

**MANTENIMIENTO EN EL USO DE VIVIENDA EN RÉGIMEN
DE COMODATO DE LA MADRE HEREDERA
DEL COMODANTE FALLECIDO FRENTE AL USUFRUCTO
DE VIUEDAD ARAGONÉS DE LA VIUDA. A PROPÓSITO
DE LA SENTENCIA DEL TSJA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2008**

María del Carmen BIESA HERNÁNDEZ
Doctora en Derecho Civil

«Commodatum es una manera de préstamo que facen los omes unos a otros, así como de caballos o de otra cosa semejante, de que se debe aprovechar aquel que la rescibió, fasta cierto tiempo. Esto se entiende quando lo faze por gracia, o por amor, non tomando aquel que lo da, por ende, precio de loguero nin de otra cosa ninguna. Commodatum quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la rescibió»

Partidas de Alfonso X «El Sabio»

Partida V, Título 2, Ley 1ª

SUMARIO

I. RESUMEN DE LOS HECHOS. II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO. § 1. CALIFICACIÓN DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA. § 2. VALORACIÓN DE POSIBLES CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL COMODATO. § 3. COLISIÓN COMODATO-USUFRUCTO VIUDAL ARAGONÉS. III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA DEL HIJO PROPIETARIO A SU MADRE: ¿COMODATO O PRECARIO? § 1. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA. § 2. LA REGULACIÓN DEL COMODATO EN EL CÓDIGO CIVIL. § 3. COMODATO O PRECARIO. CRITERIOS DOCTRINALES. 1. *Especificación del uso de la cosa prestada*. 2. *La fijación del plazo de la cesión*. 3. *La interpretación de la voluntad de las partes*. § 4. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE COMODATO Y PRECARIO AL CASO DE AUTOS: OPCIÓN POR EL COMODATO. 1. *La problemática delimitación de la temporalidad en el uso de la vivienda*. 2. *La interpretación de la voluntad del hijo propietario de la vivien-*

da. IV. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL COMODATO. § 1. EL FALLECIMIENTO DEL COMODANTE EN EL CASO DE AUTOS: ¿POSIBLE CAUSA DE EXTINCIÓN DEL COMODATO? 1. *El especial vínculo personal motivador de la cesión*. 2. *El fallecimiento del comodante anterior al de la comodataria*. 3. *La menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gratuitos*. 4. *Conclusión*. § 2. LA EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN DE DERECHOS. 1. *La confusión en el Código Civil*. 2. *La confusión en Derecho Aragonés*. V. COMODATO Y USUFRUCTO DE VIUDEDAD ARAGONÉS. VI. CONCLUSIONES FINALES. § 1. CALIFICACIÓN DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA: COMODATO *INTUITU PERSONAE* EN ATENCIÓN A LA MADRE. § 2. ADMISIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL COMODATO POR MUERTE DEL COMODANTE. § 3. INADMISIÓN DE EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN DEL COMODATO *EX ART. 1192 CC.*. § 4. SUPREMACÍA DEL USUFRUCTO VIDUAL ARAGONÉS SOBRE EL COMODATO. § 5. CRITERIOS JURÍDICOS *VERSUS* CRITERIOS DE JUSTICIA Y RESPETO A LA VOLUNTAD DEL FALLECIDO.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El presente artículo tiene por objeto el comentario y análisis de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (en adelante, TSJA) de 18 de septiembre de 2008. El fallo resuelve en casación el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (en lo sucesivo, APZ) en fecha 29 de febrero de 2008 recaída, a su vez, en apelación de autos 160/2007 sobre desahucio por precario, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza.

La cadena fáctica que origina el supuesto litigioso que concluye con la sentencia que nos ocupa puede resumirse como sigue:

— Don X, hijo único de doña Y, natural y vecino de Zaragoza y con vecindad civil aragonesa, falleció trágicamente el día 29-05-2003 en accidente de tráfico en estado de casado en primeras y únicas nupcias con doña Z, con quien contrajo matrimonio el 11 de abril de 2003, sin haber dejado descendencia e intestado.

— Mediante acta de notoriedad de declaración de herederos *abintestato* de 30 de abril de 2003 fue declarada heredera de don X, en cuanto a los bienes troncales no relictos, su madre doña Y, sin perjuicio del usufructo vidual correspondiente a su esposa doña Z. Entre los bienes integrantes del caudal relicto del Sr. don X figuraba, con carácter privativo, el piso sito en C/ (...) de Zaragoza, vivienda que adquirió en estado de soltero mediante compra instrumentada en escritura pública de fecha 21 de diciembre de 1995.

— Doña Y venía ocupando el piso referido, sin pagar renta alguna, desde el año 2002, con anterioridad, por tanto, al fallecimiento de su hijo. Tras la muerte de este adquirió la nuda propiedad de la vivienda, en su condición de heredera única *abintestato*, en tanto que doña Z, en la de cónyuge sobreviviente, adquirió el

derecho de usufructo viudal aragonés de todos los bienes del patrimonio de aquel, incluido, por tanto, el piso mencionado.

— El 9 de febrero de 2007 doña Z, titular del usufructo, ejercitó el desahucio por precario contra doña Y, ocupante de la vivienda objeto del juicio que resuelve la sentencia del TSJA, al amparo del art. 250.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Lec.). La Sra. Y se opuso alegando, como argumento sustantivo, que venía ocupando el piso en cuestión en virtud de contrato de comodato acordado con su hijo don X en el año 2002, a la sazón propietario del inmueble y soltero en el momento de la cesión.

— En fecha 14 de mayo de 2007 se dictó sentencia en Primera Instancia en la que se declaraba que la Sra. Y poseía la vivienda litigiosa en precario y se la condenaba a dejarla libre y expedita, a disposición de la actora, con apercibimiento de lanzamiento si no la desocupaba en un plazo de tres meses.

— Interpuesto recurso de apelación, la Sección 4ª de la APZ resolvió en sentencia de 29 de febrero de 2008 confirmando la resolución de instancia. Sin embargo, lo hace conforme a otra valoración probatoria (la cesión de la vivienda a la demandada por su difunto hijo fue a título de comodato) y a otra fundamentación jurídica (al morir don X, el comodato se extinguió por confusión).

— La APZ califica de comodato la cesión de la vivienda por estimar que así se desprendía del conjunto de la testifical practicada, reforzada por la documental integrada por el contrato de arrendamiento a nombre de doña Y de otra vivienda desde 1987 y por los extractos bancarios de su cuenta que acreditan su pago hasta que su hijo puso en 2002 a su disposición la vivienda litigiosa, con carácter gratuito, para que la utilizara como tal durante toda su vida sin tener que recurrir a arrendamiento alguno. Para este Tribunal, concurrían aquí todos los elementos definidores del contrato de comodato en virtud de lo dispuesto en el art. 1740 del Código Civil (en adelante Cc.), en relación con el 1750 de dicho Código.

— La coincidencia en la persona de doña Y de la doble condición de comodante y comodataria tras el fallecimiento de su hijo implica, a juicio de la APZ, la extinción del comodato por confusión de derechos de ambas partes (arts. 1156 y 1192 Cc.) sin que resulte cosa distinta de la aplicación del art. 1742 Cc. ya que la única heredera del comodante es la propia comodataria y no su esposa.

— Contra la sentencia de la APZ formuló doña Y recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º Lec., solicitando que se dejara la misma sin efecto y se declarara no haber lugar a la acción de desahucio por precario ejercitada por la actora. El recurso se basaba en la ausencia de doctrina del TSJA sobre extinción del contrato de comodato por colisión con la viudedad foral aragonesa cuando la comodataria es heredera legal del comodante y se ha constituido el comodato sobre un bien privativo de este con anterioridad a la celebración del matrimonio y en la infracción, por aplicación indebida, del art. 1742 Cc. en relación con los artículos 202.2, 204 y 214 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (en lo sucesivo, Lsuc.) así como de los artículos 1156 y 1192 Cc. La valoración probatoria del comodato no

se impugna en casación, continuando el TSJA con esta calificación jurídica de la cesión de la vivienda.

— La improcedencia de la aplicación de los preceptos aludidos en el recurso y, por tanto, de la extinción por confusión, se sustenta en considerar que lo que adquiere la Sra. Y, como heredera legal, es la nuda propiedad, pero no el goce y disfrute de la vivienda que corresponde a la viuda usufructuaria, justificándose así la inexistencia de coincidencia, en la persona de la recurrente, de la doble condición de comodante y comodataria.

— El debate del recurso que da lugar a la sentencia del TSJA tiene por objeto dilucidar la presencia de esta causa de extinción por confusión del comodato. Según argumenta en la sentencia, para que se produzca la confusión con efectos extintivos el citado Tribunal estima imprescindible que recaiga en una misma persona, por derecho propio, la entera titularidad activa y pasiva de la relación obligatoria. Dado que la Sra. Y, al fallecimiento de su hijo, adquiere como heredera la nuda propiedad y no el disfrute de la vivienda, que corresponde a la Sra. Z como usufructuaria viudal, considera que no recae en la primera la entera titularidad activa y pasiva del comodato, concluyendo que no existe la confusión de derechos apreciada en la sentencia recurrida.

— El TSJA termina acogiendo el recurso, considerando no haber lugar a la apreciación de la causa de extinción por confusión con fundamento en la presencia del usufructo viudal aragonés interpretada según se ha descrito. La anterioridad en el tiempo del comodato sobre el derecho de viudedad en su fase expectante, al ser la constitución del primero antes que la celebración del matrimonio de don X y doña Z, la traduce en que esta última, aunque sea titular del usufructo viudal, tendrá solamente la posesión mediata hasta que el comodato se extinga.

— En coherencia con lo expuesto, el TSJA concluye en su fallo que el comodato subsiste tras el fallecimiento de don X, no habiendo lugar, por tanto, a la acción de desahucio por precario ejercitada por la Sra. Z. Solamente una vez extinguido aquel por muerte de la comodataria o cualquier otra causa legal, la usufructuaria podrá hacer efectivo su derecho de uso y disfrute sobre el inmueble en cuestión.

II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO

La lectura de la sentencia del TSJA, puesta en relación con las dictadas en Primera y Segunda Instancia, suscita, a mi juicio, las siguientes cuestiones merecedoras de reflexión y análisis:

§ 1. CALIFICACIÓN DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA

La disyuntiva entre comodato o precario que presenta la calificación jurídica de la cesión del uso de la vivienda no resulta inicialmente sencilla pero es trascen-

dental porque condiciona toda la argumentación posterior. Por esta razón se somete el caso de autos a un estudio detallado a la luz de la regulación y doctrina existentes, dedicando especial atención a los efectos que puede acarrear el impreciso uso «para toda la vida» de la vivienda litigiosa con que el hijo propietario beneficia a su madre.

§ 2. VALORACIÓN DE POSIBLES CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL COMODATO

La sentencia del TSJA solamente contempla la extinción por confusión en aplicación del art. 1192 Cc. Junto a la valoración de esta causa en virtud del precepto citado, se entrará también en el análisis de la extinción por confusión desde la óptica del Derecho Aragonés a la par que se intentará razonar fundadamente sobre las consecuencias derivadas de la muerte del comodante a fin de dilucidar si el supuesto comodato podría quedar extinguido por causas diferentes a las analizadas en la sentencia.

§ 3. COLISIÓN COMODATO-USUFRUCTO DE VIUEDAD ARAGONÉS

El TSJA estima que la simultaneidad del usufructo y el comodato lleva aparejada la inexistencia de la causa de extinción por confusión del art. 1192 Cc. y el sometimiento del primero al segundo con apoyo en la prioridad en el tiempo del comodato. Además de considerar estas cuestiones, se realiza una visión comparada entre la regulación jurídica del comodato y la del usufructo con el objeto de encontrar argumentos con los que corroborar o rebatir, en su caso, el fallo de la sentencia.

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA DEL HIJO PROPIETARIO A SU MADRE: ¿COMODATO O PRECARIO?

§ 1. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

Según indica el FD 3º de la sentencia, el debate de autos versa sobre dos extremos:

- a) Si la cesión del piso a la Sra. X en el año 2002 por parte de su hijo, a la sazón soltero, lo fue en precario o a título de comodato.
- b) De ocupar la vivienda en virtud de comodato, si este se extinguió tras el fallecimiento de su hijo.

El TSJA considera que la primera de las cuestiones está resuelta por la sentencia de la APZ de 29 de febrero de 2008, cuya valoración probatoria no se impugna en casación. El FD 2º de esta última indica, al respecto, lo siguiente:

«...la cesión [a favor de la demandada] del uso y disfrute de la referida vivienda realizada por su difunto hijo en el año 2002 lo fue a *título de comodato* y no de simple precario, como sostiene erróneamente la sentencia de instancia, por cuanto que queda evidenciado por el conjunto de la testifical practicada a su instancia, prueba reforzada por la documental integrada por el contrato de arrendamiento de una vivienda sita en calle (...) de esta ciudad, concertado por la recurrente en el año 1987 y que se mantuvo en vigor, abonando el correspondiente alquiler, según acredita el extracto de los movimientos de su cuenta bancaria en la que se venían cargando los correspondientes recibos *hasta que pasó a vivir a la citada vivienda propiedad privativa de su referido hijo, que este puso a disposición de su madre, con carácter gratuito, para que la utilizara como tal durante toda su vida, sin tener que pagar arrendamiento alguno, concurriendo, por tanto, todos los elementos definidores de un contrato de comodato (art. 1740 Cc. en relación con el 1750)*».

Continuando esta línea argumental, el TSJA prosigue afirmando en el citado FD 3º:

«Como el piso sito en la calle (...) de Zaragoza se cedió a la Sra. X *en comodato* no puede la usufructuaria reclamar su devolución, salvo que tenga necesidad urgente de él, tal como previene el art. 1749 del Cc, o que concurra alguna otra causa de extinción de dicho contrato».

Aunque la sentencia del TSJA acepta la calificación jurídica de comodato y sobre ella construye toda la argumentación del fallo, en su FD 6º y último, al tratar el tema de las costas, indica no haber lugar a la imposición de las mismas porque «(...) *la cuestión de autos presenta serias dudas acerca de si la cesión del uso de la vivienda lo fue a título de comodato o de precario, siendo distintas las tres sentencias dictadas en el presente juicio*».

En efecto, la sentencia de 14 de mayo de 2007, del Juzgado de 1ª Instancia 14 de Zaragoza la califica, por el contrario, de precario. La consideración de una falta de definición temporal o del uso (sin límite alguno de tiempo) en la cesión de la vivienda litigiosa lleva al Juzgado arriba mencionado a considerar en el FD 4º de la sentencia citada que no se constituyó ningún comodato sino que existía una situación de precario, por lo que procede a la estimación de la demanda por desahucio interpuesta por la nuera y condena al desalojo de la vivienda a la madre del propietario fallecido:

«El comodato, según establece el art. 1740 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. Son pues *requisitos necesarios* para su existencia la *gratuidad, la entrega de cosa no fungible y la obligación de devolución* que adquiere el comodatario, terminado el tiempo o el uso para el que se dio la cosa, esto es, la temporalidad en la posesión y disfrute de la misma, siendo inadmisibles una situación de indefinición o indeterminación.

En el presente supuesto, y *si bien no existen dudas respecto a la concurrencia de los dos primeros requisitos, sí existen, y muy fundadas, respecto al tercero de ellos (limitación de tiempo y uso), y ello por cuanto de las declaraciones de los testigos en el acto de la vista se desprende que la voluntad del hijo al ofrecerle la vivienda a su madre fue que esta permaneciese en la misma para siempre o para que esta hiciese en ella lo que quisiera sin límite alguno de tiempo*; es por

ello que *esta indefinición temporal o del uso* permite entender que realmente *no se constituyó ninguna situación de comodato* entre el hijo y la madre (...).

En definitiva, pues, la situación existente debe calificarse como de simple tolerancia consentida en el tiempo que *ha devenido en la actualidad en un estado de precario* y procede, por consiguiente, la estimación de la pretensión actora respecto al desalojo de la demandada de la citada vivienda».

Por su parte, tanto la APZ como el TSJA –como ya se ha referido– estiman que se trata de un comodato. En cualquier caso, esta disparidad de criterio ofrece un motivo razonable para profundizar en su análisis, máxime cuando la opción por una u otra figura resulta decisiva en la definitiva resolución del conflicto.

Como se ha visto al comienzo de este apartado, para la calificación jurídica de comodato de la cesión legitimadora del uso de la vivienda por parte de la madre del propietario son concluyentes, para la sentencia del TSJA, que la cesión sea gratuita («hasta que pasó a vivir a la citada vivienda propiedad privativa de su referido hijo, que este puso a disposición de su madre, *con carácter gratuito*») y vitalicia («para que la utilizara como tal *durante toda su vida*»), puesto que con ambos caracteres están presentes, según este Tribunal, los requisitos del comodato («*concurriendo, por tanto, todos los elementos definidores* de un contrato de *comodato*»).

Llegados a este punto, resulta conveniente la revisión tanto de la regulación de esta figura en el Cc. como de los criterios doctrinales existentes en torno a ella para calificar fundadamente como tal comodato el hecho que constituye el objeto central de la sentencia comentada.

§ 2. LA REGULACIÓN DEL COMODATO EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil español regula esta figura en los arts. 1741 a 1751 que componen la Sección Primera del Título X (Del Préstamo), correspondiente a su Libro IV. Dicha Sección está precedida de una Disposición General contenida en el art. 1740 que comienza distinguiendo entre préstamo de uso y de consumo, disponiendo lo siguiente:

Artículo 1740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella durante cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

El Cc. regula en un único precepto el contrato de préstamo diferenciando, por razón de su objeto, entre préstamo de uso o comodato y de consumo o mutuo. A pesar de esta agrupación tan estrecha, la doctrina expone entre ambos las diferencias fundamentales siguientes¹:

¹ Cfr. MARÍN PÉREZ, P., «Comentario al artículo 1740 Cc», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, T. XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1982, pp. 32 y 33.

Caracteres: El comodato es esencialmente gratuito mientras que el mutuo, aunque naturalmente es también gratuito, admite pacto de pagar interés.

Objeto: El comodato recae en cosas no fungibles y el mutuo sobre dinero o cosas fungibles. No obstante, la voluntad de las partes puede determinar la existencia de un préstamo de uso sobre cosas fungibles cuando se ceden para un uso que no las consuma.

Por su parte, la exigencia de que el comodato recaiga sobre cosas no fungibles es un obstáculo insalvable en nuestro Derecho.

Transmisión de propiedad: El mutuo lleva consigo la transmisión de la propiedad de la cosa al que la recibe en tanto que el comodato sólo transmite el uso de la misma.

Efectos: El mutuo produce la obligación de restituir cosas de la misma especie y calidad y el comodato obliga a restituir la cosa misma que fue entregada.

Riesgos: Los de la cosa dada en comodato los sufre el prestamista o comodante, que sigue siendo el dueño de la cosa; en cambio, los del mutuo los sufre el prestatario o mutuuario, que por la entrega se hizo el dueño de la cosa sin más obligación que devolver el género.

Extinción: En el mutuo no puede reclamarse la devolución antes del tiempo convenido mientras que en el comodato puede reclamarse antes cuando el comodante tuviere urgente necesidad de ella, tal y como establece el art. 1749 Cc.:

Artículo 1749. El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviera el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.

Sobre el elemento temporal del comodato, el art. 1750 Cc. dispone lo siguiente:

Artículo 1750. 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 voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

Se deduce fácilmente de lo antedicho que el comodato no priva al dueño de dicha condición y deja simplemente superpuesta a su relación dominical con la cosa prestada otra de carácter obligacional con el comodatario que determina la medida y las posibilidades de uso por este último. Sobre esta cuestión, el art. 1741 Cc. establece:

Artículo 1741. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato.

Obsérvese cómo el 1741 utiliza el término convención (...la *convención* deja de ser comodato) en línea con lo dispuesto en el 1750 (Si no se *pactó* la duración del comodato ni el uso...). Convención es sinónimo de pacto, acuerdo o convenio y con esta expresión se hace referencia al que ineludiblemente debe haber sobre la duración del comodato o el uso de la cosa prestada –salvo que la costum-

bre de la tierra determine algo al respecto— para que el comodante no pueda reclamarla antes de su conclusión a no ser que tenga urgente necesidad de ella. Por lo tanto, la decisión inicial de ceder el uso es unilateral, siendo suficiente tenerlo; hasta cuándo o cómo se usa concierne ya tanto al cedente como al cesionario.

De lo expuesto conviene tener especialmente presente, antes de seguir profundizando en el análisis de la sentencia, que la idea del retorno a su propietario preside la utilización de la cosa prestada en comodato y que el carácter gratuito de este y su duración limitada son incompatibles con la pérdida definitiva de la propiedad de la cosa comodada o, en su caso, con una contraprestación, propios ya de una donación o de un arrendamiento, respectivamente, pero indudablemente fuera de la figura que nos ocupa.

§ 3. COMODATO O PRECARIO. CRITERIOS DOCTRINALES

Si la delimitación anteriormente expuesta entre préstamo y comodato no presenta dudas razonables, la distinción de comodato y precario ya no resulta tan clara. Un sector doctrinal y jurisprudencial ha querido ver en el último apartado del art. 1750 Cc. —en virtud del cual, la ausencia de determinación de la duración del comodato, según los criterios contenidos en este precepto, permite al comodante reclamar la cosa a su voluntad— la recepción legal del instituto romano del precario. Y de aquí surge la cuestión de si este constituye una figura autónoma o una variedad del comodato pues ambos tienen en común tanto la tenencia o posesión de un bien como la gratuidad².

Con independencia de este debate teórico la alternativa anterior no es, a efectos prácticos, y por lo que aquí sobre todo interesa en relación con el supuesto de autos, una cuestión baladí ya que la opción por una u otra figura jurídica determinará, de manera definitiva, la recuperación del inmueble por parte de su propietario.

Si se califica de comodato, la devolución solamente será factible si el comodante acredita una «urgente necesidad» de la cosa (art. 1749 Cc.), aunque no haya transcurrido el plazo de duración establecido. Si, por el contrario, se considera la cesión como precario, el comodante podrá reclamarla en cualquier momento si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse y este no resultara determinado por la costumbre de la tierra *ex art.* 1750 Cc. En este último caso, no será precisa la alegación de causa alguna, ni siquiera la urgente necesidad antes mencionada.

² Actualmente la doctrina mayoritaria identifica en el 1750 Cc una subespecie del comodato, consistente en un comodato sin duración pactada que se extingue a voluntad del comodante. *Cfr.*, por ejemplo, DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, pp. 26, 248 y 249, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, 4ª ed., revisada por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2009, p. 168 y ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 800.

Lo verdaderamente relevante de lo arriba transcrito es que el precario es una figura procesal concreta que permite el ejercicio de la acción de desahucio *ex art.* 250.1.2. Lec. y que el comodato sin plazo de duración se considera, en la praxis, como una situación de precario. Por lo tanto, el comodante puede desahuciar al comodatario de conformidad con lo dispuesto en el precepto citado si se incumplen los presupuestos establecidos en el 1750 Cc. para la delimitación del contrato de comodato³.

Resulta evidente, en consecuencia, que la solución de la restitución del inmueble a su propietario dependerá de si se considera a su ocupante como un comodatario o bien como un simple precarista. Y ello obedecerá esencialmente, a su vez, de las características que definen el uso que constituye la *causa commodati* (causa de la cesión del bien). Dado que, como se ha indicado al comienzo, posesión y gratuidad son notas comunes a comodato y precario, la diferenciación entre ambos estribará básicamente en la existencia de un uso específico y determinado o en la fijación, en su caso, de un plazo de duración.

Tomando como premisa los rasgos compartidos por ambas figuras y el régimen del Cc. dedicado a las mismas (arts. 1749 y 1750 Cc.), la doctrina ha identificado tres posibles criterios de diferenciación entre uno y otro, a saber, la especificación del uso que debe darse a la cosa prestada, el pacto sobre la duración del préstamo y la interpretación de la voluntad de las partes⁴:

1. *Especificación del uso de la cosa prestada*

En virtud de lo dispuesto en el art. 1749 Cc. si la cosa se prestó para un uso concreto y específico, el contrato deberá calificarse de comodato, extinguiéndose cuando el uso pactado finalice salvo urgente necesidad del comodante. Si, por el contrario, no ha quedado especificado, la situación posesoria será la de un precario y el propietario podrá reclamar la devolución en cualquier momento, tal y como establece el art. 1750 Cc.

Como puede advertirse, la interpretación de lo que sea un «uso determinado» resultará fundamental para la aplicación de uno u otro régimen. La especificación

³ Cfr. TRUJILLO DIEZ, I. J., «Comentario al art. 1750 Cc», *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), p. 1973. Si existe precario, la legitimación activa para la acción de desahucio por el usufructuario (como sucede en el caso de autos con la viuda del propietario) no ofrece lugar a dudas por ser el poseedor real de la finca. *Vid.* al respecto BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico-práctico*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 52 y 56.

⁴ Cfr. AGUILAR RUIZ, L., «Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble. Comentario a la STS de 13 de abril de 2009 (RJ 2009, 2895)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, año 2010-1, pp. 262 a 265. Con pautas distintivas similares *vid.*, por todos, MARTÍN RETORTILLO, C., «El comodato en nuestros días», *ADC*, T. VI, 1956, p. 856 y 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?», *RDP*, marzo-abril 2008, pp. 21 a 26 (igualmente, del mismo autor, en *Derecho y familia en el siglo XXI. II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores*, coordinado por López San Luis, Ariza Oriol y otros, vol. I, Edita Universidad de Almería, Almería, 2011, pp. 581 a 586).

cidad del uso de los arts. 1749 y 1750 Cc. exige que el destino haya sido determinado en sus características o finalidad o bien que haya sido delimitado en cuanto a su duración. En el caso particular de los inmuebles –como el de autos– el problema interpretativo se agrava por las dudas que suscita si la simple utilización del mismo como vivienda es un uso genérico y propio o bien resulta suficiente para apreciar la figura del comodato⁵.

2. *La fijación del plazo de la cesión*

Si las partes no establecen plazo para la duración de la cesión esta deberá reputarse como precario *ex art. 1750 Cc., in fine*. La fijación del mismo puede ser expresa, con un término final, o bien –más frecuente– vinculada a un acontecimiento futuro pero cierto⁶.

El sometimiento a una condición resolutoria cuya llegada es inicialmente incierta es más dudosa pues resulta difícilmente subsumible en el pacto de la duración del uso exigido literalmente en el art. 1750 Cc. y, por consiguiente, en la calificación de comodato⁷.

3. *La interpretación de la voluntad de las partes*

Si las partes no han establecido de modo expreso el título que legitima el uso de la cosa prestada, el Tribunal puede realizar una interpretación teleológica del contrato analizando la verdadera voluntad de aquellas, en particular, si el propietario quiso ceder la posesión del bien durante cierto tiempo.

⁵ La utilización de vivienda familiar como uso bastante para aceptar un comodato ha generado profusa jurisprudencia. *Vid.*, como ejemplo, SAP de Barcelona de 18 de noviembre de 2008 (JUR/2009/74382).

⁶ La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de junio de 2010 (JUR/2011/8177) estima pertinente calificar de comodato la cesión de uso de una vivienda a la demandada y sus hijas, tras el cese de la convivencia *more uxorio* con el propietario, con la finalidad de servirle como tal *hasta que procediera a comprarla en un plazo aproximado de dos años*. En igual sentido, la SAP de Valencia de 26 de enero de 2010 (JUR/2011/149085) califica de comodato la cesión de uso de una vivienda por un hijo a su madre para que estableciera en ella su hogar *hasta que consiguiera vender la suya* y la SAP de La Coruña de 5 de diciembre de 2008 (JUR/2009/253206) la que concede la ocupación de un piso a un amigo y socio de la propietaria *hasta que en plazo prudencial pueda ocupar en arrendamiento el bajo sito en la misma casa*, por considerarlo un plazo concreto y determinable equivalente a la extinción por cualquier causa del arriendo vigente sobre el bajo. Por el contrario, la SAP de Burgos de 3 de octubre de 2008 (JUR/2009/93538) considera obvia y vacía de sentido la condición alegada por la demandada consistente en la subordinación de la duración de un comodato de una vivienda *hasta la realización de las obras de derribo o rehabilitación del edificio* del que forma parte por estimar que cualquier cesión de uso termina con la pérdida de la cosa que, en el caso de inmuebles, sucede naturalmente con las obras referidas.

⁷ Declarando extinguido un comodato por cumplimiento de condición resolutoria consistente en la falta de necesidad del comodatario de una vivienda por disponer de una propia *cf.* SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 de julio de 2010 (JUR /2011/7498).

§ 4. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE COMODATO Y PRECARIO AL CASO DE AUTOS:
OPCIÓN POR EL COMODATO

En el supuesto litigioso, el hijo fallecido cede a su madre una vivienda propia, adquirida de soltero, con la finalidad de evitarle el pago del alquiler que está abonando por la que, hasta ese momento, reside. El uso del inmueble lo cede el hijo gratuitamente para que lo utilice su progenitora durante toda su vida («...que este puso a disposición de su madre, con *carácter gratuito*, para que la utilizara como tal *durante toda su vida, sin tener que pagar arrendamiento alguno*», reza el FD 2º de la sentencia de la APZ).

Para el TSJA –que confirma lo dispuesto anteriormente por la APZ– concurren todos los elementos definidores de un contrato de comodato: gratuidad y temporalidad. Esta conclusión lleva aparejada, implícitamente, la identificación de la intención del hijo con el establecimiento de esta clase de contrato.

Sin embargo, a mi juicio, la acotación cronológica propia del comodato no se aprecia con la misma nitidez que la gratuidad de la cesión que constituye su objeto –evidente en el acervo probatorio– y es, sin embargo, como se ha señalado anteriormente, tan ineludible como esta última en el régimen jurídico de esta figura. Por esta razón parece aconsejable la traslación de los criterios doctrinales antes expuestos al supuesto que nos ocupa con el objeto de intentar identificar la temporalidad propia del contrato de comodato en los datos disponibles y, por extensión, confirmar su existencia.

Nuestro análisis parte de la premisa de la ausencia de pacto expreso sobre duración lo que equivale a la necesaria utilización de los otros dos criterios, a saber, el del uso al que se destina la vivienda para la eventual determinación de la duración del comodato *ex arts. 1740 y 1750 Cc.* y el consistente en el análisis de la interpretación de la voluntad de las partes.

1. *La problemática delimitación de la temporalidad en el uso de la vivienda*

Sobre esta cuestión debe recalcar, en primer lugar, que la entrega de la vivienda a la madre la realizó el hijo *para que la utilizara como tal*. Aquí estamos ante un uso concreto y determinado aunque se identifica con el genérico de servir de residencia. No obstante, el Cc. no exige en ningún momento que la especificación del uso implique que este tenga que ser diferente al genérico de la cosa⁸ –en nuestro caso, que la madre utilice la vivienda para una finalidad distinta a servir de morada y alojamiento– sino que hace referencia a la finalidad concreta a la que se va a destinar aquella siendo su realización la que, realmente, se asocia a un período de tiempo preciso⁹.

⁸ Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art. 1750 Cc», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1606 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, *op. cit.*, p. 149.

⁹ El FD 4º de SAP de La Coruña de 22 de febrero de 2008 (AC/2008/874) resulta claro en esta materia: «(...) debe distinguirse entre *pacto sobre el uso de la cosa*, que implica una voluntad negocial

Como matiza en este punto MARÍN LÓPEZ¹⁰, se trata de un criterio de delimitación temporal del contrato de tal manera que el tiempo de duración del comodato se establecería en función del período de utilización del bien para el fin convenido. En línea con lo expuesto, argumenta que la determinación del uso exigida en el precepto debe incardinarse no con el *cómo* sino con el *para qué*, entendido como la finalidad a la que se va a destinar la cosa prestada y cuyo cumplimiento o realización se halla asociado a un período de tiempo concreto. Por esta razón sostiene que existe un uso específico en el sentido expuesto si, por ejemplo, se presta una vivienda para pasar las vacaciones de Navidad, de modo que la referencia a esa finalidad (pasar las vacaciones) sirve para fijar la duración del contrato. Así se deduce del tenor literal del 1750 Cc. en el que la alternativa a la ausencia de pacto expreso de duración para que el comodante pueda reclamar la cosa (*Si no se pactó la duración del comodato...*) es la fijación del uso (*...ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y este no resulta determinado por la costumbre de la tierra...*). Se trata, por tanto, de otra opción para fijar la limitación temporal inherente a esta figura de igual valor que el establecimiento expreso de aquella.

En nuestro supuesto fáctico, la cesión de uso de la vivienda objeto del litigio por parte del hijo refleja su voluntad de desprenderse de aquella mientras viva su madre (*para toda la vida*). En principio, no cabe alegar que, formalmente al menos, no se cumpla con la exigencia de la limitación temporal del art. 1740 Cc. pues resulta obvio que el fallecimiento de la madre es un hecho futuro y seguro¹¹.

expresa o tácita relativa a tal empleo de la cosa determinante de la duración del comodato, de la mera dedicación de la cosa al uso que le es propio de la que por sí sola no cabe deducir otra cosa que la cesión del objeto usado». En esta línea, entre muchas, *cf.* SSTS de 26 de diciembre de 2005 (RJ/2006/180), 2 de octubre de 2008 (RJ/2008/5587), 29 de octubre de 2008 (RJ/2008/6923), 30 de octubre de 2008 (RJ/2008/6924), 14 de noviembre de 2008 (RJ/2009/393) y 13 de abril de 2009 (RJ/2009/2895).

La SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010 (JUR/2010/412100) falla en un supuesto peculiar estimando que la custodia compartida del hijo menor, establecida en convenio de separación, concede a la madre demandada título bastante para justificar su uso frente a la actora propietaria de la mitad indivisa y usufructuaria vitalicia de la otra mitad, abuela del niño y ex-suegra de la madre tras el divorcio del hijo de esta última, a la sazón padre del menor y nudo propietario de la mitad de la vivienda usufrutuada por su progenitora: «*la distribución del uso de una vivienda entre el padre y la madre para atender al hijo común*, que es el que realmente resulta beneficiario del uso, permite calificar dicho uso como concreto y determinado, y no genérico, y por tanto calificarlo como comodato, siendo su duración mientras el hijo no tenga independencia económica (...), cumpliéndose también el requisito del tiempo cierto». En igual sentido, la SAP de Castellón de 22 de diciembre de 2006 (JUR/2007/221829) es favorable a la existencia de comodato en vivienda destinada a facilitar la atención al negocio de peluquería instalado en el local comercial lindante y cuya duración queda unida a la del arriendo del local de negocio.

¹⁰ *Cfr.* MARÍN LÓPEZ, M. J., «Sentencia de 2 de octubre de 2008. Distinción entre comodato y precario. Doctrina jurisprudencial del TS en interés casacional: procedencia del desahucio por precario de la vivienda cedida por los propietarios a su hijo para su uso como vivienda familiar, una vez atribuido su uso a su esposa por resolución judicial de separación», *CCCJ*, núm. 80, mayo-agosto 2009, pp. 688 y 689.

¹¹ Para MARÍN LÓPEZ existe delimitación temporal cuando se hace depender la duración del comodato de un acontecimiento futuro que necesariamente ha de llegar aunque no se sabe cuando. En coherencia con ello, y a los efectos que interesan para el caso de autos, estima que existe comoda-

Asimismo, se ajustaría sin problemas al concepto de *día cierto* que el art. 1125 Cc. establece para las obligaciones sometidas a plazo, esto es, *aquel que necesariamente ha de venir, aunque no se sabe cuándo*.

Sin embargo, la total ignorancia e imprevisión de su acontecer definitivo impide perfilar, siquiera aproximadamente, ese *tiempo cierto* requerido en el Cc. Por ley natural, lo único probable habría sido que el fallecimiento de la madre fuera anterior al de su hijo y, finalmente, ni siquiera ocurrió así.

Por último, la vinculación del fin de la cesión al fallecimiento de la madre lleva asimismo lógicamente implícito la imposibilidad material de la devolución del bien por parte de esta establecida en el art. 1740 Cc., siendo sus eventuales herederos quienes, de existir y haber acontecido a la inversa, habrían debido cumplir con la obligación de retorno de la cosa comodada al hijo supérstite *ex art. 1742*.

2. La interpretación de la voluntad del hijo propietario de la vivienda

Aunque la configuración de la temporalidad de la cesión pueda generar las dudas interpretativas arriba expuestas, lo que parece claro en el supuesto litigioso, con independencia de la eventual calificación jurídica del contrato que nos ocupa, es que el hijo cede el uso de una vivienda de su propiedad de forma gratuita a su madre atendiendo a su condición de progenitora y con la única intención de proporcionarle una residencia hasta su fallecimiento.

Desde una perspectiva jurídica, el art. 1750 Cc. regula literalmente la necesaria *determinación* del uso de la cosa prestada (Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y este no resulta *determinado* por la costumbre de la tierra...) para que el comodante no pueda reclamarla a voluntad y el 1740 permite al comodatario usar de ella durante *cierto tiempo* antes de su devolución (*use de ella durante cierto tiempo y se la devuelva*). Determinar significa establecer, fijar, acordar el uso y así se realizó por el cedente al

to cuando cedente y cesionario pactan expresamente que este podrá vivir en el inmueble hasta su muerte citando, en este sentido, las SSAP de Las Palmas de 14 de junio de 2006 (AC/2006/1059) y de Asturias de 3 de abril de 2007 (JUR/2007/212848). Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación...», *op. cit.*, pp. 21 y 31 (igualmente en *Derecho y familia en el siglo XXI...*, *op. cit.*, p. 591).

El FD 4º de la primera sentencia resulta muy clarificador para el caso de autos: «No empece a lo dicho la consideración del apelante (...) de que *el comodato no es un contrato indefinido, pues creemos que no tiene esa calificación el contrato sujeto a una condición o hecho que es «certus an incertus quando» que sólo constituye un término suspensivo, ya que la muerte de los ocupantes habrá de producirse fatalmente*.

Tampoco es obstáculo la falta de determinación del uso de la cosa (...) que es el normal de la vivienda».

En la misma línea, el FD 2º de la segunda, al resolver sobre la cesión de uso de una vivienda de un hijo a sus padres mientras ambos viviesen a cambio de asumir estos los gastos de rehabilitación y de la cesión de un negocio de alimentación afirma: « (...) no estamos ante una ocupación en precario sino ante un comodato que faculta a la demandada para el uso de la vivienda hasta que se cumpla el tiempo establecido, que no es otro que el momento del óbito (...)».

asociarlo a la vida de la cesionaria con lo cual aquel carece de la indefinición que permitiría su reclamación a voluntad del comodante. En esta misma línea, el tiempo *cierto* del 1740 supone utilizar la cosa cedida durante un lapso temporal indiscutible en contraposición a la perpetuación en el uso de la misma.

La subsunción del supuesto de hecho en estos requisitos es, en principio, aceptable, ya que si el deseo del hijo fue que su madre usara la vivienda para siempre de algún modo se acota la duración de la utilización de esta última. Ahora bien, esta dependencia de la continuidad del uso de algo tan absolutamente imprevisible como el fallecimiento de la cesionaria puede generar, según su longevidad, una excesiva prolongación en el tiempo del contrato difícilmente armonizable de producirse, en mi opinión, con la propia naturaleza jurídica del comodato, presidida por una transitoriedad esencial que implica, como consecuencia irremediable, la caducidad de la cesión y el subsiguiente retorno de la cosa prestada a su estado originario¹².

En cualquier caso, resulta evidente que mientras la efectiva realización de la situación anterior no es segura (como queda de manifiesto en el propio caso de autos) sí lo es, por el contrario, la voluntad del propietario en el momento de la cesión de la posesión de la vivienda, corroborada por las pruebas documentales y testificales aportadas en el proceso. Por esta razón, estimo que la interpretación de los deseos últimos del cedente constituye, posiblemente, el argumento más certero y conveniente a utilizar en nuestro análisis. En atención a esta opción, y a reserva de mejor criterio, me inclino por concluir admitiendo una calificación inicial de comodato en atención a la persona de la comodataria aceptando en cualquier caso que, de no haber fallecido antes el hijo, las circunstancias posteriores a la constitución de la cesión habrían podido resultar determinantes si aquella se hubiera prolongado en el tiempo, desdibujando la calificación propuesta hacia un contenido más próximo al precario.

Con independencia de lo anterior, quedaría en el aire el interrogante, imposible de aclarar, de si la intención última del hijo no estuvo quizás más próxima a la constitución de un usufructo o, probablemente, a la de una donación encubierta, no obstante la aparente opción formal por la figura del comodato¹³.

¹² Para MARTÍN RETORTILLO, una de las diferencias entre comodato y precario radica precisamente en que mientras el primero se hace generalmente para que el comodatario resuelva una situación pasajera reducida a un plazo breve, a lo sumo de temporada, en el precario la cesión atiende a satisfacer necesidades permanentes del precarista por un tiempo prolongado. *Cfr.* MARTÍN RETORTILLO, C., «El comodato en nuestros días», *op. cit.*, p. 856.

¹³ Partiendo de que el legislador no ha fijado ningún límite de tiempo ni de objeto al comodato, VIVAS TESÓN opina que ha de ser necesariamente temporal, pues no siendo un negocio transmisor de la propiedad, la entrega de la cosa cierta con carácter gratuito y por largo tiempo o tiempo indefinido podría llegar a plantear algunos problemas de delimitación con la donación *cfr.* VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 41. Estimando que una entrega así no podría calificarse más que de donación o de un derecho real, *cfr.* MARÍN PÉREZ, P., «Comentario al artículo 1740 Cc.», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXII, vol. 1^a, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

IV. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL COMODATO

Partiendo de la calificación de comodato, el siguiente interrogante que se plantea es si este quedó extinguido tras el fallecimiento del hijo propietario de la vivienda cedida. La sentencia de la APZ estima que se extinguió por confusión *ex* arts. 1156 y 1192 Cc., ya que la única heredera del comodante es la propia madre comodataria. Por su parte, el TSJA desestima dicha pretensión, considerando que no existe la confusión de derechos apreciada en la sentencia recurrida con fundamento en el usufructo de viudedad aragonés de la nuera sobre la vivienda cedida.

Con independencia de lo anterior, la reflexión previa y aislada acerca del fallecimiento del propietario como posible causa de extinción *per se* puede ayudar a ubicar después, en el contexto de los hechos litigiosos, la de confusión de derechos debatida en Segunda Instancia y casación:

§ 1. EL FALLECIMIENTO DEL COMODANTE EN EL CASO DE AUTOS: ¿POSIBLE CAUSA DE EXTINCIÓN DEL COMODATO?

El art. 1742 Cc. dispone lo siguiente sobre las consecuencias derivadas del fallecimiento de las partes contratantes del comodato:

Artículo 1742. Las obligaciones y derechos que nacen del contrato 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 este no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada.*

La norma general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos en caso de muerte se aplica al comodato por mediación del precepto citado, limitando el carácter personalísimo de este a los casos en que el préstamo se hubiere hecho *en contemplación a la persona del comodatario*¹⁴, como es, precisamente, el que nos ocupa.

En coherencia con lo anterior, la muerte del comodatario será, en estos últimos supuestos, una causa más de extinción del comodato a añadir a la finalización del plazo de duración pactado o determinado por el uso a que debe destinarse la cosa prestada (arts. 1749 y 1750 Cc.) a no ser que la reclame antes el comodante si tuviera urgente necesidad de ella (art. 1749 Cc.). En cualquier otro caso, las obligaciones y los derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambas partes *ex* art. 1742.

Como puede advertirse de lo hasta ahora expuesto, la especial consideración o *intuitu personae* en el comodato solamente aparece regulada respecto al comodatario, limitando a su persona el derecho de uso de la cosa prestada¹⁵. El Cc. no

¹⁴ Cfr. MARÍN PÉREZ, P., «Comentario al art. 1742 Cc.», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXII, vol. 1º, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ Cfr. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *op. cit.*, p. 402. Existe numerosa jurisprudencia afirmando con rotundidad la existencia de precario

regula con ello expresamente una particular forma de extinción de estos comodatados como es, sin duda, el fallecimiento del comodatario, probablemente por innecesaria dado el contexto del propio precepto¹⁶.

Ahora bien, en el caso de autos, la que fallece no es la madre comodataria sino el hijo comodante con lo que, en principio, este supuesto no tendría cobijo en la literalidad del 1742. Sin embargo, existen varios argumentos que justifican, a mi juicio, la reflexión sobre una eventual extinción del comodato examinado en atención, también, a la muerte del comodante¹⁷: el especial vínculo personal motivador de la cesión, el fallecimiento del comodante anterior al de la comodataria y la menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gratuitos *ex art.* 1289.1 Cc.

1. *El especial vínculo personal motivador de la cesión*

El fundamento del préstamo de la vivienda que constituye la *causa commodati* es, exclusivamente, el afecto filial del hijo propietario hacia la madre, presumiblemente mutuo y recíproco según se desprende de las circunstancias del caso. En principio, el hijo cede gratuitamente el uso de la vivienda a su madre en atención a su persona. Pero no es arriesgado afirmar que su progenitora acepta de buena fe y con total libertad el ofrecimiento simplemente en atención a quien se lo hace.

En virtud de lo dispuesto en el único precepto del Cc. relativo a estos comodatados personalísimos, el reiterado 1742 Cc., los herederos del comodatario no

con independencia de que la cesión de una vivienda realizada por los padres propietarios a su hijo para que constituya su hogar familiar pudiera ser calificada originariamente de comodato, pues la muerte del hijo cesionario provocaría la extinción de este por aplicación del 1742 Cc, al tratarse de un comodato hecho en contemplación a la persona del comodatario. *Vid.*, por ejemplo, SSAP de Asturias de 17 de julio de 2006 (AC/2007/88), Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR/2007/331923), Valencia de 30 de enero de 2008 (JUR/2008/146726) y Las Palmas de 27 de julio de 2010 (JUR/2011/6700).

¹⁶ *Cfr.* VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato, op. cit.*, p. 42 y en «La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la jurisprudencia», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, p. 573. Para DE ÁNGEL, establece una forma especial de extinción del comodato cual es la muerte del comodatario cuando el préstamo se hubiere hecho en atención a él. *Cfr.* DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art. 1742 Cc», *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 1067. Lo simplifica atinadamente, afirmando que la regla general es que los herederos del comodatario le suceden en su derecho personal a usar la cosa y la excepción el 1742 Cc. TRUJILLO DÍEZ, I. J., «Comentario al art. 1742 Cc», *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pp. 1968 y 1969.

¹⁷ En opinión de LACRUZ, posiblemente ocurre igual a lo dispuesto en el 1742 Cc. si el préstamo se hizo en contemplación exclusiva de la persona del comodante fallecido. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.*, p. 166. Considerando que el comodato no se extingue por fallecimiento de ninguna de las partes salvo si se contrató *intuitu personae* en atención al comodatario *ex art.* 1742 Cc. *vid.*, entre otros, MENA BERNAL-ESCOBAR, M. J., «El comodato o el préstamo de uso», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coordinados por Cabanillas Sánchez y otros, T. II (Derecho civil, Derecho de obligaciones), Thomson- Civitas, Cizur Menor, 2002, pp. 2558 y 2560; O, CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, Dijusa, Madrid, 2009, p. 597 y ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, op. cit.*, p. 803, matizando, este último, la posibilidad de pacto expreso de extinción por fallecimiento de comodante y comodatario.

pueden seguir usando la cosa comodada tras su muerte con lo que nada obstaría para una eventual continuidad en el uso por parte de la madre comodataria tras el óbito de su hijo.

No obstante, con independencia de lo anterior, considero que la posibilidad de que la cesionaria siga usando la vivienda una vez fallecido el hijo aunque, ciertamente, no incumple expresamente precepto legal alguno, no se compadece bien, sin embargo, con la particular reciprocidad del vínculo materno-filial que informa la cesión objeto de este concreto comodato. De igual manera que el comodato queda sin objeto cuando finaliza el uso concreto que se da a la cosa¹⁸ o bien puede quedarlo cuando aquel es diferente al pactado¹⁹ o se dilata por largo tiempo²⁰ podría interpretarse, en nuestro caso, que aquí sería la causa la que quedaría vacía de contenido al extinguirse por fallecimiento del hijo la relación motivadora de la cesión en tanto que su defunción conlleva la quiebra del presupuesto de hecho sobre el que inicialmente se decidió el préstamo del uso.

En línea con lo que antecede, la muerte tanto del hijo como de la madre, de haberse producido antes, provocarían igualmente que la *causa commodati* decayese y, por extensión, el contrato de comodato. La consecuencia sería que la continuidad del mismo no sería viable ni con los herederos del cesionario inicial ni tampoco con los del cedente pues el vínculo original familiar causante de la cesión –y especialmente, la singularidad e inmediatez de la relación madre/hijo que lo sustenta– desaparece en ambos supuestos.

Aunque la regla general de transmisibilidad de los derechos y obligaciones de los contratos en caso de muerte del 1257 Cc., recogida al inicio del propio art.

¹⁸ La SAP de Huesca de 20 de mayo de 2010 (JUR/2010/388928) considera que una cesión inicial en comodato de una vivienda con la finalidad de prestar servicios a una comunidad religiosa como mandadera-portera ha mutado a precario al haberse producido el cese en dichos servicios por un cambio de la congregación religiosa demandante antes de la interposición de la demanda. La SAP de Madrid de 28 de octubre de 2010 (AC/2010/2060) declara igualmente extinguido un comodato por fin de la actividad que justificaba la ocupación de una vivienda por el demandado en el recinto del Hipódromo de la Zarzuela de Madrid, derivada de su condición de mozo de cuadras, tras cesar las carreras de caballos en dicho Hipódromo y, con ello, las condiciones que determinaron la concesión original del uso litigioso.

¹⁹ En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art. 1749 Cc», *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 1617 y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.*, p. 167. La SAP de Valladolid de 4 de julio de 2008 (JUR/2008/345388) falla a favor de la procedencia de la extinción de un comodato entre un particular y el Ayuntamiento de Valladolid resuelto por resolución administrativa firme que acordaba en su momento dar fin al uso de vivienda cedida por el citado Consistorio al estimar que el demandado no se estaba ajustando a los fines del Programa de Alojamientos Provisionales que constituía el marco de la concesión.

²⁰ De las consecuencias que puede conllevar la excesiva prolongación temporal del comodato resulta particularmente ilustrativa la STS de 25 de febrero de 2010 (RJ/2010/1407), fallando a favor de la transformación de un comodato inicial en un precario. Su FD 2º afirma: «No obstante la presencia del título inicial habitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto, esta Sala, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como son sus características esenciales, declara que cuando dicha situación se alarga temporalmente o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario». En igual sentido *vid.* SSTS de 16 de marzo de 2004 (RJ/1995/413), SSAP La Rioja de 9 de julio de 2010 (JUR/2010/303549) y La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC/2010/2302).

1742 Cc. (*Las obligaciones y derechos que nacen del contrato pasan a los herederos de ambos contrayentes*), podría utilizarse, en principio, como argumento bastante a contrario de lo hasta ahora explicado no debe olvidarse que esta regla general tiene como excepciones (...) *los derechos y obligaciones del contrato que no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto o por disposición de la ley*, salvedades fundadas en el carácter personal atribuido a la posición de parte en el contrato, lo que determina su extinción a la muerte de una de ellas o de las dos si a ambas se atribuye tal carácter. De aceptarse el carácter mutuo y recíproco de la naturaleza personal del vínculo familiar del comodato del caso de autos las dos partes del mismo podrían incluirse en la excepción aludida del 1257 Cc., y por añadidura, aceptarse también su extinción con la muerte del comodatario²¹.

2. El fallecimiento del comodante anterior al de la comodataria

De los antecedentes de hecho recogidos en la sentencias del TSJA y la APZ se desprende la ausencia de contemplación expresa o tácita, por parte del hijo propietario del inmueble, de la situación en la que se encuadra el supuesto litigioso. Resulta creíble admitir que aquel sustentó el préstamo de uso de la vivienda en la premoriencia de su madre, máxime si se atiende a la vinculación de su finalización al fallecimiento de esta. El incumplimiento *de facto* de esta circunstancia y la falta de previsión de sus consecuencias para el comodato harían factible la aplicación del art. 1283 Cc. (*Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberían entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*) antes que la norma general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos en caso de muerte recogida al inicio del art. 1742 Cc., impidiendo la aplicación de la analogía de lo regulado contractualmente a un supuesto no previsto por

²¹ Partiendo de la premisa de que el Código Civil francés de 1804 es el modelo en el que se inspira principalmente el Código español en la regulación del comodato y que su art. 1875 contiene una definición de aquel similar a la proporcionada en nuestro país por el 1740 Cc, resulta especialmente destacable en la cuestión que nos ocupa como, para los juristas franceses cercanos al *Code*, con independencia del contenido de su art. 1879 del que nuestro 1742 Cc es casi también una reproducción literal, el derecho de uso es personal del prestatario y no lo puede transmitir a terceros. Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, op. cit., p. 123. Esta tendencia doctrinal es recogida por HUC afirmando lo siguiente al comentar el art. 1879: «Cette disposition a été critiquée; on a prétendu qu'en bonne logique il aurait fallu adopter, quant aux héritiers de l'emprunteur, une solution contraire à celle du texte, la présomption devant être que le prêt à usage cesse à la mort de l'emprunteur, en considération de la personne de qui le commodat a été consenti. C'est la vieille équivoque créée par ce qu'on a appelé l'intuitus personae» (el subrayado es mío), HUC, T., *Commentaire Théorique & Practique du Code Civil*, T. XI, Librairie Cotillon, París, 1898, p. 204. Especialmente reveladora dentro de esta corriente es la opinión de GUILLOUARD para quien la regulación francesa del 1879 es criticable, pues considera que no hay nada más personal que un acto de generosidad y amistad, de forma que la presunción establecida en la ley debería ser la contraria, es decir, que *el préstamo de uso cesa a la muerte del prestatario en atención a la naturaleza del contrato*, a menos que las circunstancias demuestren que el prestamista desee continuar la liberalidad con los herederos de este (el subrayado es mío), cfr. GUILLOUARD, L., *Traité du Prêt, du Dépôt & du Séquestre*, Livre III, Titres X et XI du Code Civil, Libraires de la Cour d'Appel et l'Ordre des Avocats, París, 1892, p. 17. Igualmente, BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WHAL, A., *Traité Théorique et pratique de Droit Civil*, Librairie de la Société du Recueil des Lois et des Arrêts, París, 1898, t. III, núm. 806.

las partes²². No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el art. 1283 Cc. contiene una norma de interpretación subjetiva que quedará, en su caso, a la voluntad del juzgador, con el único límite del respeto a la común intención de las partes²³.

3. *La menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gratuitos*

Siendo el comodato un contrato esencialmente gratuito (art. 1740.2 Cc.) resulta coherente la aplicación de la regla de la menor transmisión de derechos que recoge el art. 1289.1 Cc²⁴. A diferencia del 1283 Cc., el art. 1289.1 recoge una regla de interpretación objetiva que funciona como mecanismo de cierre, facilitando una solución definitiva si la ofrecida por el primero no fuera satisfactoria.

En el caso de autos, la aplicación de este criterio restrictivo debe realizarse al nuevo contexto surgido tras el fallecimiento del comodante, muy diferente al originario en el que se ubicaba la relación que sirvió de sustrato a la *causa commodati*. El vínculo personal madre-hijo ha desaparecido surgiendo, en su lugar, otro

Aunque estimo que la extensión del carácter personal a cualquier comodato argumentado por la doctrina francesa citada no resulta compatible con la variedad de causas que pueden informarlo actualmente en nuestro Derecho (benevolencia, solidaridad, cortesía o, simplemente, comportamientos políticamente correctos de cualquier sociedad desarrollada) la indubitada naturaleza personal del que nos ocupa sí permite trasladar, a mi parecer, la misma consecuencia extintiva que aquella defiende de manera generalizada para la muerte del comodatario a los supuestos en los que es el comodante el que fallece ya que la relación materno-filial constitutiva de la *causa commodati* desaparece, de igual modo, en los dos casos salvo que del contexto fáctico hubiera podido deducirse la intención contraria del hijo cedente.

²² Utiliza este argumento para negar la continuidad del uso por la ex nuera y las nietas de los propietarios de vivienda habitual cedida en comodato en atención al hijo por razón de su matrimonio no obstante su divorcio y la existencia de convenio regulador atribuyendo el uso de la misma a la ex cónyuge e hijas RAMS ALBESA, J. J., «Sentencia de 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes», *CCJC*, núm. 30, 1992, p. 1082.

²³ *Cfr.* DÍAZ-REGANÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., «Comentario al art. 1283 Cc», *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1502.

²⁴ Al ser por esencia el comodato un préstamo gratuito del uso temporal de una cosa por su titular a otra persona se impone una interpretación restrictiva del mismo. Así se pronuncia RAMS para quien, a la hora de valorar las relaciones entre comodante y comodatario, habrá que estar a la regla de la menor transmisión de derechos propiciada por el 1289.1 Cc. *Cfr.* RAMS ALBESA, J. J., «Sentencia de 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes», *op. cit.*, p. 1082. Para DEL OLMO, el argumento de RAMS parece que apunta con claridad a entender que el comodante ha querido limitar lo más estrictamente posible la cesión del bien prestado al comodatario y que ni se ha desprendido más que lo indispensable para alcanzar el fin que perseguía con el contrato ni ha querido configurar un derecho del comodatario mayor al indispensable para ese fin. *Vid.* DEL OLMO GARCÍA, P., «La duración del comodato, tal cual», *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coordinados por Llamas Pombo, vol. 1, 2006, p. 508. En esta línea, SSAP de Valencia de 21 de febrero de 2007 (AC/2007/1378), La Rioja de 9 de julio de 2010 (JUR/2010/303549) y La Coruña de 16 de septiembre de 2010 (JUR/2010/34307) en sus FD 5º, 3º y 2º, respectivamente.

distinto entre personas carentes de lazos de consanguinidad (madre y nuera) que no resultaría adecuado, a la luz de la norma que nos ocupa, para la continuidad del comodato.

En un sentido genérico, y ya fuera del supuesto litigioso estudiado, la proyección de la interpretación restrictiva propuesta implicaría que al igual que los herederos del comodatario no podrían continuar beneficiándose del uso de la cosa comodada en comodatos con relaciones causales familiares *ex art. 1742* resultaría igualmente coherente que los del comodante –de haberlos– no resultarían perjudicados por una prolongación del comodato tras el fallecimiento de aquel, salvo tolerancia derivada de la buena fe o, en su caso, previsión expresa al respecto.

4. Conclusión

A mi parecer, la interacción de los tres argumentos arriba expuestos ofrece una base jurídica que, aunque muy probablemente ajena a la voluntad del hijo, permite sustentar, no obstante, la muerte del comodante como una causa de extinción más a valorar del comodato del supuesto de autos. Si se rechaza el razonamiento expuesto²⁵, la madre es la única heredera del hijo con lo que el paso siguiente, objeto de examen y análisis en el apartado posterior, sería evaluar la

²⁵ Es el caso de la SAP de Madrid de 17 de noviembre de 2007 (AC/1993/2600) en la que se resuelve un supuesto en el que la muerte del comodante desempeña también un papel protagonista. En Primera Instancia se estima demanda de desahucio por precario condenando al desalojo a la usuaria de una vivienda tras haber fallecido el único titular adjudicatario de la misma, habiendo mantenido ambos hasta entonces una convivencia *more uxorio*. Sin embargo, la Audiencia estima el recurso de apelación, apoyándose en las especiales circunstancias de la convivencia de la pareja. El FD 2º comienza al respecto:

«La demandada vivía en la vivienda de don Gregorio (el fallecido) porque aquel aceptó la convivencia con ella y ella la convivencia con él. Este es el hecho radical, anterior a cualquier derecho y fundamentante de cualquier otra consecuencia. Y como convivían, también coposeían la vivienda en cuestión. Y el único título que podría ostentar la demandada era seguramente el amor, pues de lo que se deja entrever en los documentos aportados, ella aceptó convivir con un hombre alcohólico que padecía, además, una enfermedad invalidante. Era algo más que una ocupación tolerada o una ocupación sin contraprestación y gratuita (por utilizar los mismos términos en que se expresa la sentencia de instancia al recoger la doctrina sobre el precario). Y resulta humanamente imposible que una situación así tenga que abocar a una desprotección total desde el Derecho.»

Este razonamiento sirve de sustrato para apreciar la existencia de un comodato vitalicio que subsiste tras la muerte del comodante *ex art. 1742 Cc.*, fallando a favor de la pareja del fallecido:

«Inimaginable resulta (...) que don Gregorio pusiera condiciones y término a doña Carmen para el uso de la vivienda sino que más bien –y siguiendo con esta figura jurídica– se estableció entre ellos un comodato de por vida (...). Y esta situación, aunque sólo sea por las razones anteriormente expuestas (...) debe ser mantenida por los herederos de don Gregorio en aplicación del art. 1742 Cc.»

A mi parecer, las circunstancias de la convivencia de comodante y comodatario podrían haberse interpretado como un comodato en atención al comodante o en el que el amor mutuo era la única *causa commodati*. De aceptarse la primera explicación, la extinción por fallecimiento del comodante es admitida por LACRUZ BERDEJO (ver nuestra nota núm. 17); si se contempla la segunda, su desaparición por muerte del comodante es la consecuencia que se ha tratado de argumentar en el texto.

posibilidad de extinción por confusión de derechos –aceptada en Segunda Instancia y rebatida después por el TSJA–, en atención a la reunión en su persona de la doble condición de comodante y comodataria. Si, por el contrario, se acepta la muerte del comodante como causa extintiva, la madre, como heredera única, carecería de derecho de uso alguno que oponer al que resulta inherente, junto al de disfrute, al usufructo de su nuera.

Por último, si se extrapola la solución defendida a otros supuestos enmarcados en relaciones familiares, los hipotéticos herederos del comodante serían, de aceptarse la herencia, los siguientes propietarios de la cosa en la que el comodato no constituiría gravamen alguno en el que forzosamente debieran subrogarse, máxime cuando su relación con el cesionario puede ser de naturaleza totalmente diferente –incluso inexistente– a la mantenida entre el meritado usuario y el cedente fallecido.

§ 2. LA EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN DE DERECHOS

Sobre la posibilidad de extinción por confusión, la APZ consideró en Segunda Instancia que el comodato quedaba extinguido por esta causa, razonándolo como sigue en su sentencia de 29 de febrero de 2008:

«(...) sin embargo tal situación jurídica (comodato) afectante al régimen de uso y disfrute de la aludida vivienda por parte de la Sra. Y cesó al fallecimiento de su referido hijo don X (...) al devenir aquella heredera legal única de su hijo, conforme a lo normado en los arts. 202.2, 204 y 214 Lsuc., al morir don X intestado y sin descendencia, viniendo a coincidir, por tanto, en la persona de la recurrente la doble condición de comodante y comodataria, lo que implica la extinción del referido contrato por la confusión de derechos de ambas partes (arts. 1156 y 1192 Cc.), sin que resulte otra cosa de la previsión normativa contenida en el art. 1742 Cc., por cuanto que la única heredera del comodante es la propia comodataria y no la esposa de aquel».

Frente a dicha apreciación se alza en casación la parte demandada, aduciendo que si bien es cierto que don X falleció intestado y sin descendencia, siendo la Sra. Y su heredera legal, no concurre en ella la doble condición de comodante y comodataria, ya que lo que adquiere es la nuda propiedad, no el goce y disfrute de la vivienda, estimando que, por dicha razón, no existe confusión de derechos. El debate del recurso de casación versa sobre la existencia o no de la mentada causa de extinción del referido contrato y el TSJA considera finalmente improcedente la extinción del comodato por confusión por considerar que la madre no tenía la «entera» titularidad activa y pasiva del piso, al quedarse con la nuda propiedad y la nuera con el usufructo (FD 4º).

Mientras que la APZ aprecia la existencia de confusión en el supuesto de hecho el TSJA considera, por su parte, que la presencia del usufructo vitalicio de la nuera impide, sin más, la estimación de esta causa. Ciertamente, el propietario de la vivienda fallece intestado, sin descendencia y siendo su madre la única heredera legal con lo que esta situación fáctica implica, en principio, la coexistencia en la persona de la madre de las figuras de comodante, por sucesión *mortis causa*

ab intestato de su hijo fallecido, y comodataria, por voluntad de este último al constituir el comodato. La presencia de la viudedad aragonesa conlleva, además, que la nuera viuda sea usufructuaria de la vivienda en cuestión mientras que la madre deviene nudopropietaria de la misma.

La distinta interpretación de la interrelación de las relaciones jurídicas en liza elaborada por ambos Tribunales lleva a conclusiones absolutamente contrapuestas. Por esta razón parece conveniente examinar tanto el concepto genérico de la extinción por confusión en el Cc. como su eventual apreciación, dadas las características peculiares y principios inspiradores de nuestro Derecho sucesorio, en Derecho Aragonés, con la finalidad de extraer argumentos que permitan deliberar tanto sobre la eventual pervivencia del comodato como acerca de los efectos que la presencia simultánea del usufructo vidual aragonés produce en aquel.

1. *La confusión en el Código Civil*

No existe en el Cc. un precepto específico relativo a las causas de extinción del comodato pero cabe la remisión a las causas generales de extinción de las obligaciones, además de las que las partes establezcan voluntariamente o las que se derivan de la propia regulación del comodato. Entre las primeras mencionadas cobra eficacia en esta figura la confusión de los derechos de acreedor y deudor, que se producirá en aquellos casos en los que el comodatario pase a ostentar la cualidad de titular del objeto prestado (comodante) en virtud de una relación jurídica que se la otorgue²⁶. La confusión aparece recogida en la enumeración de las causas de extinción de las obligaciones comprendida en el art. 1156 y regulada en el art. 1192. Cc. como sigue:

Artículo 1192. Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor. Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si esta hubiere sido aceptada a beneficio de inventario.

Para que se produzca la extinción se precisan, por tanto, dos requisitos: la concurrencia en una misma persona de las cualidades de acreedor y deudor y, además, la reunión de los patrimonios de la herencia y el heredero, efecto este último que impide la aceptación de la herencia a beneficio de inventario contemplada como excepción en el 1192, *in fine*, regulada expresamente en el 1023.3º Cc²⁷.

El primero de los requisitos se fundamenta en la imposibilidad de coexistencia en un solo sujeto de cualidades opuestas y contradictorias como las de acreedor y deudor²⁸ mientras que el segundo se justifica por el hecho de que la exis-

²⁶ Cfr. DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, op. cit., pp. 218 a 220.

²⁷ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario al art. 1192 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, T. XVI, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1980, pp. 384 y 385.

²⁸ Vid. O, CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 151.

tencia de la separación de patrimonios impide que crédito y deuda pasen a formar parte de una misma masa patrimonial y que, por tanto, se confundan.

La coincidencia entre acreedor y deudor puede producirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*. La sucesión hereditaria universal, como el caso de autos, origina desde antiguo los más frecuentes y claros casos de confusión. No obstante, aun siendo una misma persona acreedor y deudor, no se dará la extinción por confusión en herencias aceptadas a beneficio de inventario por el efecto legal de la separación patrimonial que produce *ex art. 1023.3 Cc.* En estos supuestos, el Derecho permite, excepcionalmente, que una misma persona sea titular de dos patrimonios separados²⁹. El fundamento de la subsistencia de crédito y deuda, cada uno en su propio patrimonio, descansa verosímelmente, en última instancia, en la capacidad de esa relación obligacional como mecanismo útil para seguir tutelando intereses jurídicamente preferenciales, no obstante su anomalía estructural³⁰.

Aunque podría calificarse de excepción a la regla general³¹, quizá resulte acertado precisar que, en puridad, la confusión de los bienes particulares del heredero con los de la herencia no llega a producirse en perjuicio de aquel, en virtud del art. 1023.3 Cc., *para ningún efecto*. Por tanto, para el heredero, más que una excepción se trata de una ausencia de confusión puesto que, realmente, no llega a hacerse efectiva³².

No obstante lo expuesto hasta ahora, y aunque tradicionalmente se ha venido entendiendo que la separación de patrimonios se justifica y fundamenta en la aceptación a beneficio de inventario, la doctrina civilista predominante actualmente se inclina a favor de tal separación a favor de acreedores de la herencia y legatarios, incluso en ausencia de aceptación con el citado beneficio³³. En atención a este criterio, el heredero será titular, aceptada la herencia, de dos patrimonios, el suyo y el hereditario, pero los derechos y obligaciones de ambos permanecerán automáticamente separados y diferenciados a efectos de que quienes

²⁹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil. Vol. II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2008, pp. 313 a 314.

³⁰ Cfr. al respecto ABRIL CAMPOY, J. M., *La extinción de las obligaciones por confusión en el derecho sucesorio*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 90 y 91 y en *La confusión de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 128 a 132 y ARIAS DÍAZ, M. D., *La confusión como modo de extinción de las obligaciones*, Servicio de publicaciones e Intercambio científico, Universidad de Jaén, 1994, pp. 249 a 252.

³¹ Vid. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 1089.

³² Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al art. 1192 Cc.», *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 1020 y LÓPEZ JACOISTE, J. J., «Comentario al art. 1023 Cc.», *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 2.410.

³³ Cfr. VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., «Comentario al art. 1192 Cc.», *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1411. El principal representante de esta tendencia es PEÑA para quien esta separación existirá siempre sin necesidad de solicitud por los acreedores hasta su total satisfacción. Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, INEJ, Madrid, 1967, p. 21. La solución tradicional obedece, a su juicio, a una aplicación *a contrario* equívoca y excesiva del art. 1023 Cc.

tengan derechos contra el hereditario (acreedores y legatarios) puedan satisfacerlos con preferencia a los acreedores del heredero³⁴.

Si la aceptación se ha producido con beneficio de inventario, la separación es más intensa ya que el heredero ve limitada su responsabilidad por el 1023.3 Cc. hasta donde alcanzan los bienes de la herencia, conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto y no se produce en su perjuicio confusión para ningún efecto entre sus bienes particulares y los de la herencia.

La conclusión de lo que antecede a los efectos de la apreciación de la causa extintiva que estamos examinando es que si se admite el automatismo de la separación de patrimonios y su desvinculación con la aceptación a beneficio de inventario, no habrá inicialmente confusión. En caso contrario, esta última solamente podrá excluirse mediante la solicitud de dicho beneficio³⁵.

2. *La confusión en Derecho Aragonés*

El objeto de la sucesión aragonesa por causa de muerte son las relaciones jurídicas del causante que no se extingan con su fallecimiento y no estén sujetas a reglas distintas del Derecho de Sucesiones. El núcleo esencial de la herencia, en sentido objetivo, son los bienes, derechos y obligaciones de contenido patrimonial, excluidos los intransmisibles como el uso y habitación (arts. 525 y 529 Cc.), el usufructo vitalicio (513 Cc.) o los créditos intransmisibles³⁶. Entre estos últimos se encontraría el supuesto contemplado en el art. 1742 Cc. *in fine* que establece expresamente la intransmisibilidad de las obligaciones y derechos que nacen del comodato realizado *en contemplación a la persona del comodatario*, en cuyo caso *los herederos de este no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada*. La norma general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos en caso de muerte se aplica al comodato en el resto de supuestos distintos al mencionado por mediación del precepto citado.

Para que la confusión llene su efecto de extinguir la obligación la doctrina del Cc., al interpretar la normativa que la regula, indica que se precisan como condiciones, además de que aquella se produzca entre el acreedor y deudor principal (art. 1193.2 Cc.), que sea completa y definitiva³⁷. No es completa cuando se produce la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y no hay, por tanto,

³⁴ Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 110 y 114.

³⁵ Opuesto a esta tendencia se muestra DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, *op. cit.*, p. 1090.

³⁶ Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., «De las sucesiones en general», *Manual de Derecho Civil aragonés*, dirigido por Delgado Echeverría y coordinado por Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 438.

³⁷ *Vid.* al respecto, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. III, Ed. Reus, Madrid, 1992, p. 468 y O, CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 152.

confusión de derechos (art. 1192.2º Cc.). Y no es definitiva cuando recae en una parte de la obligación o alcanza a un titular mancomunado, en cuyo caso solamente la extingue en la parte que le afecta (art. 1194 Cc.), es decir, en la porción correspondiente al acreedor o al deudor en quien concurren los dos conceptos. Seguidamente, se van a extrapolar ambas condiciones al supuesto litigioso, aplicando el Derecho Aragonés y aceptando, como punto de partida, que la madre sucede al hijo tras su fallecimiento sin que resulte otra cosa *ex* art. 1742 Cc. por ser heredera única de aquel y que el comodato no quedaría extinguido por la muerte del hijo comodante.

El primer problema que se plantea a la hora de valorar una posible extinción completa de la obligación que constituye el comodato es que los conceptos de beneficio de inventario y confusión son absolutamente ajenos al Derecho aragonés. Y no es que se trate de una regulación ausente, o siquiera deficiente, en esta materia que pueda justificar, en su caso, la aplicación supletoria del Derecho estatal *ex* art. 1.2 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) sino que existe una normativa totalmente antagónica a la contenida en el Cc. La influencia germánica que inspira, con carácter general, el Derecho histórico aragonés está particularmente presente en el Derecho de sucesiones y es la razón principal de su alejamiento de la normativa del Cc. en este ámbito que se nutre, por el contrario, del Derecho romano³⁸.

³⁸ Como explica IRANZO VILLACAMPA, el Derecho aragonés, especialmente hasta la publicación en 1247 de la primera Compilación general, tuvo por regla general un notorio paralelismo con las instituciones de Derecho germánico. Por esta razón, muchas de las actuales instituciones aragonesas participan de las principales características germanas, siendo nuestra región la que mejor supo sustraerse a las influencias del Derecho romano, creando un Derecho autóctono original acorde con la realidad y espíritu aragoneses. Por todo ello, afirma que no resulta extraño que fuese Ley del Reino, recogida tras larga vigencia en la Observancia 12, *De Testamentis (Item, de Foro haeredes non tenentur ultra vires haereditarias etiam si no federint inventarium)*, la separación de patrimonios. A diferencia del Derecho romano, en el germánico todos los sucesores reciben instantáneamente la propiedad sin que sea necesario ningún acto por su parte, excepto para la repudiación. No cabe en este sistema la confusión de patrimonios y, por no haberla, es lógico que no se conozca el beneficio de inventario, creado para evitar una situación que en el Derecho germánico no se produce. Aquí no se concibe la herencia como una universalidad, como en Derecho romano, en la que el heredero responde ilimitadamente por las deudas de su causante sino disgregada en situaciones particulares, en atención al principio de troncalidad de igual origen germánico, con responsabilidad limitada a los bienes recibidos. *Cfr.* IRANZO VILLACAMPA, F., «Algunas notas sobre la responsabilidad limitada del heredero», *ADA*, 1953-54, pp. 117 y 118. Esta última concepción real y familiar de la herencia, con responsabilidad hereditaria limitada, es la que inspira el Derecho aragonés histórico y la que ha permanecido, en esencia, hasta la actualidad. Entre la numerosa doctrina regnicola al respecto *cfr.* MOLINO M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Iustitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Zaragoza, 1585, 3ª ed., voz *haeres*, fol. 167; FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, jure civili ac canonico fulcita, legibus castellae conciliata et omnigena eruditione contexta*, T. VI, Zaragoza, 1743, p. 112; DIESTE Y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, Madrid, 1869, p. 67; FRANCO Y LÓPEZ, L. y GUILLÉN Y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, 1841 (reimpresión), ed. facsímil al cuidado de Víctor Fairén Guillén, Institución «Fernando el Católico» (CSIC), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2000, pp. 195 y 196 (arts. 391 y 392); ISÁBAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragon» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926, Reimpresión en 1985 en ed. facsímil por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, pp. 250 (art. 74) y 370 (art. 110).

En el sistema sucesorio aragonés, la separación de patrimonios es automática y general y la confusión de aquellos no se produce en daño ni del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto en virtud del art. 357.1 C DFA³⁹. Y así viene siendo tradicionalmente, puesto que estamos ante uno de los principios básicos de la responsabilidad hereditaria en Derecho aragonés coherente con la limitación de la responsabilidad del heredero a los bienes que reciba de la herencia, aunque no se haga inventario, *ex* art. 355.1 C DFA⁴⁰. Se trata de una responsabilidad *intra vires hereditatis* opuesta a la *ultra vires* (más allá de las posibilidades de la herencia) del art. 1023 Cc⁴¹.

En atención a esta limitación, el heredero aragonés no sufre la confusión de su patrimonio con el de su causante, quedando este último aislado para responder, en solitario, de las deudas hereditarias. Esta disociación patrimonial actúa también en beneficio de los acreedores, permitiéndoles diferenciar los bienes de la herencia y ajustar sus pretensiones de cobro a su valor real. Y es, precisamente, la inexistencia de confusión la que lleva aparejada la imposibilidad de extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia (art. 357.2 C DFA)⁴². Quedan comprendidos aquí derechos de cualquier clase del heredero frente a su causante, estando legitimado por esta razón para ejercitar las acciones que sean precisas para su defensa como, por ejemplo, y a los efectos que aquí interesan, las posesorias⁴³.

De lo arriba expuesto se advierte fácilmente que los principios que inspiran esta materia en Derecho Aragonés nada tienen en común con los que informan

³⁹ Art. 42.1 Lsuc. vigente cuando fallece el hijo comodante del supuesto litigioso.

⁴⁰ Art. 40.1 Lsuc., idéntico al 138 de la Compilación aragonesa de 1967 (en adelante, Comp. aragonesa).

⁴¹ El beneficio de inventario surge en Derecho romano con Justiniano para mitigar la responsabilidad ilimitada del heredero vigente hasta entonces y es el origen del beneficio legal de inventario de los arts. 1010 Cc. y ss. La referencia al mismo aparecerá, no obstante, tanto en la Observancia 12 *De Testamentis (... etiam si no federint inventarium)* como en el art. 44 del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 1925 (*La herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario, aunque no se haya llenado formalidad alguna de las que establecen el art. 1010 Cc y ss.*) y en el 138.1.Comp. aragonesa titulado, explícitamente, «Beneficio legal de inventario» (*El heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario*), pero con un componente de automatismo totalmente opuesto al beneficio rogado romano coherente con los principios aragoneses rectores germánicos vigentes tradicionalmente en esta materia. *Cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «La responsabilidad del heredero», *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, «Colección: Derecho civil aragonés, n^o 1, coordinada por José Luis Merino Hernández, Sonllobros, Zaragoza, 2006», pp. 117 a 119 y «Comentario al art. 138 Comp. aragonesa», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, T. XXXIV, vol. 2^o, Edersa, Madrid, 1987, p. 146. Finalmente, esta expresión acaba desapareciendo en el art. 40 Lsuc. Para DOLADO PÉREZ, se trata de una depuración de técnica legislativa coherente con las críticas doctrinales que había suscitado. *Vid.* DOLADO PÉREZ, A. (ponente), «La responsabilidad del heredero y el legatario», *Actas de los Décimos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, p. 70.

⁴² Art. 42.2 Lsuc.

⁴³ *Vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario al art. 42 Lsuc.», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, T. XXXIV, vol. 1^o, Edersa, Madrid, 2002, p. 350. *Cfr.* igualmente SERRANO GARCÍA, J. A., «De las sucesiones en general», *Manual de Derecho Civil aragonés, op. cit.*, pp. 472 y 473. Indica este último que el art. 42.2 Lsuc. adapta, para Aragón, lo dispuesto en el art. 1192.2 Cc.

la regulación del Cc⁴⁴. Tomando esta premisa de referencia, si se desciende al supuesto de autos, la separación de los patrimonios es, *ex lege*, automática y general por ser una herencia regida por norma aragonesa. Huelgan aquí, por tanto, las disquisiciones y divergencias doctrinales antes referidas sobre esta cuestión en la regulación del Cc. ya que la disociación patrimonial alcanza a todos, no solamente a favor de acreedores y legatarios, y además sin necesidad de solicitud de ningún beneficio ni inventario alguno⁴⁵. La admisión de esta ausencia de reunión patrimonial trae como resultado la inexistencia de confusión de derechos y, por tanto, de la extinción de la obligación, a pesar de la concurrencia en la madre de la doble condición de comodante y comodataria, así como su participación en la herencia del hijo premuerto en virtud de dos títulos distintos: comodataria y heredera. El primero le faculta para el uso de la vivienda mientras que el segundo le otorga la nudopropiedad, en atención a la concurrencia del usufructo viudal de la nuera.

En mi opinión, la presencia del citado usufructo resulta irrelevante para mantener la conclusión antedicha. Por su parte, el FD 4º de la sentencia del TSJA afirma que para que se produzca la confusión con efectos extintivos es imprescindible que recaiga en una misma persona, por derecho propio, *la entera titularidad activa y pasiva de la relación obligatoria* y que esta no recaea en la madre heredera pues lo que adquiere *mortis causa* es solamente la nuda propiedad y no el disfrute de la vivienda. Por esta razón, el TSJA concluye que no existe la confusión de derechos apreciada en la sentencia recurrida de la APZ.

El argumento sostenido por el TSJA para negar la extinción entronca con el segundo de los requisitos mencionados en el comienzo de este apartado, esto es, que la confusión sea definitiva. Para ello se precisa que no recaiga en una parte de la obligación o que no alcance solamente a un titular mancomunado, en cuyo caso solamente la extingue en la parte que le afecta (art. 1194 Cc.), es decir, en la porción correspondiente al acreedor o al deudor en quien concurren los dos conceptos. Por tanto, el requisito aludido en la sentencia del TSJA de que la confusión de derechos exige la reunión en una misma persona de la *entera titularidad activa y pasiva de la relación obligatoria* significa que será preciso que o bien sea total o que cuando cualquiera de dichas titularidades esté constituida por una pluralidad de personas (acreedores o deudores) absolutamente todos

⁴⁴ Cfr: al respecto GINOT LLOBATERAS, F., «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y foral», *ADC*, vol. 3, núm. 4, 1950, p. 1078.

⁴⁵ Afirmaba IRANZO VILLACAMPA, vigente el Apéndice Foral de 1925: «(...) si, por principio, en Aragón, no puede quedar perjudicado el heredero por deudas de su causante y *para ello no necesita confeccionar ningún inventario* (...) *el uso de esta expresión únicamente debe aceptarse* en cuanto su terminología es la aplicada en la legislación común *para significar unos efectos que en Aragón se producen sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos para ello en el Derecho común*» (el subrayado es mío). Cfr: IRANZO VILLACAMPA, F., «Algunas notas sobre la responsabilidad limitada del heredero», *op. cit.*, p. 120. La ausencia del inventario en la normativa actual es coherente con los principios rectores aragoneses en la materia pero no impide su solicitud, siendo aconsejable en caso de dudas sobre la solvencia de la herencia. Cfr: DOLADO PÉREZ, A. (ponente), «La responsabilidad del heredero y el legatario», *Actas de los Décimos Encuentros de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 82.

los titulares adquieran la posición contraria. En definitiva, que afecte inexorablemente a toda la obligación⁴⁶.

Sin embargo, esta cuestión es independiente de tener o no la propiedad plena de la vivienda. Siguiendo la opinión de ALBADALEJO, estaríamos ante dos fenómenos extintivos en apariencia similares e incluso paralelos pero pertenecientes a ámbitos diferentes: la confusión del derecho de obligaciones y la consolidación de los derechos reales limitados o *iura in re aliena*. En la primera se dan una titularidad activa y otra pasiva y un solo derecho a extinguir (crédito, deuda o relación jurídica) mientras que, en la segunda, coexisten dos titularidades activas y dos derechos, propiedad y servidumbre o usufructo, en su caso, cediendo estos últimos ante el derecho de propiedad⁴⁷.

No puede existir, por tanto, dependencia entre ambos fenómenos extintivos porque, no obstante la reunión de dos cualidades en una sola persona y el efecto extintivo *ipso iure* como aspectos comunes, su ámbito de actuación es totalmente diferente y con una divergencia estructural importante: en la confusión se extingue el único derecho existente y en la consolidación subsiste uno de los derechos, el de propiedad. En nuestro caso, el objeto de la extinción por confusión sería el comodato mientras que, por su parte, la consolidación implicaría, de producirse, la absorción del usufructo viudal por el titular del dominio *ex art. 513.3º Cc.*

Por todo lo expuesto, considero que no ha lugar a la extinción por confusión del comodato, pero no en atención a su coexistencia con el usufructo, como falla la sentencia del TSJA, sino, simplemente, por aplicación literal del entonces vigente art. 42.1 Lsuc. En el apartado siguiente se va a valorar el efecto que, en mi opinión, sí produce la presencia del usufructo viudal aragonés en la pervivencia del comodato.

V. COMODATO Y USUFRUCTO DE VIUDEDAD ARAGONÉS

Para la sentencia del TSJA, lo dispuesto en el art. 101.4 de la ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad (en adelante, Lrem.), vigente cuando se produjeron los hechos objeto de litigio⁴⁸, no aporta nada decisivo en contra

⁴⁶ Cfr. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, *op. cit.*, p. 1090 y ABRIL CAMPOY, J. M., *La confusión de derechos*, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

⁴⁷ Cfr., entre otros, ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 308, nota 2; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario a los arts. 1192 a 1194 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVI, vol. 1º, *op. cit.*, pp. 375 a 377; ABRIL CAMPOY, J. M., *La confusión de derechos*, *op. cit.*, pp. 33 a 35; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *op. cit.*, p. 431, nota 1; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. III, *op. cit.*, p. 467.

⁴⁸ Art. 283.4º CDFA.

del fallo a favor de la continuidad de la madre en el uso la vivienda una vez fallecido su hijo propietario. El citado precepto disponía lo siguiente:

Art. 101. *Comienzo y extensión del usufructo vidual*

4. Desde el fallecimiento de un cónyuge el sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo vidual.

El FD 5º de la sentencia del TSJA afirma al respecto:

«Se trata de un caso de posesión civilísima y en virtud de la misma corresponde al viudo usufructuario la tenencia material de los bienes objeto de su derecho de usufructo, estando legitimado para entablar las acciones procedentes a fin de hacerla efectiva. La tenencia material consecuenta a su *ius possessionis* puede hacerla valer el viudo usufructuario frente a cualesquiera poseedores de los bienes objeto de su usufructo vidual. Ahora bien, si al ingresar la cosa en el patrimonio de su consorte estuviese ya sujeta a un derecho de goce a favor de tercero y este subsistiese en el momento de fallecer aquel, el cónyuge sobreviviente (usufructuario vidual) tendrá solamente la posesión mediata y seguirá correspondiendo la inmediata al titular del mentado derecho y lo mismo ocurre si dicho derecho nace con anterioridad a la celebración del matrimonio, o sea, si es previo al nacimiento del derecho expectante de viudedad».

En atención a lo expuesto, el TSJA concluye a favor de la preeminencia del comodato de la madre sobre el usufructo de la nuera, apoyando su razonamiento en la anterioridad del primero sobre el segundo:

«Pues bien, en el supuesto de autos el comodato se constituyó en el año 2002, con anterioridad por tanto al matrimonio del Sr. X., que tuvo lugar el 11 de abril de 2003, de forma que cuando nace el derecho expectante de viudedad ya se había constituido el derecho de la comodataria, que mientras no se extinga debe ser respetado por la usufructuaria vidual que tiene la posesión mediata de la vivienda (...), pasando a disfrutarla directamente una vez el comodato se extinga de conformidad con las disposiciones legales que le son de aplicación, y ello sin perjuicio de que las partes puedan pactar otra solución, al amparo de lo prevenido en el art. 109 Lrem.»

La preexistencia de un derecho de goce en el momento de celebración del matrimonio constituye, por tanto, el epicentro de la argumentación del fallo de la sentencia y resulta en principio coherente con el régimen jurídico y naturaleza familiar de la viudedad aragonesa, única entre todos los derechos viduales españoles vigentes.

La viudedad seguía teniendo en la Lrem., y en el ahora vigente CDFA, idéntica estructura que en la Compilación aragonesa de 1967. Por esta razón, continúa siendo una institución unitaria que nace *ministerio legis* con el matrimonio pero diversa en su manifestación y contenido jurídico pues evoluciona conforme al supuesto de hecho sobre el que se asiente: constante matrimonio, se manifiesta como un derecho expectante (arts. 89.2 y 97 Lrem.⁴⁹), garantizando un eventual usufructo sobre los bienes del cónyuge que fallezca

⁴⁹ Actuales 271. 2 y 279 CDFA.

primero (art. 101 Lrem.⁵⁰), si bien con carácter de gravamen real de eficacia *erga omnes* respecto a los inmuebles (art. 98 Lrem.⁵¹) y mera eficacia entre cónyuges respecto de los muebles vinculados, solamente, a no defraudar el derecho de viudedad del otro (art. 100 Lrem.⁵²). En consecuencia, el carácter familiar de la institución descansa en dos pilares básicos que son su origen matrimonial *ex lege* y su omnipresencia expectante en toda vida matrimonial regida por norma aragonesa.

Por lo que aquí interesa, respecto a los inmuebles, el derecho expectante supone objetivamente un gravamen real, de origen legal, que grava inmediatamente todos los bienes de los cónyuges –comunes y privativos, con independencia de su título de adquisición– desde el momento de la celebración del matrimonio, si los hubiere, o a medida en que se fueran adquiriendo e ingresando de un modo pleno en los patrimonios privativos de los cónyuges o en el común. Esta calificación implica la no extinción con su enajenación a excepción de los supuestos concretos regulados expresamente⁵³. Desde un punto de vista subjetivo, es un derecho actual, inmediato y absoluto, garante de un futuro usufructo viudal sobre el que pesa, como condición exclusiva, la premoriencia del otro cónyuge. Así se desprende del tenor literal del art. 101.1^o Lrem.⁵⁴:

Art. 101. *Comienzo y extensión del usufructo viudal*

1. El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.

En virtud de lo expuesto, el fallecimiento de un cónyuge trae como consecuencia la transformación del derecho expectante del otro en un usufructo viudal que le permite gozar y disfrutar, en dicho concepto, de todos los bienes que el premuerto no hubiera enajenado en vida o que, habiéndolo hecho, subsistiera sobre ellos el expectante. Por lo tanto, su titular tiene derecho tanto a los frutos

⁵⁰ Art. 283 CDFA.

⁵¹ Art. 280 CDFA.

⁵² Art. 282 CDFA.

⁵³ El régimen del expectante como gravamen real exige –tal y como señalaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS vigente la Compilación– un ingreso de un inmueble en un patrimonio en concepto de objeto de dominio con lo que correlativamente, y a *sensu contrario*, deberá haber una salida de aquel para considerarlo extinguido. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 721 y 722. Como matiza Bayod López, la afección real de los bienes al expectante se produce cuando su titular ha adquirido el dominio aún cuando no tenga su posesión, BAYOD LÓPEZ, M^o del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 404. Sobre la regulación de las causas de extinción del derecho expectante en la Lrem. y toda su evolución anterior *vid.* BIESA HERNÁNDEZ, M^o del C., *Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad aragonés en la ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010 y *El derecho expectante de viudedad aragonés. Aproximación a su fundamento actual y análisis de sus causas de extinción*, Consejo Económico y Social de Aragón (CESA), Zaragoza, 2010.

⁵⁴ Art. 283.1^o CDFA.

y rentas que los bienes produzcan desde ese instante como a ocupar físicamente los bienes sobre los que el usufructo recaiga.

La adquisición de la posesión se produce *ope legis* desde el momento del fallecimiento del consorte, sin necesidad de aceptación ni de acto alguno por parte del supérstite. Esta es la «posesión civilísima» a la que hace referencia el fallo de la sentencia, denominada así desde la Edad Media porque es absolutamente independiente de la recepción o tenencia material de la cosa⁵⁵. Por esta razón, aunque se encuentren en poder de un tercero⁵⁶, nada obsta a la posesión de los bienes objeto del derecho de viudedad y el usufructuario está legitimado para ejercitar las acciones procedentes a fin de hacerla efectiva⁵⁷.

Afirma el TSJA que «...si al ingresar la cosa en el patrimonio de su consorte estuviere *ya sujeta a un derecho de goce a favor de tercero* el cónyuge sobreviviente (usufructuario viudal) tendrá solamente la posesión mediata». En igual sentido, continúa diciendo: «(...) y *lo mismo ocurre si dicho derecho nace con anterioridad a la*

⁵⁵ La denominación *civilísima* fue empleada en los preceptos reguladores del comienzo del usufructo de los sucesivos Anteproyectos de la Compilación de 1967 para calificar la posesión que adquiriría el cónyuge supérstite, una vez fallecido su consorte, como usufructuario. Así aparece regulada en los arts. 147 y 115 de los Anteproyectos elaborados en los años 1961 y 1962, respectivamente, por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, en el 147 del redactado por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia en 1963 y en el art. 78 del que preparó la Sección Especial de la Comisión General de Codificación en 1965. Finalmente, esta calificación no pasó a la redacción definitiva, en la que quedaría en solitario la palabra *posesión* en el art. 79 Comp.

En coherencia con esta posesión civilísima inherente al usufructo viudal es, asimismo, absolutamente irrelevante quién tenga la posesión para tener derecho expectante puesto que nunca ha sido necesaria tampoco para que este exista. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 722 y nota 33. En Derecho histórico, así lo disponían expresamente la Observancia 59 *De Iure Dotium* y la 33 de igual título. Más tarde, recogieron esta regla los arts. 151 del Proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 1899 (Proyecto Ripollés), 135 del de 1904 (Proyecto Gil Berges) y, finalmente, el 65 de la redacción definitiva del Apéndice citado de 1925. En la doctrina aragonesa anterior cfr. MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, *op. cit.*, voz *viduitas*, fol. 330 y voz *divisio*, fol. 100; PORTOLÉS, J., *Scholias sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, IV, 1592, p. 515; LA RIPA, J. F., «Del Proceso de aprehensión», Parte I, *Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón*, Zaragoza, 1772, Ed. facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, pp. 25, 26 y 113; DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés*, Madrid, 1842, p. 112; FRANCO Y LÓPEZ, L. y GUILLÉN Y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

⁵⁶ Como matiza MERINO HERNÁNDEZ, en la práctica ordinaria los bienes suelen estar ya poseídos por el cónyuge viudo. Sólo en los casos en los que hubieren sido transmitidos o simplemente cedidos en uso a otras personas, sin pérdida del derecho de viudedad por parte de su consorte, podrá hablarse de posesión civilísima. El autor pone como ejemplo de esta última la vivienda propiedad del fallecido que está siendo ocupada por uno de los hijos. Es el supuesto, a la inversa, del caso de autos, igualmente trasladable aquí a los efectos de identificarlo también como posesión civilísima. Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Usufructo viudal», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, núm. 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 354 y 355. La posesión del viudo sobre los bienes usufructuados desde el inicio mismo del usufructo la cataloga como posesión ordinaria.

⁵⁷ Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 779 y 780.

celebración del matrimonio, o sea, si es previo al nacimiento del derecho expectante de viudedad» que es lo que, precisamente, acontece en el supuesto de autos. La sentencia toma por tanto como referencias temporales para determinar la prelación correspondiente o el ingreso del bien en los patrimonios de los cónyuges o, en su caso, la fecha de celebración de su matrimonio, en buena lógica, en este segundo supuesto, con el régimen jurídico de la viudedad aragonesa pues su origen matrimonial es el que marca, como se ha indicado, el inicio de aquella en su fase expectante⁵⁸.

La traslación de dichos argumentos al supuesto litigioso conduce a que la solución de la sentencia sea relegar el usufructo viudal a un segundo plano, condicionando su plenitud a la desaparición del comodato según su normativa aplicable⁵⁹:

⁵⁸ Este razonamiento es el planteado en extenso por SANCHO Y DE PABLO durante la vigencia de la Compilación –igualmente trasladable a la regulación actual– para los supuestos de ingreso de un bien, constante matrimonio, ya arrendado con derecho a prórroga forzosa o gravado en usufructo por un tercero en el patrimonio del consorte y uno u otro subsistan en el momento de fallecer este último. La sentencia lo extrapola en el fallo al supuesto litigioso en el que el comodato es anterior al matrimonio, en coherencia con la naturaleza legal y real del expectante que grava los bienes no solamente a medida en que se fueran adquiriendo e ingresando de un modo pleno en los patrimonios de los cónyuges sino también desde la celebración del matrimonio, si los hubiere:

«Sin embargo, si al ingresar el bien en el patrimonio de su consorte, en vida de este, estuviere ya gravada la cosa por un usufructo a favor de un tercero o arrendada con derecho a prórroga forzosa, y subsistiese dicho usufructo o arrendamiento en el momento de fallecer aquel, el cónyuge sobreviviente, usufructuario viudal, habrá de contentarse momentáneamente con la posesión mediata y seguirá correspondiendo la inmediata al usufructuario o arrendatario. En tales casos, el derecho expectante a favor del cónyuge nació en el momento en que el bien ingresó en el patrimonio de su consorte (cfr. art. 76.1) lo que tiene lugar también si está dado en usufructo o arrendado; pero del art. 76.2, según el cual aquel derecho no se extingue ni menoscaba por cualesquiera actos dispositivos ulteriores, se infiere a contrario -y la misma conclusión se alcanza por simple aplicación de la regla *prior tempore, potior iure* que entonces el expectante no perjudica ni altera los efectos de los actos realizados por el anterior propietario de los bienes que, con arreglo a su disciplina específica, confieran a otra persona el derecho de poseerlos de forma inmediata y compelan al cónyuge adquirente a respetar tal posesión (sin perjuicio de la suya, mediata). En estas condiciones (...), dicho usufructo del viudo no puede perjudicar la posesión que corresponde al usufructuario o arrendatario que ya lo eran al ingresar los bienes en el patrimonio del cónyuge premuerto: entonces, la posesión (mediata) no empece la (inmediata) de aquellos (el subrayado es mío). Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO DE CONTRERAS, P., «Comentario al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, op. cit., p. 782.

⁵⁹ Vid. idéntica consecuencia referida a arrendamientos o usufructos postmatrimoniales a favor de tercero en SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO DE CONTRERAS, P., «Comentario al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, op. cit., pp. 782 y 783:

«(...) el cónyuge sobreviviente sigue siendo usufructuario viudal, y por ello, si subsiste un usufructo sobre alguno de los bienes, objeto de su derecho de viudedad, este se manifestará de momento como un usufructo de la nuda propiedad, consistiendo su contenido económico en la eventualidad de llegar a gozar la cosa en cuanto se reincorporen a aquella el resto de facultades de dominio; y si subsiste un arrendamiento sobre alguno de tales bienes, percibirá por lo pronto el usufructuario viudal la renta como fruto civil de ellos, adquiriendo la posesión inmediata y disfrutándolos directamente en cuanto el arriendo se extinga de conformidad con las disposiciones legales específicas (...)» (el subrayado es mío).

«Posesión inmediata» es la que se tiene directamente mientras que la «mediata» es la que se ostenta a través de la de otro. Aunque el TS ha utilizado en numerosas ocasiones esta clasificación al interpretar el 432 Cc para referirse a los supuestos de concurrencia de posesiones, no se en-

«(...) mientras no se extinga debe ser respetado (el comodato) por la usufructuaria viudal que tiene la posesión mediata de la vivienda (...), *pasando a disfrutar la directamente una vez el comodato se extinga de conformidad con las disposiciones legales que le son de aplicación, y ello sin perjuicio de que las partes puedan pactar otra solución, al amparo de lo prevenido en el art. 109 Lrem.*»

Ciertamente, si se atiende en exclusiva al elemento temporal, la consecuencia no puede ser otra que la contenida en la sentencia. El *iter* sucesivo comodato-viudedad no permite contemplar otra posibilidad distinta a la supeditación del usufructo a la extinción del comodato.

Ahora bien, si se prescinde en el análisis de sus respectivas fechas de origen y se atiende a la naturaleza jurídica y características propias de una y otra figura, la solución no es tan clara. En principio, las dos conceden título bastante para habitar la vivienda litigiosa pero las diferencias existentes entre ambas hacen cuando menos dudoso sostener, sin abundar en ellas, que su distinta cronología sea, *per se*, definitiva.

El TSJA hace referencia a un «derecho de goce» a favor de tercero anterior al matrimonio del causante para justificar la posesión mediata de la usufructuaria viudal, con lo cual identifica como tal derecho tanto al comodato como al usufructo viudal aragonés. La cuestión principal a valorar aquí es si los dos términos de la comparación están realmente en una situación de igualdad jurídica que permita admitir que sea exclusivamente el elemento temporal el que determine la preferencia de uno sobre otro. En mi opinión, ninguno de los dos es un derecho de goce *strictu sensu*, el comodato por defecto y el usufructo por exceso⁶⁰, en atención a los argumentos siguientes:

Origen: El origen de la viudedad se identifica con un efecto legal del matrimonio sometido a norma aragonesa (arts. 10 y 89.1 Lrem⁶¹.) conforme al artículo

cuenta, sin embargo, explicitada en el Código. Cfr. UREÑA MARTÍNEZ, M., «Comentario al art. 432 Cc.», *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 594. Revisando la doctrina aragonesa al respecto, SANCHO distinguía en el ámbito del usufructo entre «posesión indirecta» y «posesión directa», considerando la primera una posesión sin detentación y la segunda una posesión con detentación que unía al *ius possidendi* el *ius detinendi* o recepción material de la cosa. La indirecta la vinculaba al concepto de administrador –identificándola con la del viudo hasta que cumpliera con la obligación de inventario exigible en el Apéndice entonces vigente– y la directa al disfrute del usufructuario propiamente dicho una vez cumplida la obligación citada. Vid en SANCHO REBULLIDA, F., «La viudedad», *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, pp. 193 y 194.

⁶⁰ El apartado XIII del Preámbulo de la Lrem., relativo al usufructo aragonés, comenzaba afirmando: «El usufructo viudal *no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena*, como puede ser el usufructo regulado en el Código Civil. Su carácter de Derecho de familia, a la vez que su extensión como universal, que afecta a una masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas». En igual sentido, SANCHO REBULLIDA ya indicaba: «(...) se trata de un usufructo especial, de un usufructo afectado y especializado, precisamente por la naturaleza familiar de la viudedad, *lo cual comporta, por una parte, ciertas limitaciones que no existen en el usufructo corriente y, por otra, poderes, incluso de disposición, más extensos que los del titular de un usufructo ordinario*» (el subrayado es mío). Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., «La viudedad», *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 49.

⁶¹ Arts. 192 y 271 CDFA.

9.2 Cc., en relación con el 16.2 Cc. Por el contrario, el comodato es voluntario, resultado de un contrato de préstamo de uso entre las partes (art. 1740 Cc.).

Efectos: El derecho expectante de viudedad supone un gravamen real de origen legal, oponible *erga omnes*. Por su parte, el comodato carece de cualquier energía reipersecutoria y solamente tiene efecto *inter partes* vinculadas, simplemente, al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Objeto: La posesión que deriva del derecho de usufructo es, como ya se ha indicado *supra*, civilísima y originaria pues no hay sucesión en la misma al cónyuge premuerto⁶². El comodato implica una mera posesión natural del art. 430 Cc⁶³, derivativa de alguien que, simplemente, tenga un derecho de uso no personalísimo⁶⁴.

Facultades: El usufructo viudal aragonés permite usar y disfrutar de la cosa⁶⁵ mientras que el comodato no incluye el *ius fruendi* o derecho a percibir los frutos (art. 1741 Cc.) sino tan sólo el *ius utendi* (derecho de uso)⁶⁶.

Carácter: La adquisición del usufructuario aragonés es un beneficio matrimonial. No es a título lucrativo porque no se produce con el fallecimiento de su cónyuge⁶⁷. El comodato, sin embargo, es esencialmente gratuito (arts. 1740 y 1741 Cc.)⁶⁸.

⁶² Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO DE CONTRERAS, P., «Comentario al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 780 y BAYOD LÓPEZ, M^a del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 390.

⁶³ En mi opinión, el deber de restitución inherente al comodato excluye el *animus* de poseer como propia la cosa cedida característico de la posesión civil. Por esta razón, considero que la posesión por parte del comodatario se ajusta a la de una mera posesión natural *ex art.* 430 Cc. Si se atiende al concepto en que se posee, la posesión comodataria se ubicaría en la posesión en concepto de tenedor de la cosa para disfrutarla y conservarla al margen de su titularidad dominical (art. 432 Cc.). Para DE ONTIVEROS BAQUERO, aunque este último precepto hable de «tenedor», no cabe duda de que se trata de un auténtico poseedor y que la posición del comodatario puede incluirse en el concepto posesorio contemplado en la norma de referencia. Cfr. DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, *op. cit.*, p. 130.

⁶⁴ Para dar en comodato, basta tener un derecho de uso que no sea personalísimo o intransmisible. Como regla general, pueden dar en comodato el usufructuario o el arrendatario (salvo que no pueda subarrendar o ceder la cosa arrendada). Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2^o, *op. cit.*, p. 16. ALBADALEJO estima posible dar en comodato una cosa propiedad del comodatario si no le corresponde a este su uso, ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, pp. 800 y 801. La SAP de Barcelona de 6 de septiembre de 2010 (JUR/2010/376091) se pronuncia expresamente sobre la compatibilidad de comodato y usufructo (FD 4^o).

⁶⁵ Se configura como un derecho real en cosa ajena que atribuye a su titular la propiedad de todos los frutos que los bienes sujetos al mismo produzcan así como el uso y goce de aquellos con las obligaciones pactadas o impuestas por la ley. Cfr. BAYOD LÓPEZ, M^a del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁶ En coherencia con la posesión natural que, entendemos, supone (*Vid.* nuestra nota núm. 63). Cfr. en esta línea PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, *op. cit.*, pp. 127 y 133.

⁶⁷ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», *ADA*, III, 1946, p. 354 y en «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *ADA*, XII, 1963-64, pp. 357 y 358.

⁶⁸ El comodato es esencialmente gratuito *ex art.* 1741 Cc. Si interviene algún emolumento, la doctrina dominante estima que pasa a ser un arrendamiento, mutando su carácter gratuito en onero-

Interpretación en caso de duda: En caso de duda, el principio del *favor viduitatis*⁶⁹ trae como resultado la necesaria adopción de la interpretación más favorable a la viudedad⁷⁰. Por el contrario, la interpretación restrictiva inherente a los contratos gratuitos supone decantarse en el comodato por la menor transmisión de derechos e intereses *ex art.* 1289.1⁷¹.

La contraposición de los títulos legitimadores de la posesión en uno y otro caso pone de manifiesto que la concedida por el comodato es de ámbito mucho más restringido que la que otorga el usufructo viudal aragonés. Pero, con independencia de lo anterior, considero que lo realmente decisivo a los efectos que nos ocupan es, simplemente, que mientras el usufructo aragonés es un gravamen legal *erga omnes*, la facultad de usar inherente al comodato no convierte al beneficiado en titular de ningún derecho real. La cosa cedida en comodato no resulta gravada y el uso se inserta en una pura relación obligatoria entre las partes⁷². Por esta razón, no resultaría procedente la aplicación de la regla *prior tempore, potior iure* ya que el comodato no puede conceptuarse como una carga del bien por la que, indudablemente, constituye el usufructo⁷³.

so. *Vid.*, entre otros, MARÍN PÉREZ, P., «Comentario al art. 1741 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXII, vol. 1º, *op. cit.*, p. 48; ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *op. cit.* p. 799; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.*, p. 165 y Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV, Las particulares relaciones obligatorias*, *op. cit.*, p. 366. Admiten matizadamente la compatibilidad de esta gratuidad esencial con un beneficio para el comodante MARTÍN RETORTILLO, C., «El comodato en nuestros días», *op. cit.*, p. 843, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, *op. cit.*, p. 74 y RABANETE MARTÍNEZ, I., *El contrato modal y su distinción con el arrendamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 28, 80, 81, 93 y 94 y en «Depósito con facultad de uso y comodato en interés del comodante: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997)», *RGD*, núm. 656, 1999, en especial, pp. 5326 y 5327.

⁶⁹ Regulado en el art. 90.3 Lrem., cuando ocurrieron los hechos litigiosos, y, con igual literal, en el derogado 75.2 Comp. Aragonesa. Actualmente se recoge en el art. 272.3 CDFA.

⁷⁰ Sobre el art. 75.2 Comp. aragonesa *cf.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., «Comentario al art. 75 Comp. aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, T. XXXIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 316 y 317 y SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios al art. 75 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 697 a 701. Para el 90.3 Lrem. *vid.* BAYOD LÓPEZ, Mª del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 400 y MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Usufructo viudal», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 399.

⁷¹ En atención a su gratuidad, entiende LACRUZ que las facultades del comodatario se apreciarán sin extenderlas más de lo claramente previsto en aplicación del art. 1289.1 Cc. *Cf.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.*, p. 167. Sobre esta cuestión, véase nuestra nota núm. 24.

⁷² *Cf.* MARÍN PÉREZ, P., «Comentario al art. 1741 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXII, vol. 1º, *op. cit.*, pp. 48 y 50; MORATILLA GALÁN, I., «En el comodato y en el simple préstamo o mutuo se entrega un bien que debe ser restituído posteriormente», *RCDI*, marzo-abril, 2007, núm. 700, p. 828 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, *op. cit.*, p. 127.

⁷³ La utilización del principio *prior tempore, potior iure* resulta procedente ante un gravamen anterior al usufructo aragonés. *Cf.* BAYOD LÓPEZ, C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 405. El comodato, sin embargo, es una convención obligacional, con efecto entre las partes pero sin trascendencia real, con lo que el uso del principio citado para determinar su eventual preferencia sobre el usufructo viudal no tiene razón de ser. Sobre esta cuestión resolvía expresamente la

En atención a lo expuesto, puede concluirse que la posición jurídica derivada del comodato es mucho más débil que la que trae causa del usufructo vital. De aceptarse esta premisa, resulta innecesario, a mi juicio, el criterio temporal utilizado en el fallo de la sentencia para dilucidar la posesión predominante. Esta solución sería igualmente aplicable en cualquier otro gravamen o arrendamiento con independencia de que fueran posteriores en el tiempo a la constitución del comodato e, igualmente, si se admite la interpretación defendida más arriba a favor de la extinción de este último por muerte del comodante y se contemplan los hechos desde la posición de heredera de la madre. En este último caso, el derecho de la viuda usufructuaria sería preferente al de su suegra heredera por proceder de un beneficio legal de origen matrimonial independiente de la voluntad del causante. Esta condición trae como consecuencia que se anteponga a los acreedores y herederos del cónyuge premuerto por no tratarse de una adquisición sucesoria a título lucrativo⁷⁴.

Cuestión muy distinta a todo lo precedente será valorar si el lanzamiento de la madre de la vivienda resulta admisible, tras la muerte del propietario, por causas distintas a las estrictamente jurídicas. A mi parecer, razones de justicia y equidad y, especialmente, el respeto de la voluntad del hijo fallecido que resul-

RDGRN de 4 de octubre de 1989 (BOE núm. 260 de 30 de octubre) considerando que la cesión de uso de un inmueble de un Ayuntamiento a la TGSS para servicios sociales no constituía derecho real al no constar la voluntad inequívoca de constituir un derecho de tal naturaleza sino una cesión del mero uso rigiendo, en este caso, las reglas del comodato. Por su parte, en el usufructo, la oponibilidad legal *erga omnes* inherente al derecho de viudedad aragonés hace que la inscripción registral resulte innecesaria aunque pueda resultar conveniente en el ámbito del Derecho Interregional. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS exponen que la toma de razón autónoma del expectante en el Registro de la Propiedad es especialmente útil y conveniente en inmuebles ubicados fuera de Aragón, para evitar que, quien reúna la condición de tercero a efectos del art. 34 Lh., pueda invocar el 16.2.II Cc. y haga valer la inoponibilidad frente a él de dicho derecho. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 737 e, igualmente, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)», *Jornadas de Derecho Foral*, Jaca, 28-31 agosto de 1976, ADA, XVII, 1974-76, pp. 97 y 98 y SERRANO GARCÍA, J. A., «Comentario a la STS de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad)», *CCJC*, núm. 20, abril-agosto, 1989, p. 621.

⁷⁴ Adviértase, no obstante, que la posesión inherente a la condición de heredera sería también civilísima (art. 440 Cc.) como la del usufructo vital. La diferencia sustancial entre ambas radica en que la que adquiere el viudo usufructuario es independiente de la que pudiera tener su cónyuge, afectando a todos los bienes sobre los que recaiga su derecho de viudedad abstracción hecha de quien sea su poseedor. No hay sucesión en su posesión sino adquisición originaria de esta. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 780. Por su parte, la adquisición posesoria en las sucesiones *mortis causa* se produce *ex lege* desde el momento de la muerte del causante sin necesidad de aprehensión material de la cosa, como ocurre en el usufructo vital aragonés pero, a diferencia de este último, siempre y cuando el heredero acepte la herencia. La aceptación, de producirse, tiene eficacia retroactiva, gozando entonces el heredero de una posesión civilísima desde el momento del fallecimiento del causante. Cfr. UREÑA MARTÍNEZ, M., «Comentario al art. 440 Cc.», *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 594. Considerando importante la diferencia de la necesidad de aceptación de cualquier derecho sucesorio, ya sea herencia o legado, para entrar en el patrimonio del favorecido frente al automatismo del usufructo vital aragonés tras el fallecimiento del causante *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Usufructo vital», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 355.

ta ineludible para la aceptación de la figura del comodato frente al precario, hacen defendible, sin duda alguna, la solución contraria a la que arriba se ha tratado de argumentar legalmente.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Finalizados estudio y análisis de la sentencia objeto de comentario, las principales conclusiones que pueden extraerse son las siguientes:

§ 1. CALIFICACIÓN DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA: COMODATO *INTUITU PERSONAE* EN ATENCIÓN A LA MADRE

La asociación del fin de la cesión del uso del inmueble litigioso, propiedad del hijo fallecido, a la muerte de la madre comodataria genera, *ab initio*, cierta inseguridad jurídica para una calificación de comodato nítida e incuestionable. Aunque la admisión del fallecimiento de la madre como un término *certus an incertus quando* y la interpretación de la voluntad del hijo, deducible del contexto del préstamo de uso, hacen verosímil, a reserva de mejor criterio, la defensa de una inicial calificación de comodato *intuitu personae* en atención a la cesionaria con entidad suficiente para la resolución del caso de autos, la transitoriedad esencial inherente a la naturaleza jurídica de esta figura legítima igualmente a nuestro juicio, de no haber acontecido la premoriencia del hijo, la aceptación de una posible transformación a simple precario ante una eventual prolongación excesiva en el tiempo vinculada a la longevidad de la comodataria en función de su edad en el momento de la cesión.

§ 2. ADMISIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL COMODATO POR MUERTE DEL COMODANTE

Aunque el comodato *intuitu personae* solamente aparece regulado en el Cc. respecto al comodatario en el art. 1742, limitando a su persona el derecho de uso de la cosa prestada y, por tanto, estableciendo implícitamente el fallecimiento de este último como causa de extinción, la especial naturaleza de la *causa commodati* que informa el comodato de autos hace admisible, en nuestra opinión, someter a valoración la muerte del comodante como posible causa de terminación del comodato. La aceptación del carácter mutuo y recíproco del vínculo personal materno-filial que lo informa permitiría incluir como excepción a la regla general de transmisibilidad de los derechos y obligaciones de los contratos en caso de muerte del 1257 Cc. tanto a los del comodante como a los del comodatario –salvo que del contexto fáctico se hubiera deducido lo contrario– y concluir que el comodato se extinguiría, indistintamente, *mortis causa*, pues el vínculo personal desaparece de igual modo con el fallecimiento de cualquiera de las dos partes. La menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gra-

tuitos y la muy probable sustentación de la cesión en la premoriencia de la madre, con una correlativa ausencia de previsión alguna *a contrario*, contribuirían a sostener esta interpretación *ex arts.* 1289.1 y 1283 Cc., respectivamente, no obstante su carencia de cobertura legal expresa.

§ 3. INADMISIÓN DE EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN DEL COMODATO *EX ART.* 1192 Cc.

La estrecha vinculación existente entre las consecuencias del fenómeno confusivo en las obligaciones y los distintos sistemas legales de sucesión *mortis causa* se pone especialmente de relieve en la contraposición de la regulación del Cc. y la aragonesa en esta última materia. A diferencia del Derecho común, la concurrencia en la persona de la madre, tras el óbito de su hijo, de la doble condición de comodante y comodataria no genera en Derecho Aragonés ninguna confusión que pueda extinguir la obligación comodaticia, en atención a la separación de patrimonios automática y general que resulta aplicable por ser una herencia regida por norma aragonesa. En nuestra opinión, la presencia del usufructo de viudedad aragonés resulta irrelevante para mantener la conclusión precedente ya que no cabe dependencia alguna entre ambos fenómenos extintivos por tener un ámbito de actuación y consecuencias distintas. La confusión, dentro del Derecho de Obligaciones, tendría por objeto, en su caso, el comodato, mientras que la consolidación, propia de los derechos reales limitados, implicaría, de producirse, la absorción del usufructo viudal por la titular del dominio. La primera no era posible según el 42.1 Lsuc. y la segunda porque la titularidad de la nuda propiedad pertenece a la madre del comodante fallecido y la del derecho de usufructo a su viuda.

§ 4. SUPREMACÍA DEL USUFRUCTO VIDUAL ARAGONÉS SOBRE EL COMODATO

Con independencia del posicionamiento adoptado sobre la pervivencia del comodato, la situación jurídica derivada del mismo es mucho más débil que la que trae causa del usufructo viudal aragonés. Mientras este último es un gravamen real, de origen legal y oponible *erga omnes*, la facultad de usar inherente al comodato no convierte al comodatario en titular de ningún derecho real. La cosa cedida en comodato no resulta gravada y el uso se inserta en una pura relación obligatoria que liga a las partes. Por esta razón, estimamos innecesario el criterio temporal utilizado en el fallo de la sentencia para dilucidar la posesión predominante ya que el comodato no puede conceptuarse como una carga del bien a diferencia de la que, indudablemente, constituye el usufructo.

§ 5. CRITERIOS JURÍDICOS *VERSUS* CRITERIOS DE JUSTICIA Y RESPETO A LA VOLUNTAD DEL FALLECIDO

Nuestra postura final a favor del uso de la vivienda para la nuera supérstite tiene como único sustrato la aplicación –más o menos estricta– de la normativa vigente, a excepción de la admisión de la muerte del comodante como causa de

extinción que obedece a una interpretación amplia y debatible de aquella. Sin embargo, consideraciones de justicia material derivadas del caso concreto y de intereses dignos de protección jurídica hacen admisible la continuidad en el uso de la vivienda de la madre del fallecido siendo esta, por añadidura, la más que probable voluntad inspiradora de la cesión por parte de su hijo.