como una variedad del contrato de comodato frente a otro grupo de autores que lo consideran como un contrato autónomo.

### **A) El precario como variedad del contrato de comodato.**

En nuestra doctrina hay un gran número de autores que consideran el precario como una variedad del comodato, por lo tanto, como un contrato real, gratuito, por el cual el comodante entrega una cosa al comodatario, que la posee en concepto de tal hasta que el primero decida reclamarla. Entre ellos destacan los siguientes:

---

<sup>157</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., pp. 110-113.

Para SÁNTOS BRIZ<sup>158</sup> el precario es un supuesto en el que el comodatario ha recibido una cosa para su uso, pero sin pactarse la duración de ese uso ni la clase del mismo, ni resultar, tampoco, determinado por la costumbre de la tierra. Entonces el comodante podría reclamarla a su voluntad. Difiere del comodato en que el origen del precario obedece a un ruego del comodatario que mueve al comodante a cederle el uso de la cosa. Implica ello que el comodante cede a ese ruego y conviene en entregar la cosa por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación del que la recibe de devolverla cuando se la reclame. Esta cesión de posesión se basa en una relación contractual y responde al concepto romanista de precario.

Para CASTÁN TOBEÑAS<sup>159</sup>, como hemos citado anteriormente, el precario se encuentra refundido en el comodato, aunque, si se determina el uso de la cosa prestada, caso del comodato propiamente dicho, el comodante no puede reclamarse sino después de concluido ese uso, mientras que si no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa prestada y no resulta éste determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad, incumbiendo, en caso de duda, la prueba al comodatario. Seguidamente considera que en el Derecho español existe otra acepción del precario pues amplía los casos de precario a todos aquellos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. En esta acepción extensa, precario no supone necesariamente un contrato o una posesión concedida o tolerada; se trata simplemente de una situación posesoria de puro o hecho o incluso ilegítima, para privar de la cual se utiliza el juicio de desahucio.

Para BELLO JANEIRO<sup>160</sup> el precario como contrato sería una modalidad del contrato de préstamo o comodato en el que el comodante puede reclamar la cosa prestada en cualquier momento al comodatario, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario y asimilando también las situaciones en las que el comodante pueda reclamar la cosa a su voluntad.

Este grupo de autores prefiere refundir el precario dentro del comodato, para ello citan como fundamento legal el art. 1750 CC: *si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad.*

---

<sup>158</sup> SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, tomo IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, p. 309.

<sup>159</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit., p. 448.

<sup>160</sup> BELLO JANEIRO, D., ob. cit., p. 28.

En base a ello lo consideran como un contrato real, gratuito, por el cual el cedente entrega una cosa al precario, que la posee en concepto de tal hasta que aquél decida reclamarla<sup>161</sup>.

### **B) Distinción entre el contrato de comodato y el precario.**

La principal diferencia entre comodato y precario está en que el primero es un contrato real, gratuito y unilateral, mientras que el segundo constituye una situación posesoria. Ambos se perfeccionan por la toma de posesión, el comodato, como contrato real, y, el precario como situación posesoria, aunque se diferencian en que en el comodato la voluntad se forma con la concurrencia del acuerdo de voluntades entre el comodante y el comodatario, circunstancia que no ocurre en el precario. Este último no requiere ningún elemento volitivo, ni siquiera la plena capacidad en los sujetos.

El punto de conexión que presentan ambas figuras es la gratuidad, porque son actos de liberalidad, y, además, recae sobre cosas no fungibles. Es cierto que el comodato es esencialmente gratuito, art. 1740 CC, hasta el extremo de que si interviene algún emolumento el contrato deja de ser comodato, art. 1741 CC. No ocurre lo mismo con el precario, en el cual, y sin que por ello pierda su naturaleza, puede intervenir algún emolumento, siempre y cuando no fuere entregado a título de merced como contraprestación al uso de la cosa.

Con respecto a la fungibilidad de la cosa, art. 1740 CC, es cierto que las cosas consumibles pueden ser objeto de este contrato, siempre que se presten para un uso que no implique la consumición de la mismas (por ejemplo, ad pompam vel ostentationem). Por ello podemos decir que el comodato puede establecerse sobre bienes muebles o inmuebles, mientras que el precario sólo puede recaer sobre bienes inmuebles.

El art. 1741 CC prevé que el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, pudiendo este artículo ser interpretado en el sentido de que el comodatario sólo adquiere el uso de la cosa o su utilización, exclusivamente, para atender una necesidad temporal, pero, en ningún caso adquiere los frutos que la cosa pueda producir. Esto no ocurre en el precario, ya que el precarista tiene la facultad de usar y disfrutar de la cosa.

---

<sup>161</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., p. 101.

Por lo que se refiere a la duración, el comodato está sujeto a un término fijado por el tiempo o por el uso a que ha de destinarse su objeto, y transcurrido dicho plazo o uso surge la obligación de devolver la cosa. En el precario la cesión se hace por un tiempo indeterminado, que puede ser de mayor o menor duración, y que no viene prefijado por las partes, sino que única y exclusivamente depende de la voluntad del concedente. Es decir, el comodatario tiene derecho a usar la cosa por tiempo cierto y el precarista disfruta de una posesión tolerada, siendo revocable por la sola voluntad del precario *dans*<sup>162</sup>.

### **C) El precario como contrato autónomo.**

Esta concepción de precario como contrato autónomo ha sido seguida por una corriente minoritaria de la doctrina. En este sentido, por ejemplo, REYES MONTERREAL<sup>163</sup>, opina que el precario es un contrato autónomo. Para este autor es el comodatario quien debe probar el verdadero contenido del contrato, y al disponer de esta posibilidad, podrá concluirse que existe un verdadero precario en el caso de que dicha parte no logre probar que se concertó un tiempo específico y un uso determinado, y, la omisión de ambas especificaciones se correspondería con la voluntad expresa de ambas partes de no fijar ni el tiempo ni el uso, y por tanto, se dejaría a voluntad del comodatario.

En el caso de que no se pruebe que se determinó un uso específico y por un tiempo determinado, y tales condiciones no sean determinables por la costumbre de la tierra, se pondrá de manifiesto que la falta de ellas fue por el designio de las partes de atribuir a la voluntad del comodante la facultad de renovar la concesión cuando tuviera por conveniente. Es a través de esta vía por la que este autor considera el precario como un contrato autónomo.

LLACER MATACÁS, siguiendo la doctrina expuesta de REYES MONTERREAL, defiende un contrato de precario al que sería aplicables las normas del contrato de comodato por analogía.

---

<sup>162</sup> CANO MORIANO, G., ob. cit., pp. 151- 153.

<sup>163</sup> REYES MONTERREAL, J.M., “La figura del precario”, *RGLJ*, 1965, Reus, Madrid, pp. 42- 104.

## 2.5. La acción de desahucio por precario.

La acción de desahucio por precario puede configurarse como una acción de protección de la posesión, ya que puede ser utilizada por el poseedor mediato<sup>164</sup> con la finalidad de recuperar la posesión inmediata<sup>165</sup> que le corresponde, frente a quien ostenta la tenencia material de bien sin derecho alguno, bien porque nunca lo tuvo y aquella dependía o traía causa de la licencia o de la mera tolerancia del titular del derecho a poseer, bien porque el título que invoca se presenta como ineficaz para atribuirle la posesión.

El poseedor que ostenta una posesión precaria, o en precario, está protegido, art. 446 CC<sup>166</sup>. El titular del derecho a poseer que desee recuperar la posesión inmediata del bien cedido en precario en virtud de licencia o de concesión graciosa revocable en cualquier momento, no puede hacerlo arrebatando la cosa a quien la disfruta en precario, sino que tendrá que acudir, en busca de auxilio, a la autoridad competente, art. 441 CC<sup>167</sup>.

La vía que facilita el Ordenamiento jurídico español para este supuesto es el procedimiento de desahucio por precario, dispuesto en el art. 250.1.2º LEC<sup>168</sup>, teniendo el procedimiento por objeto la reintegración posesoria de una finca o inmuebles cedido en precario.

El juicio de desahucio por precario se regula en el LEC como un procedimiento ordinario de carácter plenario que se tramita por los cauces del juicio verbal. El carácter

---

<sup>164</sup> Se considera poseedor mediato a aquella persona que, teniendo facultades suficientes para poseer la cosa, transmite la posesión a otra.

<sup>165</sup> Es poseedor inmediato quien detenta de forma efectiva la tenencia de la cosa, mientras no la transmita a cualquier otra persona.

<sup>166</sup> Art. 446 CC: *Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.*

<sup>167</sup> Art. 441 CC: *En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.*

<sup>168</sup> Art. 250.1.2º LEC: *Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.*

plenario<sup>169</sup> del procedimiento implica que no procederá la declaración de sobreseimiento aun cuando la cuestión que se suscite sea compleja<sup>170</sup>.

Además, el juicio de desahucio por precario se configura como un proceso especial por razón de su objeto, lo que tiene consecuencias en el ámbito de los efectos de la sentencia definitiva que le ponga fin. En la tramitación de este procedimiento se aplican las normas previstas para el juicio verbal, sin que exista especialidad alguna.

Brevemente, la competencia objetiva y funcional corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y, la competencia territorial al Juzgado donde se encuentre la finca o inmueble objeto de la acción de desahucio.

Está legitimado activamente para el ejercicio de la acción de desahucio por precario el sujeto que acredite la titularidad de un derecho que le faculta para poseer el bien inmueble de que se trate, es decir, aquel que acredite el derecho a poseer el inmueble, careciendo el poseedor de hecho del mismo un título que habilite su tenencia material o su uso.

El legitimado pasivamente es quien posee de hecho el bien cuya efectuaración posesoria pretende el actor, pudiendo oponer las excepciones derivadas de la existencia de un título que le faculta o habilita para poseer el bien inmueble objeto del procedimiento, sin perjuicio de que la carga de la prueba de la condición de precarista del demandado incumba al actor.

No se exigen especiales presupuestos para el ejercicio de esta acción, a diferencia de lo que ocurría en la LEC 1881. El procedimiento se simplifica por lo que el demandante puede ejercitar directamente la acción de desahucio por precario sin haber formulado requerimiento previo al ocupante del inmueble.

Para que se estime la acción el demandante deberá acreditar: 1) El título en virtud del que se encuentra legitimado para el ejercicio de la acción de desahucio por

---

<sup>169</sup> El carácter plenario conlleva la ausencia de limitación de las alegaciones, de los medios de prueba que las partes pueden invocar y de la eficacia de la sentencia que se dicte, de forma que pueden plantearse cualesquiera cuestiones que afecten al derecho a poseer el inmueble objeto del litigio.

<sup>170</sup> El concepto de cuestión compleja estaba desarrollado en la LEC 1881, pero ha desaparecido con la actual Ley, como consecuencia de la configuración del procedimiento de desahucio por precario como un proceso plenario, así, en la Exposición de Motivos de la LEC se dice que: *La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconsejan, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con la apertura a plenas alegaciones y pruebe y finalice con plena efectividad.*

precario. 2) La identidad del inmueble objeto de la acción respecto de aquél cuyo derecho de uso acredita y le confiere la legitimación invocada. 3) Posesión material del inmueble por el demandado que no ostenta título que habilite su posesión, por haberse extinguido éste o devenido nulo o ineficaz; o, en su caso, la existencia de ocupación graciosa sin pago de renta, revocable a voluntad del cedente.

Dado el carácter plenario que le corresponde y su ausencia de la relación de supuestos excluidos en el art. 447.2 LEC, a la sentencia de fondo que se dicte en el juicio de desahucio por precario corresponderá plena eficacia de cosa juzgada.

La sentencia que se dicte en juicio de precario produce los efectos de cosa juzgada, si bien, restringidos al ámbito de la posesión de la finca que constituya el objeto del procedimiento.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil del TS, si bien, los supuestos de recurribilidad se circunscriben al supuesto previsto en el art. 447.2.3º LEC<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> BUSTOS LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., ob. cit., pp. 349-384. BONET NAVARRO, J., ob. cit., pp. 202- 229.

## **CAPÍTULO III. CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA FAMILIAR, TRAS UNA CRISIS MATRIMONIAL, ¿COMODATO O PRECARIO?**

### **3.1. Aproximación al problema.**

Es frecuente, dado el momento económico en el que estamos, que los padres (u otro familiar o amigo), cuando uno de sus hijos decide contraer matrimonio, presté a éste y a su cónyuge un inmueble que haga de vivienda familiar.

Nos encontramos en el supuesto de que la vivienda que venía utilizando la familia no es propiedad de ninguno de los cónyuges.

Se trata de una vivienda familiar que ha sido cedida por los padres de uno de los cónyuges, sin hacer mención expresa ni a plazo de duración, ni a uso específico, aunque claramente la cesión se realiza con la finalidad de servir de vivienda del cesionario y su familia. Los cónyuges en estos casos no poseen título de ocupación alguno.

No habrá ningún problema mientras todo siga su curso normal, pero, en el momento en que se produce una crisis matrimonial, y por sentencia judicial de separación o divorcio, se adjudica dicha vivienda a aquella persona con la que el propietario ya no tienen ningún vinculo de afectividad, dicho propietario, normalmente, decide ejercer la acción de desahucio por precario para poder recuperarla. Y esto es porque el cónyuge, que se ve obligado, por sentencia de divorcio, a ceder la liberalidad que le había sido concedida, no puede dar más derechos que los que tenía. No debemos olvidar que ninguno de ellos es propietario del inmueble.

Ante esta situación el propietario alega que la cesión del bien fue en precario, por lo que el cedente puede reclamarla en cualquier momento, mientras que la parte demandada alega que se trataba de un contrato de comodato, de manera que la reclamación para su restitución sólo prosperará si el propietario alega urgente necesidad. En estas circunstancias el Tribunal se encuentra en la tesitura de tener que decidir, según el caso concreto, si se trata de un contrato de comodato o de una cesión hecha en precario.

### 3.2. Evolución jurisprudencial en las últimas décadas.

Determinar si la cesión por un tercero de una vivienda de forma gratuita para que constituyan en ella los cesionarios su hogar familiar, no ha obtenido hasta hace pocos años una solución unánime en el ámbito de la jurisprudencia para resolver, si se trataba de un contrato de comodato o si estábamos ante un precario.

La primera postura mantenida por nuestros Tribunales fue aquella que calificaba la relación jurídica como precario, así lo defendió el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de noviembre de 1964<sup>172</sup> en la que se dice *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; (...) 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; y lo mismo ocurre con la tolerancia que tenga el heredero adjudicatario con referencia al familiar que venía ocupando graciosamente tal vivienda, pues nunca se puede interpretar como acto constitutivo de un derecho de habitación*<sup>173</sup>.

Esta postura fue seguida por diversas Audiencias Provinciales. A título de ejemplo podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 2 de febrero de 2000<sup>174</sup>: *esta Sala, se decanta por la entender, salvo prueba en otro sentido,*

---

<sup>172</sup> STS de 30- noviembre- 1964 (RJ/1964/5552).

<sup>173</sup> En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 21- mayo- 1990 (RJ/1990/3827) y la sentencia de 31- diciembre- 1994 (RJ/1994/10330): *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.*

<sup>174</sup> SAP Badajoz de 2- febrero- 2000 (LA LEY 29277/2000). Del mismo modo se fueron pronunciando la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 5- noviembre- 1997 (LA LEY 16304/1997);

*que no existe en estos casos comodato sino simple precario por encontrarnos ante una cesión meramente tolerada que puede finalizar en cualquier momento a voluntad del concedente y con independencia de cuál de los cónyuges ocupa el inmueble.*

En conclusión podemos decir que ésta posición entendían la cesión hecha por tercero de una vivienda, para que los cesionarios establecieran su domicilio familiar, como una mera posesión tolerada, es decir, nos encontraríamos ante una situación de precario, en la que no se determinaría el tiempo ni el uso, y daría lugar a la recuperación por parte del cedente en el momento en que lo decidiera. El poseedor tendría que devolver el inmueble, ya que, no sería admisible la incautación del bien al propietario por un procedimiento matrimonial en el que carece de legitimación para actuar.

Una segunda posición era aquella que calificaba la relación jurídica como comodato, y por tanto, excluía la situación de precario. Esta posición se apoyaba, esencialmente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992<sup>175</sup> en la que se decía que en cuanto a *la determinación del uso de la vivienda, 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, por lo que coincidiendo la no desmentida necesidad de habitar el piso los demandados y sus hijas y la no alegada necesidad urgente de ocuparla por los propietarios, es cierto que por la aplicación de dichos preceptos en consonancia con lo abstractamente dispuesto en los arts. 1740 y 1741 del mismo Cuerpo legal.*

Esta posición también fue sostenida por distintas Audiencias Provinciales, entre ellas, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 28 de octubre de 2000<sup>176</sup>

---

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5- abril- 2001 (LA LEY 73544/2001); SAP Almería de 19- mayo- 2005 (AC/2005/1723); SAP Málaga de 15- junio- 2005 (JUR/2006/33075).

<sup>175</sup> STS de 2- diciembre- 1992 (RJ/1992/10250). En esta misma tendencia la sentencia del Tribunal Supremo de 18- octubre- 1994 (LA LEY 133/1995).

<sup>176</sup> SAP Madrid de 28- octubre- 2000 (LA LEY 195070/2000). Mantienen esta tesis las siguientes sentencias: SAP Salamanca de 19- noviembre- 1996 (AC/1996/2259); SAP Barcelona de 26- febrero- 1998 (LA LEY 27896/1998); SAP Albacete de 18- enero- 1999 (AC/1999/1); SAP Madrid de 15- enero-

*dice que en el presente caso no cabe la menor duda, de que la vivienda que se reclama fue prestada para servir de hogar familiar al matrimonio que iban a contraer los demandados y que al parecer efectivamente contrajeron, lo que excluye claramente la situación de precario como acto de mera tolerancia, poniendo de manifiesto una situación de préstamo de uso o comodato contemplado en el art.1.740 del C.C. (...) La vivienda en cuestión, en el presente caso, sigue cumpliendo la misma finalidad para la que fue cedida, de manera que, a pesar de la crisis matrimonial producida sigue siendo hogar familiar de los descendientes de los comodantes, los cuales solo podrían reclamarla en el caso de urgente necesidad de la misma (art 1.749 del C.C.) necesidad que en modo alguno resulta probada. No hay pues precario alguno cuando, como en este caso, resulta probado el uso específico para y por el que se cedió la vivienda.*

En definitiva podemos decir que los defensores de esta posición consideraban que la entrada y permanencia de los cónyuges en la vivienda cedida se explicaba con la figura del comodato en cuanto, aunque no se hubiera establecido plazo de uso, la cesión se hace para constituir el hogar familiar, de forma que la ocupación no estaba condicionada a la subsistencia del fin que originariamente se tuvo en cuenta para hacer la cesión, y esa finalidad de hogar familiar no desaparece aunque se haya producido para alojar a la familiar aunque ya, por separación o divorcio, no la integre uno de sus miembros.

Como podemos observar no había un criterio fijo en la materia y, la solución a favor de una u otra postura iba en función del caso concreto, dando lugar a numerosos conflictos entre las Audiencias Provinciales, incluso el propio Tribunal Supremo no tenía un criterio fijo para resolver estos litigios.

Ante este panorama la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005<sup>177</sup> fue determinante porque sentó las bases jurisprudenciales para evitar las contradicciones existentes, fijando la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual deben ventilarse estos litigios<sup>178</sup>.

---

2000 (AC/2000/1237); SAP Vizcaya de 17- abril- 2000 (LA LEY 83828/2000); SAP Castellón de 13- mayo- 2005 (AC/2005/1470).

<sup>177</sup> STS de 26- diciembre- 2005 (RJ/2006/180).

<sup>178</sup> CERVANTES CÓMEZ- ANGULO, L., “Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario”, *Diario La Ley*, disponible en <http://diariolaley.laley.es>, núm. 8363, 2014, epígrafe IV, (con último acceso el 11 de junio de 2015).

A continuación, vamos a exponer los puntos más importantes que han de tenerse en cuenta para resolver una controversia en esta situación: cesión gratuita de vivienda, pudiendo ser a un hijo, o a otro familiar. Esta persona contrae matrimonio y tiempo después surge una crisis matrimonial, ¿estamos ante un contrato de comodato o ante un precario?

### **3.3. Doctrina fijada por la Jurisprudencia a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005.**

**A) Consideración de la situación.** El Tribunal Supremo, tratando de consolidar una solución unánime, en innumerables sentencias<sup>179</sup> concluye que *la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.*

Podemos decir que, rota la convivencia conyugal, producida, en el caso que nos ocupa, por una crisis matrimonial, es indiferente que existiera contrato de comodato o que existiera precario, ya que en ambos casos la situación va a ser la de precarista, y ello conllevará que el propietario del inmueble pueda ejercer la acción de desahucio por precario.<sup>180</sup>

#### **B) ¿Qué ocurre con los terceros ajenos al matrimonio?**

El derecho de uso a la vivienda familiar no es un derecho real sino un derecho que se ubica en el ámbito del derecho de familia, el propio Código Civil no le confiere

---

MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, *Diario La Ley*, disponible en <http://laleydigital.laley.es>, núm. 6503, 2006, (con último acceso el 11 de junio de 2015).

<sup>179</sup> STS de 22- octubre- 2009 (RJ/2009/5704); STS de 18- enero- 2010 (RJ/2010/1274); STS de 14- octubre- 2014 (RJ/2014/4729).

De la misma forma, la jurisprudencia menor ha seguido este criterio: SAP Albacete de 11- septiembre- 2009 (LA LEY 206232/2009); SAP Almería de 26- octubre- 2011 (LA LEY 238903/2011); SAP Madrid de 19- noviembre- 2013 (LA LEY 203008/2013).

<sup>180</sup> MANTECA VALDELANDE, V., “Cuando desaparece la causa del comodato, el poseedor se convierte en precarista”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, núm. 768, 2008, epígrafe IV, BIB 2008\3007 (con último acceso el 11 de junio de 2015)

un derecho de naturaleza real. Debemos partir de la ubicación sistemática que tiene el art. 96 CC<sup>181</sup>, el cual establece el derecho de uso de la vivienda familiar, y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido, de lo que se puede desprender *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 (RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso 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)*<sup>182</sup>.

La decisión judicial que se adopte en el marco de la familia no afectará a la titularidad<sup>183</sup>, principalmente porque los terceros ajenos no forman parte de la familia y ninguna decisión que se adopte puede vulnerar la relación jurídica que, cualquiera de los cónyuges, pueda tener con los terceros<sup>184</sup>.

Es necesario recordar que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al ex cónyuge, con el que los propietarios ya no mantienen ninguna relación, no afecta el derecho que estos terceros tienen a recuperar la posesión de su vivienda. Debemos apoyar este argumento en que, jurisprudencialmente se ha dicho que, la sentencia que se dicte en el procedimiento de separación o divorcio no puede originar un derecho antes inexistente, nadie puede dar algo que no tiene, ni puede modificar la naturaleza del

---

<sup>181</sup> El art. 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. (PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 101- 104).

<sup>182</sup> STS de 18- enero- 2010 (RJ/2010/1274); STS de 14- enero- 2010 (LA LEY 21048/2010); STS de 27- febrero- 2012 (RJ/2012/3383);

<sup>183</sup> El derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, pero no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio, ya que no genera por sí mismo un derecho antes inexistente.

<sup>184</sup> CORDERO CUTILLAS, I., “Casuística ante la decisión sobre la vivienda familiar tras la separación o divorcio. Supuestos que suelen presentarse en la práctica procesal”, *Práctica de Tribunales*, disponible en <http://laleydigital.laley.es>, núm. 108, 2014, epígrafe IV (con último acceso el 11 de junio de 2015). GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, p. 172.

título por el que la vivienda es ocupada<sup>185</sup>, es decir, *la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda*<sup>186</sup>.

El procedimiento matrimonial no otorga al beneficiario del uso una posición jurídica superior ni una mayor protección a la del precario, ya que ello supondría hacer cargar a extraños al vínculo matrimonial con obligaciones familiares, que aunque merezcan protección, no son ellos quien deben asumirlas, ya que de no ser así, desaparecería por parte de los progenitores, el interés por ceder gratuitamente el uso de una vivienda ante el temor de que una crisis familiar provocara que la cesión se prolongara más de los deseado.

Recapitulando, debemos tener en cuenta que la sentencia que en el procedimiento de familia determina la adjudicación del uso no crea un título de ocupación por sí sólo ejercitable erga omnes, sino que la posición frente a los terceros supone una posesión de hecho basada en la resolución judicial, pero no modifica el régimen sustantivo de los derechos en virtud de los cuales se ocupaba la vivienda. La resolución judicial no crea un título de adquisición originaria del que surja un derecho real u obligacional que faculte a usar la vivienda. El derecho de uso únicamente puede hacerse valer frente al otro cónyuge. Respecto a los terceros, únicamente se produce una

---

<sup>185</sup> TORRELLES TORREA, E., “Cesión de vivienda a hijo y posterior crisis matrimonial con atribución judicial del uso a su cónyuge: Un desahucio por precario que afecta mayoritariamente a mujeres”, en AA. VV. (Dir. GARCÍA RUBIO, M.P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1407- 1428.

<sup>186</sup> STS de 31- diciembre- 1994 (RJ/1994/10330); STS de 26- diciembre- 2005 (RJ/2006/180); STS de 2- octubre- 2008 (RJ/2008/5587); STS de 13- febrero- 2014 (RJ/2014/1341).

En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Málaga en la sentencia de 29- marzo- 2006 (LA LEY 89389/2006); O, la Audiencia Provincial de Valladolid en la sentencia de 14- febrero- 2007 (JUR/2007/254557).

concentración posesoria o de hecho que trae causa de la resolución judicial y que no altera el régimen previo.<sup>187</sup>

**C) Relación jurídica preexistente entre las partes antes de la sentencia de separación o divorcio.** En este punto es necesario analizar si las partes realizaron la cesión a través de un contrato de comodato, en cuyo caso se registrarán por las normas legales establecidas para dicho contrato o, si por el contrario la cesión se realizó por mera tolerancia del dueño del inmueble, estando, de este modo, en la situación de precarista<sup>188</sup>.

Si nos encontráramos ante un contrato de comodato no sería posible desahuciar al cónyuge que habita en la vivienda a instancia del propietario, una vez que se hubiera dictado la resolución judicial de separación o divorcio, y su correspondiente atribución a dicho cónyuge. De tal manera que, nuestro punto de apoyo sería el art. 1749 CC en el que se dice que el comodante no puede reclamar la cosa sino hasta que concluya el uso para el que se prestó, salvo que tenga urgente necesidad de ella<sup>189</sup>.

Lo enunciado anteriormente despliega efectos si es al cónyuge contratante al que se le atribuye el uso del inmueble. El uso familiar, en esta circunstancia, se considera que continúa con un miembro del matrimonio y los hijos de ambos, en el caso de que los tuvieran, por lo cual, el destino de la vivienda para la familia también continúa. El fin o destino de la cesión no ha desaparecido<sup>190</sup>. En caso contrario, si el título que permitió a uno de los cónyuges la utilización de la vivienda perteneciente a un tercero

---

<sup>187</sup> GIL MEMBRADO, C., ob. cit., pp. 182- 183.

<sup>188</sup> MURILLAS ESCUDERO, J.M., “Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o Comodato?”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, núm. 11, 2007, epígrafe 1º, BIB/2007/1015 (con último acceso el 11 de junio de 2015).

STS de 2- octubre- 2008 (RJ/2008/5587); STS de 14- marzo- 2013 (RJ/2013/2420); STS de 13- febrero- 2014 (RJ/2014/1341): *la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión.*

<sup>189</sup> Como ya sabemos, la duración en el contrato de comodato puede venir fijada por pacto expreso entre las partes o deducirse el plazo en función de un uso que se convino de forma concreta. La prueba de que se pactó la duración del contrato, o la de que se acordó un uso cuyo ejercicio implica una duración determinada, incumbe al comodatario.

<sup>190</sup> CREMADES GARCÍA, P., “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, disponible en <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/03-tm-021.pdf> (con último acceso el 11 de junio de 2015).

tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en dicha relación por el mero hecho de haberle sido atribuida la vivienda en un procedimiento matrimonial<sup>191</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992 se decanta por esta posición, nos dice que la *determinación del uso de la vivienda; 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*<sup>192</sup>.

Es relevante hablar del concreto uso de la cosa para el cual se presta y el destino específico o finalidad de la misma, pero, dado la importancia que conlleva lo trataremos en un apartado diferente.

Si, por el contrario, no existiera contrato estaríamos ante una situación de precario, por el cual se entiende la posesión tolerada con el beneplácito del propietario de un inmueble, sin pagar renta o merced y sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el desahucio. En estos supuestos la cesión carece de la determinación y de la concreción necesaria para que se estime la identificación del contrato de comodato.

Se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2008<sup>193</sup> que *la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de la existencia de un contrato entre las partes (...) de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamarla a su voluntad. (...) la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la*

---

<sup>191</sup> GIL MEMBRADO, C., ob. cit., p. 186.

<sup>192</sup> En este mismos sentido se han pronunciado las SAP Barcelona de 15- febrero- 2000 (JUR/2000/305030); SAP Zaragoza de 8- noviembre- 2005 (JUR/2005/3628).

<sup>193</sup> STS de 29- octubre- 2008 (RJ/2008/6923); Igualmente se recoge en las STS de 11- junio- 2012 (RJ/2012/8848); STS de 13- febrero- 2014 (RJ/2014/1341).

*medida en que no constituye 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.*

En efecto, ambos cónyuges disfrutaban del uso de la vivienda por mera liberalidad de su propietario, por lo que puede éste revocar libremente la concesión en precario, y recobrar en cualquier momento la posesión de la vivienda<sup>194</sup>.

Lo normal en estos supuestos es que la cesión se realice sin pacto de duración y con un uso indefinido<sup>195</sup>, por lo que, ante tales circunstancias, debemos concluir, que la situación de persona que habita en el inmueble es la de un precario, y el propietario de dicho inmueble tiene derecho a ejercer la acción de desahucio para poder recuperar su vivienda.

#### **D) Consideraciones sobre el uso de la cosa.**

Se ha planteado por la jurisprudencia si la cesión de una vivienda para residencia de los cónyuges puede ser un uso determinado y, de esta forma, configurar un comodato. Predomina la valoración de que el servir de hogar familiar no puede ser considerado un “uso preciso y determinado” por su obvia indefinición sobre el uso o destino y sobre la duración, ya que siendo el comodato esencialmente temporal, en esta hipotética situación de considerarlo como “uso preciso y determinado”, no se podría determinar cuándo concluye el uso o finaliza el tiempo del “uso” o de la “necesidad familiar”.

En el contrato de comodato el uso determinado, al que se refiere el art. 1750 CC, no es un uso normal o genérico de la cosa sino que se refiere a un uso específico, es decir, a la finalidad a la que se destina la cosa prestada, y como sabemos, el uso de una vivienda es habitarla, y lo consideramos como uso genérico de la cosa. Como consecuencia la vivienda que los padres ceden a uno de los hijos se entrega para servir a

---

<sup>194</sup> CREMADES GARCÍA, P., ob. cit., epígrafe IV.

<sup>195</sup> Como ya hemos mencionado la atribución del uso de la vivienda a uno de ellos tras el proceso matrimonial no lleva aparejada una protección jurídica de rango superior al del precario.

su uso genérico, con lo cual esta característica que requiere el comodato no se cumple y estaremos ante una simple cesión en precario<sup>196</sup>.

*Es importante diferenciar entre el concreto «uso» de la cosa para el cual se presta o el «destino» específico o «finalidad» de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el «uso» al que alude el art. 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el «uso» pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse. En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un «uso» determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él)<sup>197</sup>.*

En el caso de que admitiésemos que la vivienda se hubiese cedido para un uso específico como es la utilización de la vivienda como hogar familiar y conyugal, nunca podría interpretarse esa situación como comodato, pues, dicho uso habría desaparecido

---

<sup>196</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, en AA.VV. (coord. ARIZA JARIOL, M., CARA MARTÍN, F., CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., GÓMEZ CARA, M.J., HERRERA de las HERAS, R., LÓPEZ SAN LUIS, R., MARTÍN SÁNCHEZ, M.A., PAÑOS PÉREZ, A.), *Derecho y familia en el siglo XXI*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, pp. 581-

RUBIO TORRANO, E., “Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, núm. 2, 2010, epígrafe I, BIB/2010/740 (con último acceso el 11 de junio de 2015).

TORRELLES TORREA, E., ob. cit., pp. 1413 y 1416.

<sup>197</sup> SAP Madrid de 2- noviembre- 1993 (AC/1993/2359). En términos semejantes se pronuncian la SAP Valladolid de 14- febrero- 2007 (JUR/2007/254557); SAP Barcelona de 6- marzo- 2007 (JUR/2007/120755)

una vez rota la convivencia conyugal, no constituyendo por sí mismo título oponible a los propietarios del inmueble el derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial al cónyuge, que ya no mantiene la relación de afectividad con el dueño del inmueble, en el proceso de separación o divorcio, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son parte. En resumen, podemos decir que aunque al comienzo hubiera existido verdaderamente un contrato de comodato, éste se destruye con la crisis matrimonial y ruptura de la convivencia conyugal, pasando a ser la situación del ocupante de la vivienda la de un precarista<sup>198</sup>.

En el precario no subyace un uso determinado, ya que la cesión del inmueble se realiza para que la familia lo ocupe, pero ese es el destino propio y genérico de este tipo de inmuebles por lo que no puede deducirse que dé cobijo a un uso que conlleve una duración determinada. La atribución del uso no es constitutiva, pues, ni crea ni modifica ni extingue la relación jurídica que cualquiera de los cónyuges pueda tener con un tercero. Con lo cual, podemos deducir que lo único que se determina en el procedimiento matrimonial es cuál de los dos tiene que abandonar el domicilio familiar, sin que ello conlleve la alteración del título por el que se ocupaba el inmueble, ya que el pronunciamiento recaído en el procedimiento matrimonial afecta al uso de la vivienda pero no al título del que deriva el uso.<sup>199</sup>

#### **3.4. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.**

El Anteproyecto aprobado por el Consejo de Estado en Pleno, en la sesión celebrada el día 24 de julio de 2014, hace una brevísima referencia, a mi entender, a la regulación del problema: cesión gratuita de vivienda familiar por un tercero.

En art. 96. 7 preceptúa que *si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.*

---

<sup>198</sup> CERVANTES CÓMEZ- ANGULO, L., ob. cit., epígrafe IV.

<sup>199</sup> GIL MEMBRADO, C., ob. cit., p. 181.

*Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.*

Para nuestro caso, el párrafo verdaderamente interesante es el segundo, en él se está haciendo referencia, a mi juicio, al cónyuge, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar por sentencia de divorcio o separación, y, cuya posición no es otra que la de un precario, por lo que, consecuentemente, el propietario del inmueble podrá recuperarlo cuando lo desee, sin verse afectado por dicha resolución.

Posiblemente esta incorporación del apartado séptimo deba su origen a la doctrina del Tribunal Supremo, el cual, considera, como hemos dicho anteriormente, que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

Lo que se pretende es que terceros ajenos al matrimonio se vean perjudicados por las resoluciones dictadas en procedimientos de separación y divorcio, ya que ellos no han sido parte legitimada del procedimiento, y en consecuencia, no deben soportar cargas familiares que no son de su competencia.

Si esta nueva regulación se consolida, muchos problemas, relativos a la situación de cesión de vivienda familiar gratuita por un tercero, tendrán una solución ágil en el tiempo evitando la dilación innecesaria del procedimiento.

### **3.5. Comentario práctico de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014<sup>200</sup>.**

Los antecedentes para poder conocer el caso se encuentran reseñados en el Fundamento de Derecho primero.

---

<sup>200</sup> STS de 14- octubre- 2014 (RJ/2014/4729)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente juicio verbal de desahucio seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Castellón, tiene los siguientes antecedentes fácticos indiscutidos. Doña Blanca (codemandada en la instancia) y don Lázaro (que no ha sido parte en el proceso) contrajeron matrimonio el 16 septiembre 1989. En el año 2005 se siguió proceso de divorcio, en el que se formuló convenio regulador de fecha 22 julio de este año, que fue homologado judicialmente y también más tarde por sentencia en 9 marzo 2009, aquél fue condenado por un delito de violencia de género. En dicho convenio se fijó el domicilio en el pacto séptimo que dice así:

*SEPTIMO.- DOMICILIOS. ATRIBUCION DEL DOMICILIO CONYUGAL: el inmueble que ha constituido hasta el momento la vivienda conyugal se encuentra situada en Castellón, CALLE000, NUM000 - NUM001 y su uso se atribuye a la hija y esposa. El esposo queda obligado a abandonar la misma, previa retirada de sus efectos personales, en el mismo instante de la firma del presente acuerdo, debiendo comunicar a la esposa su dirección una vez se establezca en un nuevo domicilio.*

La vivienda era propiedad de los padres del mencionado esposo, don José Carlos y doña Angustia, demandantes en la instancia y recurrentes en casación. Aquel matrimonio tuvo una hija, Carla (codemandada en la instancia) que al tiempo del convenio (2005) tenía 12 años.

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

2.- La sentencia dictada en primera instancia en fecha 6 abril 2011 estimó la demanda y declaró haber lugar al desahucio, por esta conclusión:

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

Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de Castellón de 24 abril 2012 que desestimó la demanda al expresar que:

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

3.- Los demandantes, al ver rechazada su acción de desahucio, han formulado el presente recurso de casación, por interés casacional, en un motivo único,

en el que interesan que se confirme la sentencia dictada en primera instancia, reiterando la doctrina jurisprudencial que cita.

SEGUNDO.- 1.- La jurisprudencia es esencial en el presente caso, ya que las resoluciones de las Audiencias Provinciales han sido contradictorias durante mucho tiempo. Sin embargo, las sentencias de esta Sala no lo han sido aunque alguna pueda parecerlo.

La sentencia que puso fin a la contradicción entre las sentencias de audiencias fue del 26 diciembre 2005 y su doctrina fue recogida explícitamente por la de fecha 2 octubre 2008 en estos términos:

*"La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial".*

Esta doctrina fue reiterada por las sentencias del 23 octubre, 29 octubre, 13 noviembre, 14 noviembre, 30 noviembre 2008 y otras de 2009. Más tarde, la de 18 enero 2010, del Pleno de esta Sala reiteró definitivamente la doctrina anterior y expresa, en este sentido:

*"El presente motivo plantea de nuevo la cuestión de la facultad que tiene el tercero, propietario afectado por una sentencia dictada en procedimientos de separación o divorcio en la que se*

*atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no propietario. En general, el conflicto se plantea cuando el propietario ha permitido el uso de dicha vivienda a un pariente suyo, normalmente un hijo, en razón de su matrimonio, pero que quiere recuperar cuando se ha producido la crisis matrimonial. Este caso ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio. Esta Sala ha dictado las sentencias de 30 junio y 22 de octubre, ambas de 2009, en las que se recuerda que ha abandonado la tesis de las sentencias aportadas en alegación del interés casacional con la finalidad de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales. Por lo tanto, debe recordarse en este momento la doctrina de esta Sala, de acuerdo con la cual, "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial". Esta doctrina es la que actualmente mantiene la Sala y debe aplicarse en el presente litigio."*

Es también exponente de esta cuestión la sentencia de 30 junio 2009, pero no es el mismo caso del matrimonio cuya convivencia se rompe y la su vivienda era propiedad de los padres del esposo y el uso se había atribuido a la esposa, sino que se trata de un contrato de arrendamiento y abastecimiento de

carburantes y combustible a una gasolinera.

La que sí parece contraria a esta doctrina es la de 13 abril 2009 que rechaza el desahucio por entender que se da el contrato de comodato, no el precario. Sin embargo, es un caso más complejo de nuda propiedad (del propio esposo), usufructo (de la madre de éste) y uso de la vivienda (atribuido a la esposa). Entendió lo siguiente:

*"En definitiva, cuando la actora adquirió el usufructo, su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, y era plenamente conocedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido. Por ello, la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia debe mantenerse ahora en esta sede, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario."*

Por ello, el caso de esta sentencia no puede aplicarse con carácter general a la cuestión que se ha planteado en el caso presente, como sí ha hecho la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial.

2.- Se debe seguir la doctrina jurisprudencial consolidada y entender que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, ha infringido los artículos 1749 y 1750 del Código civil ya que no media en el presente caso un contrato de comodato, sino una situación de precario ya que las demandadas -madre e hija- ocupan actualmente la vivienda sin contraprestación y sin fijación de plazo, lo que coincide con la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta.

Lo cual implica acoger el motivo único del recurso de casación, dar lugar al mismo, casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, confirmar la sentencia dictada en primera instancia que había estimado la demanda.

En cuanto a las costas, se mantienen los pronunciamientos de las sentencias de instancia y no se hace condena en las causadas en este recurso, conforme los artículos 394 y 399 del código civil SIC.

## **Comentario:**

El supuesto de hecho con el que nos encontramos suele darse con relativa frecuencia en la práctica y, consiste en la valoración de la procedencia en cuanto a la reclamación por parte de su propietario, de la vivienda que ha cedido a título gratuito a su hijo para su uso como hogar familiar. Esta reclamación se produce después de que ha acontecido una crisis matrimonial entre el hijo y su ex esposa y la convivencia conyugal se ha roto.

En la sentencia encontramos dos posiciones diferenciadas, por un lado, la postura de los padres que pretenden que intentan recuperar el inmueble, cuyo uso se cedió a su hijo, y en al no habitar el mismo la referida vivienda, revocaron la concesión. Y, una segunda posición es la de la ex esposa e hija cuyo uso de la vivienda fue atribuido por sentencia de divorcio, y consideran que están legitimadas para seguir ocupando la vivienda.

Para la resolución del conflicto es necesario que determinemos la naturaleza jurídica del derecho que nace cuando se produce la cesión en el uso de la vivienda. Esta se cedió para que sirviera de hogar familiar del hijo de los demandantes, tratándose así de un uso tolerado, sin que mediara ningún contrato.

En este caso se trata de un uso tolerado, ya que en ningún momento se hace referencia a la existencia de un contrato de comodato, tenemos que acudir al art. 444 CC el cual preceptúa, que los actos meramente tolerados no pueden afectar a la posesión, y por tanto, al producirse la ruptura matrimonial, nadie puede dar más derechos de los que tiene y no puede nacer a favor de uno de los cónyuges, por medio de resolución judicial, un derecho de vigor jurídico superior.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que anteriormente hemos expuesto, debemos hacer referencia a la STS de 26 de diciembre de 2005<sup>201</sup> en la que nos dice que cuando se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, nos hallaremos ante un simple precario, pues se tiene el disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

---

<sup>201</sup> STS de 26- diciembre- 2005 (RJ/2006/180)

Por lo tanto, aunque las demandadas alegan la existencia de un comodato, no es así, ya que la situación parece ser el reflejo de un precario, y de ninguna forma puede nacer un derecho real de carácter familiar.

Aclarando aún más la situación, debemos partir de la doctrina jurisprudencial, y la máxima que recoge: *la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial*<sup>202</sup>. Lo que se afirma es que tras la ruptura conyugal se pasa a una situación de precario, aunque la relación jurídica que vinculaba al propietario con su hijo era la de comodato, ya que ambos actores afirmaron que habían dejado la vivienda a su hijo mientras estuviera vigente el matrimonio, pero esta nota caracterizadora desapareció al romperse la convivencia conyugal, encontrándose la ex esposa e hija en la situación de precarista, ya que esta situación no se modifica por la atribución judicial a ambas del derecho de uso y disfrute de la vivienda.

La sentencia de 2 de octubre de 2008, a la que siguieron numerosas sentencias del Tribunal Supremo, nos dice que *el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.*

Evidentemente la atribución de la vivienda a la ex esposa e hija por sentencia de divorcio no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio, que no han sido parte y que no pueden serlo en el procedimiento matrimonial.

---

<sup>202</sup> STS de 26- diciembre- 2005 (RJ/2006/180); STS de 2- octubre- 2008 (RJ/2008/5587); STS de 18- enero- 2010 (RJ/2010/1274), entre otras.

También, tenemos que examinar el uso para el que se prestó la vivienda, ya que es determinante en algunas situaciones. En este caso la vivienda se prestó para que el hijo estableciera su domicilio familiar mientras el matrimonio estuviera vigente. El normal uso de una vivienda es que una persona o un grupo de personas establezcan allí su domicilio. Consecuentemente el uso para el que se cedió la vivienda era un uso genérico, el propio de la cosa prestada, no un uso específico, y por tanto, no puede considerarse un uso determinado que es condición necesaria del contrato de comodato (art. 1750 CC). De esta forma, los propietarios podrán recuperar la vivienda cuando lo deseen.

Podemos concluir diciendo, en primer lugar, que ante la posibilidad de recuperación de la vivienda por parte de los padres del ex esposo tras la ruptura matrimonial, la ex esposa e hija pasan a encontrarse en una situación de precario, por lo que procede la recuperación de la vivienda por los propietarios. Es decir, cuando se produjo la cesión en el uso de la vivienda para que sirviera de hogar conyugal, se hizo porque allí habitaría el hijo de los titulares de dicha vivienda. Una vez rota la convivencia el mencionado hijo ya no residía en la vivienda, y el vínculo existente unía a los dueños de la vivienda exclusivamente con su hijo, y este carácter personal del mismo hace que sea legítima la petición del titular del inmueble de recuperar su uso.

En segundo lugar, la situación en la que quedan la ex cónyuge e hija, a quienes se les ha atribuyó el uso de la vivienda por sentencia de divorcio, debe quedar resuelta por medio de compensaciones económicas a carga del padre, ya que sólo él es el responsable de satisfacer las necesidades de proporcionar una vivienda a su hija, y no terceros que ni siquiera han podido ser parte en el procedimiento matrimonial.

Efectivamente debemos entender que tras la sentencia de divorcio la situación de la ex esposa e hija es la de precario.

## CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos afrontado el estudio del contrato de comodato y del precario, y en especial su aplicación a la cesión gratuita de vivienda familiar por un tercero. Según el desarrollo de nuestro estudio podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Primera.- El contrato de comodato se regula en el art. 1740 CC y, según el cual, es el contrato por el que 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. Podemos decir que estamos ante la cesión gratuita de una cosa por un tiempo determinado o para un uso específico con la limitación de su posterior devolución. El contrato de comodato es un contrato real, gratuito, unilateral, de duración temporal, típico y, traslativo del mero uso de la cosa.

Segunda.- El comodatario tiene derecho a usar la cosa conforme a lo pactado pero, igualmente tiene una serie de obligaciones. A mi parecer, la obligación principal del comodatario es la de restituir la cosa al término del contrato, en las mismas condiciones en las que se le entregó. Esta obligación se debe al carácter temporal y gratuito del contrato. Igualmente, tiene la obligación de conservar la cosa con la diligencia de buen padre de familia; está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean necesarios para el uso y conservación de la cosa (art. 1743 CC); y, tiene el deber de usar la cosa para el uso debido, es decir, tiene que hacer un uso legítimo de ella.

El comodante tiene como derecho fundamental que se le devuelva la cosa cuando finaliza el contrato. Las obligaciones que posee el comodatario han sido consideradas accesorias por la doctrina, y ello se explica por el carácter unilateral del contrato. Entre estas obligaciones está la de no impedir la utilización de la cosa antes de haber concluido el plazo para el uso para el que se prestó (art. 1749 CC); la obligación de abonar los gastos extraordinarios de la conservación de la cosa prestada (art. 1751 CC) e informar de los vicios que pueda tener la cosa (art. 1752 CC).

Tercera.- El Código Civil no contiene un precepto específico que regule las causas de extinción del contrato de comodato por lo que se hace una remisión a las causas generales de extinción de las obligaciones. En el caso del comodato, el contrato se extingue cuando concluye el uso para el cual se prestó la cosa cuando la duración del

contrato va asociada al uso de la cosa; cuando llega el término final establecido; cuando el comodante reclama la cosa teniendo urgente necesidad de ella (art. 1749 CC); por la reclamación hecha a voluntad del comodante si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que habría de destinarse la cosa y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra (art. 1750 CC); por la muerte del comodatario si el comodato se realizó en contemplación a la persona del comodatario, es decir, cuando se trate de una cesión de uso *intuitu personae* (art. 1742 CC)

Además de estas causas generales existen causas especiales de extinción del contrato, entre ellas destacan, el incumplimiento de las obligaciones que incumben al comodatario en relación a la cosa entregada y la posibilidad de que el comodatario ponga fin a la relación obligatoria de forma anticipada.

El principal efecto de la extinción del contrato de comodato es la restitución del bien.

Cuarta.- En cuanto a la figura del precario. Podemos decir que es una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no corresponde al detentador de la posesión material; se basa, pues, en la falta de título que habilite y justifique el goce de la posesión, bien porque nunca se tuvo, bien porque, habiendo existido, se pierda o devenga ineficaz, de modo que comprende tanto la posesión sin título, como la posesión tolerada y la posesión concedida.

Consecuentemente podemos decir que la institución de precario tiene como requisitos el establecimiento de una situación posesoria; la inexistencia de pago, siendo esencial la gratuidad del mismo; y, revocable a voluntad del propietario del inmueble.

Quinta.- Después del estudio de ambas figuras es necesario presentar las diferencias que existen entre ambas. En primer lugar, el contrato de comodato es un contrato real, gratuito, unilateral, típico y de duración determinada, mientras que, el precario constituye una situación posesoria.

En segundo lugar, aunque presentan el punto de conexión de la gratuidad debemos decir, que el comodato es esencialmente gratuito, hasta el punto, de que si interviene algún emolumento el contrato deja de ser comodato, pero, en el caso del precario no ocurre lo mismo. Puede intervenir algún emolumento, siempre y cuando no fuera entregado a título de merced como contraprestación del uso de la cosa.

En tercer lugar, hacemos referencia al objeto. El comodato puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles, mientras que el precario sólo puede tener como objeto bienes inmuebles.

En cuanto lugar, nos referimos a la duración. El contrato de comodato está sujeto a un término fijado por el tiempo o por el uso a que ha de destinarse su objeto, y transcurrido dicho plazo o uso surge la obligación de devolver la cosa. En el precario la cesión se hace por un tiempo indeterminado, quedando la duración única y exclusivamente a voluntad del concedente.

Sexta.- En atención al problema de la cesión gratuita de vivienda familiar por un tercero. Este debate se ha zanjado a través de la jurisprudencia no existiendo regulación legal al respecto.

El Tribunal Supremo ha considerado al respecto que cuando se produce una crisis matrimonial la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

El derecho de uso a la vivienda familiar no es un derecho real sino un derecho que se ubica en el ámbito del derecho de familia, por lo que, la decisión judicial que se adopte en el marco de la familia no afectará a la titularidad de la vivienda, principalmente porque los terceros son ajenos al procedimiento de familia. La sentencia adoptada en este ámbito no puede originar un derecho antes inexistente, ni puede modificar la naturaleza del título por el que la vivienda había sido ocupada, es decir, esta sentencia no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni puede afectar a terceros ajenos al matrimonio que no han sido parte legitimada en el proceso.

Es necesario analizar la relación jurídica preexistente entre las partes antes de la sentencia de separación o divorcio. Si las partes realizaron la cesión a través de un contrato de comodato, la misma se regirá por las normas legales establecidas para dicho contrato o, si por el contrato la cesión se realizó por mera tolerancia del dueño del inmueble, la situación en la que se encontraran será la de precarista.

Es importante que en estas controversias se haga referencia al uso de la vivienda, hemos podido deducir de la jurisprudencia mayoritaria que predomina la valoración de que la vivienda familiar tiene por objeto servir de hogar familiar y, se considera que este objeto no puede ser considerado como un “uso preciso y determinado”, sino que se considera como un uso genérico. El uso específico es una de las notas principales del contrato de comodato (art. 1750 CC). Y, en este caso al no considerar que concurre un uso genérico, la cesión de vivienda familiar no puede ser un contrato de comodato, encontrándonos de esta forma en la situación de precario.

Séptima.- Siguiendo esta línea jurisprudencial el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 24 de julio de 2014, ha recogido esta tesis en su art. 96. 7: *si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.* Con base en lo anterior parece consolidarse de *lege ferenda* las últimas tendencias descritas por el Tribunal Supremo.

## **ANEXOS**

Se adjuntan como anexos un CD con el texto íntegro de todas las sentencias utilizadas a lo largo del trabajo.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

AA. VV. (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.), *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1991.

BASOZABAL ARRUE, X., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

BATALLER RUIZ, E., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), *Código Civil Comentado*, vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico práctico*, Comares, Granada, 1999.

BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio. Especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1979.

BUSTO LAGO, J.M., *Acciones de protección de la posesión (régimen jurídico, sustantivo y procesal, de las acciones de tutela de la posesión)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CABALLERO GEA, J.A., *El desahucio por precario: problemática judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1983.

CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, Edersa, Madrid, 1999.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1993.

CERVANTES CÓMEZ- ANGULO, L., “Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario”, *Diario La Ley*, disponible en <http://diariolaley.laley.es>, núm. 8363, 2014, epígrafe IV, (con último acceso el 11 de junio de 2015).

CLEMENTE DE DIEGO, F., *Elemental de Derecho Civil español común y foral*, Madrid, 1926.

CORDERO CUTILLAS, I., “Casuística ante la decisión sobre la vivienda familiar tras la separación o divorcio. Supuestos que suelen presentarse en la práctica procesal”, *Práctica de Tribunales*, disponible en <http://laleydigital.laley.es>, núm. 108, 2014, epígrafe IV (con último acceso el 11 de junio de 2015).

COSTAL RODAL, L., “Contratos de cesión temporal de uso y disfrute”, en (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R.), *Tratado de Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CREMADES GARCÍA, P., “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, disponible en <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/03-tm-021.pdf> (con último acceso el 11 de junio de 2015).

DÍEZ- PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico- reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*, vol. III, 5ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ- PICAZO, L., “La cesión gratuita del uso”, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Thomson Civitas, Madrid, 2010,

FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.

GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

HERNÁNDEZ ORBEGOZO, A., *Precario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 2008.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, vol. XI, Reus, Madrid, 1920.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. VII, Madrid, 1958.

MANTECA VALDELANDE, V., “Cuando desaparece la causa del comodato, el poseedor se convierte en precarista”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, núm. 768, 2008, epígrafe IV, BIB 2008\3007 (con último acceso el 11 de junio de 2015)

MARÍN LÓPEZ, M.J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, en AA.VV. (coord. ARIZA JARIOL, M., CARA MARTÍN, F., CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., GÓMEZ CARA, M.J., HERRERA de las HERAS, R., LÓPEZ SAN LUIS, R., MARTÍN SÁNCHEZ, M.A., PAÑOS PÉREZ, A), *Derecho y familia en el siglo XXI*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011.

MARÍN PÉREZ, P., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. ALBALADEJO, M.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1982.

MARTÍN RETORTILLO, C., “El comodato en nuestros días”, *ADC*, 1953.

MASCAREÑAS, C., *Nueva enciclopedia jurídica*, vol. IV, 1952, Barcelona.

MORENO MOCHOLÍ, M., *El precario*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1976.

MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, *Diario La Ley*, disponible en <http://laleydigital.laley.es>, núm. 6503, 2006, (con último acceso el 16 de mayo de 2015).

MURILLAS ESCUDERO, J.M., “Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o Comodato?”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, núm. 11, 2007, epígrafe 1º, BIB/2007/1015 (con último acceso el 11 de junio de 2015).

PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011.

PLAZA NAVARRO, M., *Derecho procesal civil español*, vol. II, 2ª ed., Madrid, 1945.

PRIETO CASTRO, L., *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, vol. II, Zaragoza, 1945.

REYES MONTERREAL, J.M., “La figura del precario”, *RGLJ*, 1965, Reus, Madrid.

RUBIO TORRANO, E., “Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, núm. 2, 2010, epígrafe I, BIB/2010/740 (con último acceso el 11 de junio de 2015).

SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, tomo IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

TAMAYO CARMONA, J.A., “De las obligaciones del comodatario”, en AA.VV. Dir. CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), *Código Civil Comentado*, vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

TORRELLES TORREA, E., “Cesión de vivienda a hijo y posterior crisis matrimonial con atribución judicial del uso a su cónyuge: Un desahucio por precario que afecta mayoritariamente a mujeres”, en AA. VV. (Dir. GARCÍA RUBIO, M.P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VIVAS TESÓN, I., *El Contrato de Comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

## ÍNDICE DE SENTENCIAS UTILIZADAS.

### 1964

STS de 10- enero (RJ/1964/5552)

### 1986

STS de 30- octubre (RJ/1986/6017)

### 1990

STS de 21- mayo (RJ/1990/3827)

### 1992

STS de 2- diciembre  
(RJ/1992/10250)

STS de 31- diciembre  
(RJ/1992/10670)

### 1993

SAP Madrid de 2- noviembre  
(AC/1993/2359)

### 1994

STS de 18- octubre (LA LEY  
133/1995)

STS de 31- diciembre  
(RJ/1994/10330)

### 1995

STS de 31- enero (RJ/1995/413)

### 1996

SAP Salamanca de 19- noviembre  
(AC/1996/2259)

### 1997

SAP Asturias de 5- noviembre (LA  
LEY 16304/1997)

### 1998

SAP Barcelona de 26- febrero (LA  
LEY 27896/1998)

### 1999

SAP Albacete de 18- enero  
(AC/1999/1)

### 2000

SAP Madrid de 15- enero  
(AC/2000/1237)

SAP Badajoz de 2- febrero (LA LEY  
29277/2000)

SAP Barcelona de 15- febrero  
(JUR/2000/305030)

SAP Granada de 26- febrero (TOL  
244.851)

SAP Vizcaya de 17- abril (LA LEY  
83828/2000)

SAP Madrid de 28- octubre (LA  
LEY 195070/2000)

### 2001

SAP Vizcaya de 15- marzo (LA LEY  
57602/2001)

SAP Vizcaya de 5- abril (LA LEY  
73544/2001)

### 2002

SAP Pontevedra de 29- mayo  
(JUR/2002/200448)

### 2003

SAP Santander de 1- octubre (TOL  
346.624)

### 2004

SAP Badajoz de 18- febrero  
(AC/2004/199)

SAP Sevilla de 18- febrero (LA LEY  
42780/2004)

SAP Málaga de 16- abril (LA LEY 89978/2004)

SAP León de 4- junio (LA LEY 105899/2010)

STS de 17- mayo (TOL 434.230)

### **2005**

SAP Castellón de 13- mayo (AC/2005/1470)

SAP Almería de 19- mayo (AC/2005/1723)

SAP Badajoz de 20- mayo (RJ/2006/46247)

SAP Málaga de 15- junio (JUR/2006/33075)

SAP Las Palmas de 28- junio (LA LEY 144644/2005)

SAP Zaragoza de 8- noviembre (JUR/2005/3628)

SAP Salamanca de 14- noviembre (LA LEY 221603/2005)

STS de 26- diciembre (RJ/2006/180)

### **2006**

SAP Málaga de 29- marzo (LA LEY 89389/2006)

SAP Santa Cruz de Tenerife de 14- julio (AC/2006/2375)

SAP Madrid de 4- septiembre (LA LEY 178215/2006)

SAP Islas Baleares de 8- septiembre (AC/2006/1764)

### **2007**

SAP Valladolid de 14- febrero (JUR/2007/254557)

SAP Barcelona de 6- marzo (JUR/2007/120755)

### **2008**

STS de 2- octubre (RJ/2008/5587)

STS de 29- octubre (RJ/2008/6923)

STS de 6- noviembre (RJ/2008/7255)

### **2009**

SAP Palencia de 5- febrero (JUR/2009/225489)

SAP Albacete de 11- septiembre (LA LEY 206232/2009)

SAP Islas Baleares de 20- octubre (JUR/2009/476989)

STS de 22- octubre (RJ/2009/5704)

### **2010**

SAP Barcelona de 10- noviembre (LA LEY 298166/2010)

SAP Zamora de 7- diciembre (LA LEY 259203/2010)

Barcelona de 20- diciembre (LA LEY 280064/2010)

SAP Zamora de 20- diciembre (LA LEY 293194/2010)

SAP Álava de 27- diciembre (LA LEY 276669/2011)

STS de 14- enero (LA LEY 21048/2010)

STS de 18- enero (RJ/2010/1274)

STS de 25- febrero (LA LEY 3986/2010)

STS de 11- noviembre (LA LEY 208800/2010)

## **2011**

SAP A Coruña de 16- febrero (LA LEY 39913/2011)

SAP A Coruña de 14- junio (LA LEY 113800/2011)

SAP Valencia de 16- junio (LA LEY 213125/2011)

SAP A Coruña de 29- junio (LA LEY 122148/2011)

SAP Granada de 23- septiembre (LA LEY 312141/2011)

SAP Valladolid de 11- octubre (LA LEY 214535/2011)

SAP Almería de 26- octubre (LA LEY 238903/2011)

SAP Burgos de 2- diciembre (LA LEY 250341/2011)

## **2012**

SAP Madrid de 1- marzo (Cendoj: 28079370132012100115)

SAP A Coruña de 27- abril (LA LEY 60466/2012)

SAP Madrid de 25- mayo (LA LEY 122263/2012)

SAP Toledo de 30- mayo (TOL2.582.046)

SAP Salamanca de 12- noviembre (AC/2013/125)

STS de 27- febrero (RJ/2012/3383)

STS de 11- junio (RJ/2012/8848)

## **2013**

SAP Valencia de 19- junio (LA LEY 155364/2013)

SAP Barcelona de 23- junio (LA LEY 157612/2013)

SAP Zaragoza de 2- octubre (LA LEY 210988/2013)

SAP Madrid de 19- noviembre (LA LEY 203008/2013)

STS de 14- marzo (RJ/2013/2420)

STS de 19- septiembre (RJ/2013/7428)

## **2014**

SAP Asturias de 13- enero (LA LEY 2806/2014)

SAP Girona de 22- enero (TOL 4.111.910)

SAP Valencia de 6- marzo (JUR/2014/162183)

SAP A Coruña de 30- mayo (AC/2014/1423)

SAP Madrid de 15- septiembre (LA LEY 165230/2014)

SAP Barcelona de 13- octubre (TOL 4.577.649)

SAP Jaén de 27- octubre (LA LEY 210407/2014)

SAP Málaga de 31- octubre (AC/2014/2230)

SAP Madrid de 17- noviembre (AC/2014/2237)

SAP Isla Baleares de 19- diciembre (LA LEY 216521/2014)

STS de 13- febrero (RJ/2014/1341)

STS de 14- octubre (RJ/2014/4729)

STS de 3- diciembre (RJ/2014/6078)

**2015**

SAP Pontevedra de 19- marzo

(JUR/2015/105720)