

Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma (\*)

Por PILAR BENAVENTE MOREDA  
Prof. Ayudante Derecho civil. Fac. Derecho. U.A.M.

**SUMARIO.**—I. *Introducción.*—A) Planteamiento.—B) Cuestiones que no van a ser analizadas. Cuestiones a analizar.—C) Reflexión inicial sobre el posible origen de los problemas.—II. *Posiciones doctrinales y jurisprudenciales.*—A) Titularidad exclusiva: la atribución judicial como subrogación arrendaticia.—a) Por vía del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—b) Por vía del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—B) Titularidad común: naturaleza de la atribución.—a) Arrendamiento común—arrendamiento ganancial.—b) Carácter común del arrendamiento derivado del carácter familiar de la vivienda.—1. Motivaciones.—2. Naturaleza del derecho de uso y disfrute sobre la vivienda arrendada.—III. *Posición crítica. Planteamiento de posibles soluciones.*—A). —a) Ante la atribución como subrogación de derechos arrendaticios.—1. Carácter temporal de la atribución frente al definitivo de la subrogación.—2. Otros problemas derivados de la aplicación de los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.— El cónyuge cedente ha de ser contratante inicial. Artículo 24.— Número de subrogaciones permitidas por el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.— La aplicación analógica del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—¿Existencia de una cesión «ex iudice» de derechos arrendaticios?—b) Ante el carácter común del derecho arrendaticio.—1. Falta de previsión legal.—2. Problema del consentimiento.—3. Los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos frente a la admisión de cotitularidad.—B) Relaciones externas e internas.—a) Campo de las relaciones externas o de tráfico.—1. Relaciones con terceros constante matrimonio. Actos dispositivos limita-

---

(\*) Este trabajo se realizó y finalizó durante el segundo trimestre de 1987. Posteriormente existen algunos trabajos que considero conveniente mencionar:  
— VENDRELL FERRER, E.: «La vivienda familiar y su protección» (comentario a la STC de 31 de octubre de 1986), RJC, 1987, núm. 4, pp. 155 y ss.  
— VICENTE DÍAZ, M.: «Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial», AC, núm. 5, 1988, p. 265.

dos.—2. Actos dispositivos limitados tras la ruptura matrimonial.—b) Las relaciones entre el arrendador y el cónyuge arrendatario.—c) Relaciones internas entre el cónyuge o excónyuges.—1. Derecho a la vivienda como derecho al hogar; naturaleza de la atribución.— Artículo 96-1.º y 2.º: La atribución como contribución al levantamiento de las cargas familiares.— Artículo 96-3.º: La atribución como parte de la pensión compensatoria.

## I. INTRODUCCION

A) Varios son los preceptos que en nuestro Código civil hacen referencia a la vivienda familiar, ya sea estableciendo un régimen especial de protección, tanto dentro del llamado régimen matrimonial primario, como dentro de la sociedad de gananciales; ya sea tomándose en consideración como uno de los bienes sobre cuya atribución debe pronunciarse el juez en situaciones de crisis matrimonial (1).

En todos los supuestos, subyace un claro criterio proteccionista hacia la familia, precisamente a través de la protección de la que es, o ha sido su sede. Sin embargo, hay algunos puntos oscuros, que pueden a la larga, desvirtuar la finalidad perseguida (2).

El objeto de mi análisis se va a centrar por ello en una de las cuestiones en que creo existe menor claridad legislativa, y por ende, diversidad de posturas doctrinales y jurisprudenciales: *la titularidad arrendaticia sobre la vivienda familiar*.

B) Pese a lo limitado del estudio que acometo, pretendo prescin-

(1) El art. 1.320, párr. 1.º, exige el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial sustitutoria, para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, aunque ésta pertenezca a uno sólo de los cónyuges. Y ello como aplicable cualquiera que sea el régimen económico existente entre los cónyuges, por ser una norma propia del régimen matrimonial primario. Tal limitación dispositiva queda igualmente establecida para dicha disposición en situaciones de crisis matrimonial, por el párr. 4.º del art. 96, para aquellos supuestos en los que la vivienda familiar se atribuya al cónyuge no titular de la misma.

Dentro del régimen de gananciales se le otorga igualmente especial protección, porque se establece una variación del régimen legal de calificación de privaticidad del art. 1.357 (bienes adquiridos a plazos por uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio) aplicándose en tales supuestos el art. 1.354 (existencia de proindiviso entre la sociedad de gananciales y el cónyuge adquirente), protección que alcanza hasta la disolución del matrimonio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, donde el párr. 4.º del art. 1.406 otorga el derecho de atribución preferente sobre la citada vivienda al cónyuge sobreviviente.

Referencia igualmente se hace a la vivienda familiar que es tenida en cuenta como elemento objeto de atribución en la fase provisional entre la interposición de la correspondiente demanda de separación, nulidad o divorcio, y la sentencia definitiva que resuelve sobre las mismas, así el art. 103 del Cc., al regular la atribución, en medidas provisionales, del uso y disfrute de la vivienda familiar, teniendo en cuenta el interés más digno de protección.

(2) Sobre todo en aquellos supuestos en los que, tras la ruptura matrimonial se procede a la adjudicación judicial de la vivienda, bien de forma provisional (por medio del Auto de Medidas), bien en sentencia definitiva de separación, nulidad o divorcio.

En tales casos no se establece en ningún momento la calificación del derecho que nace en el beneficiario de tal atribución.

dir de determinadas cuestiones, que si bien resultan igualmente problemáticas, han sido tratadas con mayor interés por los autores:

— Pretendo prescindir del análisis de los problemas derivados del disfrute de la vivienda familiar en propiedad o sometida a otra titularidad real, para centrarme en el problema de la vivienda arrendada.

— Igualmente, en la medida en que ello sea posible, pretendo prescindir de la valoración del arrendamiento citado dentro de un régimen económico matrimonial determinado al que puedan someterse los cónyuges (3).

En concreto, me centraré en aquellos supuestos de titularidad arrendaticia derivada de contrato celebrado por uno sólo de los cónyuges, antes o después de contraer matrimonio, cuando tal vivienda llega a ser efectivamente la sede del hogar familiar.

En definitiva, pretendo analizar el problema de la citada vivienda arrendada a la luz de los artículos 1.320 y 96 del Código civil, es decir, ante el normal funcionamiento del matrimonio, y ante las situaciones de crisis o ruptura del mismo. Intentando para ello observar en qué medida pueden existir contradicciones, o compatibilizarse, en su caso los criterios del Código civil con determinados preceptos de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos.

¿Cuáles son, en tal caso, las cuestiones que nos interesa analizar?

1. En situaciones de normal funcionamiento del matrimonio-supuesto del artículo 1.320 del Código civil, ¿qué posición ocupan los cónyuges en relación arrendaticia?, y, en concreto, ¿cuál es la posición, frente al arrendador, que ostenta el cónyuge del contratante? ¿Depende en alguna medida tal posición del momento en que se contrate el arrendamiento?

2. Disuelto el matrimonio, o determinada la separación entre los cónyuges —supuesto del artículo 96 del Código civil—, y adjudicada la vivienda al cónyuge no contratante, ¿qué tipo de derecho le otorga el juez al citado cónyuge sobre la vivienda arrendada? ¿Se modifica con tal atribución exclusiva la relación contractual con el arrendador de la vivienda?.

3. ¿Quién será, tras la atribución judicial de la vivienda, el obligado por el contrato de arrendamiento, al pago de las rentas, cantidades asimiladas a la misma, conservación de la vivienda arrendada, etcétera?

Tal cuestión, en definitiva, nos lleva a plantearnos en qué medida afectará al propietario arrendador, la citada atribución de la vivienda arrendada al cónyuge no contratante.

Tales cuestiones se traducen, en definitiva, en las siguientes:

---

(3) Fundamentalmente porque ni el art. 1.320, ni el 96 del Cc., son preceptos aplicables a un régimen económico determinado. Los citados artículos, tienen aplicación general; el primero de ellos, por su inclusión dentro del llamado régimen primario; el segundo, por ser norma para cualquier supuesto de crisis matrimonial, con independencia del régimen económico al que el matrimonio estuviese sometido.

— Determinación de la titularidad sobre la vivienda familiar arrendada.

— Naturaleza y carácter de la atribución judicial de la misma al cónyuge no contratante.

— Problemas que nacen de las relaciones contractuales con el arrendador.

C) Varias son las posturas mantenidas doctrinal y jurisprudencialmente para dar solución a tales cuestiones:

— Aquellas que, partiendo del carácter propio del arrendamiento, otorgan a la atribución de la vivienda en favor del cónyuge no titular, el carácter de alguna de las formas de subrogación previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

— Aquellas que, considerando común el derecho arrendaticio, por virtud del carácter familiar de la vivienda sobre que recae, entienden que con la atribución judicial se produce una exclusión en el goce de uno de ellos, sin mutación alguna en el contrato.

— Aquellas que, admitiendo el carácter privativo en determinados casos, otorgan carácter común al arrendamiento tan sólo cuando se contrató constante matrimonio y bajo el régimen de gananciales.

Analizando, como lo haré, tales tendencias, creo que no se ha llegado a resultados excesivamente satisfactorios, por las contradicciones que en algunos casos se plantean entre la Ley de Arrendamientos Urbanos y los postulados del Código civil; así como por los perjuicios que en determinados casos pueden irrogarse a (en cabeza de) los propietarios arrendadores, con evidente menoscabo de la seguridad del tráfico.

Creo, compartiendo la opinión de Rams Albesa (4), que los problemas de fondo en esta cuestión, se encuentran en la falta de previsión legislativa, más allá de los supuestos de titularidad dominical sobre la vivienda familiar.

Ciertamente, en las discusiones parlamentarias al Proyecto de 14 de marzo de 1980, relacionadas con la redacción del artículo 96 del Código civil, se planteó el tema de la titularidad arrendaticia (5), pero acaso hubiera sido necesario un tratamiento más mi-

(4) RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, 1987, p. 109.

(5) Dentro del Proyecto de Ley de 14 de marzo de 1980, aparecía el art. 96, con la siguiente redacción:

«El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde mediante las adecuadas compensaciones, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

No habiendo hijos podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias y su participación en los hechos que dieron fundamento a la sentencia lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados, se requerirá e consentimiento de ambas partes, o en su caso autorización judicial.»

Ni en la redacción inicial señalada, ni en la actual del precepto, se califica de forma alguna, ni el derecho que se atribuye al cónyuge no titular —al que se otorga el uso de la vivienda familiar—, ni, por otro lado, parece tomarse muy en cuenta el hecho

nucioso, con la finalidad de evitar problemas futuros, como de hecho ya se vienen planteando en la actualidad, seis años después (6).

Analicemos cada una de las soluciones que la doctrina y jurisprudencia han venido otorgando al tema, antes y tras las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, y observaremos la gran disparidad de criterios utilizados, y las contradicciones en las que se incurre en algunos casos, al hacerse incompatible la aplicación simultánea de los criterios propios de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, y los utilizados para dar explicación al derecho que nace en el cónyuge no contratante, cuando es éste el adjudicatario de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial.

## II. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

### A) TITULARIDAD EXCLUSIVA: LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL COMO SUBROGACION ARRENDATICIA

Un amplio sector doctrinal, apoyándose probablemente en la titularidad formal del derecho arrendaticio, que encuentra su origen en la celebración del contrato de arrendamiento como único contratante arrendatario, acude a la Ley de Arrendamientos Urbanos para calificar y explicar los supuestos de atribución de la vivienda familiar, previstos en el actual artículo 96 del Código civil.

Se llega a admitir que, cuando se atribuye la vivienda al cónyuge no titular, se produce una cesión de la posición arrendaticia en favor del mismo, por uno de los cauces siguientes:

de que tal vivienda pueda pertenecer a su titular de forma diferente a la titularidad dominical, prueba de lo cual, queda reflejado en el hecho de la no aprobación, ni discusión de tipo alguno, sobre la enmienda presentada por doña Carmen Solano Carreras (UCD), núm. 235, enmienda a mi entender correcta en cuanto a su planteamiento, y visión de los problemas que en el futuro se podían plantear sobre el particular. En la misma se proponía la inclusión de un pár. 3.º, del siguiente tenor:

«Las determinaciones familiares sobre la adjudicación de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, si éste no fuera el titular de la misma, especificarán el concepto jurídico de dicha adjudicación, y a la misma no obstará ningún precepto del ordenamiento jurídico español, común o fóral.»

Se justificaba tal enmienda precisamente en el hecho de que la vivienda familiar puede tenerse en concepto de propietario o arrendatario, pudiendo pertenecer en cualquiera de los dos casos, la titularidad exclusiva al cónyuge no adjudicatario de la vivienda, de forma que sería correcto que el juez al determinar la citada adjudicación, estableciera el concepto en que la misma se hace, evitando así los problemas de desahucio a los que se pudiera llegar posteriormente por vía de la LAU.

(V. CC. Reformas 1978-1983, Trabajos parlamentarios II, Cortes Generales, 1985).

(6) Señalaba FUENTES LOJO, la realidad de tal problema, advirtiendo, como ya lo hiciera en un artículo publicado en «La Vanguardia», el día 8 de diciembre de 1981: «Hace algunos meses, cuando la mal llamada Ley de Divorcio estaba en el Congreso, sugerimos, en un artículo publicado en este mismo periódico, la necesidad de introducir una norma previendo el problema que podría surgir, si al decretarse la separación o el divorcio, el juez disponía de la vivienda que tuviese en arrendamiento uno de los cónyuges en favor del otro no titular. Nuestra sugerencia no fue oída, la Ley se aprobó, y el tema continúa tan actual como antes...» (FUENTES LOJO: *Suma de Arrendamientos Urbanos*, T. I, en comentario al art. 23 de la LAU, p. 427, Bosch, 1983).

### a) Por vía del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (7)

Atribuida la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular de la misma, se produce una cesión inter vivos de los derechos y posición arrendaticia, por mor de la cual, el cónyuge subrogado pasa a ocupar en la relación contractual, la posición que anteriormente tenía su cónyuge.

Por ello, obligado es que se cumplan todos los requisitos exigidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos para la validez de tal cesión; produciéndose igualmente todos los efectos propios de la misma:

a) La cesión efectuada deberá notificarse al propietario de la vivienda en el plazo de dos meses de efectuada (se entenderá, supongo como fecha de la subrogación, la de la firmeza de la sentencia en que se atribuye) —artículo 24-2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

b) El cónyuge cesionario se subroga en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento, con la consiguiente pérdida de derechos por parte del titular inicial.

c) Las relaciones de arrendamiento se entablan a partir de tal momento entre el cónyuge subrogado y el arrendador.

d) Posibilidad de aumento de la merced arrendaticia hasta un 15 por 100 —artículo 99-5.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

e) El cónyuge subrogado no podrá posteriormente ceder por la misma vía del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos la vivienda arrendada, al no ser la parte contratante...

Los criterios y postura anteriormente manifestada han tenido igualmente reflejo jurisprudencial. En este sentido, podemos remitirnos al análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 10 de noviembre de 1983 (8):

---

(7) En tal sentido, O'CALLAGAN MUÑOZ: *El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, en «AC», núm. 437, año 1986.

El autor señala que concedido el derecho de ocupación al no titular (del derecho arrendaticio), no puede pensarse en la existencia de un derecho real del no titular; existe una cesión de la titularidad por el mecanismo del art. 24 de la LAU, adquiriendo en tal caso la condición de titular del arrendamiento (el cónyuge al que se otorga el uso y disfrute de la vivienda familiar).

En la misma dirección se manifiesta LÓPEZ LÓPEZ, admitiendo igualmente tal tipo de cesión arrendaticia por vía del precitado artículo de la LAU. *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I, del Cc.* (coordinados por el profesor Lacruz Berdejo), comentario al art. 90, p. 617, Civitas, 1982.

ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio —en la legislación actual y en la historia—*, 2.ª ed., editorial Aranzadi, 1984. Sigue un planteamiento semejante, al considerar que es necesario acudir a la notificación prevista en el art. 24-2.º de la LAU, cuando se adjudica la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento, si el contrato se celebró por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio. Si el contrato se celebró una vez celebrado el matrimonio, considera igualmente conveniente realizar tal notificación para evitar posibles contenciosos (p. 565).

(8) S. Audiencia Provincial de La Coruña de 10 de noviembre de 1983 (Rev. «La Ley», 1984, T. II, pp. 503 y ss.). La citada sentencia refleja fielmente los planteamientos señalados, como podemos observar:

El origen de la sentencia se encuentra en la resolución de un contrato de arrendamiento, por aplicación del párrafo 5 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al considerar como cesión arrendaticia efectuada al margen los cauces legales, la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, por sentencia de separación, sin cumplimentar la obligada notificación de la cesión al propietario de la vivienda.

Dos ideas claras pueden extraerse de los planteamientos establecidos por la citada sentencia:

1. Que el titular del contrato de arrendamiento es aquel que lo celebra, con independencia del carácter familiar o no de la vivienda, así como del momento en que se suscriba por las partes —antes o después del matrimonio del arrendatario—. Resultando igualmente indiferente cuál sea el régimen económico de los cónyuges (9).

2. Que la asignación del uso y disfrute de la vivienda arrendada, al cónyuge no titular, supone una cesión inter vivos, prevista en el

---

Considerando que «... según reiterada doctrina el arrendamiento crea un derecho personal a favor del inquilino o arrendatario, por ello, el titular del inquilinato es siempre el que contrató el arrendamiento con el arrendador, sin que ello menoscabe el derecho que las leyes conceden a su mujer e hijos a la utilización del domicilio conyugal, tanto si el inquilinato se concertó estando casado el inquilino, como si se casó después, por cuanto la situación es la misma en uno y en otro caso; de suerte que si muere el cónyuge del inquilino, la situación del inquilinato no varía, pero si el que muere es el titular del inquilinato se producirá una subrogación en favor del cónyuge superviviente... (art. 58 de la LAU), pues de admitirse la tesis que sostiene la sentencia recurrida (la sentencia recurrida mantenía la opinión del carácter ganancial del arrendamiento, considerándolo como en mano común, por haberse contratado el mismo constante la sociedad de gananciales) de que la cosa arrendada se disfruta en mano común por ambos esposos, la muerte del titular no supondría una subrogación, y no le sería de aplicación al cónyuge sobreviviente la limitación que para el número de subrogaciones se establece en el art. 59 de la LAU, en contra de lo que de modo claro y terminante se establece en dicho artículo.

Considerando... que de la misma manera si se disuelve el matrimonio por virtud de una sentencia de divorcio, no se alterará la situación arrendaticia si continúa en el disfrute de la vivienda arrendada, al cónyuge que sea del inquilinato, pero si por acuerdo de las partes o por decisión judicial se adjudica la vivienda al otro consorte, *no ofrece duda que se producirá una cesión inter vivos del arrendamiento, permitida por el art. 24 de la LAU...; pero para que tal cesión sea válida y eficaz es preciso que se notifique de modo fehaciente al arrendador, dentro de los dos meses de realizada...*».

(9) En el caso en concreto que da origen a la sentencia, el contrato de arrendamiento se celebró constante matrimonio, y estando sometido éste al régimen de gananciales.

El planteamiento de la misma difiere totalmente del que otorgara el Juzgado de Distrito de Santiago, cuya sentencia fue apelada, dando origen precisamente a la comentada de la AP de La Coruña:

«Al disolverse legalmente el matrimonio, y con él dicha comunidad familiar, y adjudicársele a uno de los cónyuges la exclusiva titularidad de dicho contrato de arrendamiento, no puede en este caso hablarse propiamente y en rigor de una «cesión arrendaticia», porque la supuesta cesionaria no recibe el derecho «ex novo» para ella, sino que se concentra en ella un derecho que durante el matrimonio compartía con su entonces marido en obligada comunidad «en mano común», o sea, que lo que realmente se le atribuye o adjudica es aquello mismo a lo que tenía derecho y que ya venía disfrutando a título propio y en su propio provecho e interés...»

artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con todas las consecuencias que de tal consideración se derivan.

## b) Por vía del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

Con la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar arrendada, al cónyuge no titular, se produce una transmisión de la situación arrendaticia «ex iudice», o forzosa, subsumible en el supuesto de subrogación «mortis causa» del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Tal subsunción se hace posible en virtud de la aplicación analógica permitida por el artículo 8 del mismo cuerpo legal, equiparando, por tanto, a tales efectos subrogatorios, el fallecimiento del titular arrendaticio, con los efectos de la separación, nulidad o divorcio (10).

De este modo se vienen a producir semejantes consecuencias a las previstas para el caso de subrogación por actos inter vivos, ante-

---

(10) Batlle consideró que en todo caso el derecho arrendaticio sería común, porque aunque se arriende por uno de los cónyuges, se opera una mutación en el concepto de alquiler de la casa, que se hace común por la necesidad de vida en común, lo que, según el autor, está previsto por la propia LAU, que considera, en atención, precisamente a ese dato, tan sólo la convivencia del cónyuge como base normal para la subrogación de los derechos arrendaticios (art. 58), y como excepción a la regla prohibitiva de la cesión, sin contar con la voluntad del arrendador (art. 24). En cuanto a la naturaleza del derecho que nace en el cónyuge al que se atribuye la vivienda arrendada, tras producirse la separación por sentencia judicial de los cónyuges, señala que: «podría establecerse por decreto judicial la subrogación del inocente en los derechos arrendaticios. Es verdad, que el art. 58 de la LAU se refiere a la subrogación para el caso de muerte, y que este de la separación no está previsto, pero no hay que olvidar el art. 8 de la propia Ley: "En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante, referirse a las materias que esta Ley regular, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los tribunales aplicarán sus preceptos por analogía"..."»

BATLLE, M.: *Cuestiones de derecho matrimonial*, en «RCDI», septiembre-octubre de 1960, núm. 388-389, pp. 577 y ss., en concreto ver p. 595.

Respecto a la postura citada, hay que señalar que se parte de postulados iniciales diferentes a los autores citados *supra*, núm. 7, por cuanto pese a admitirse la existencia de una subrogación «ex iudice», se parte de la base de que el derecho arrendaticio se hace común por el hecho de existir sobre él la vivienda familiar, contra la idea de la titularidad exclusiva manifestada anteriormente.

Semejante planteamiento parece seguir actualmente LUNA SERRANO; al señalar: «En el caso de que la vivienda en que se halla establecido el hogar familiar estuviere tomada en arriendo, y el beneficiario de su uso no fuera el cónyuge titular del arrendamiento... aunque no parece que pudiera ser considerado como precarista, pues estaría amparado en su situación jurídica por una decisión judicial, para clarificar sus relaciones frente al arrendador podría quizá pensarse en dar lugar a un *derecho de subrogación temporal*—sobre la base ya sugerida en cuanto la disciplina antecedente del Código en el tema de la separación, de la aplicación analógica de la dispuesto en el art. 58 de la LAU (vid. art. 8 de esta disposición legal)— en cuyo caso las relaciones frente al arrendador ya no corresponderían, durante el tiempo de la atribución en uso de la vivienda, al cónyuge primitivo arrendatario y se evitarían para el cónyuge ocupante de la vivienda algunos riesgos, incluido el de verse desahuciado por falta de pago del alquiler por la parte del otro esposo...». (p. 358) (*El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, Civitas, 1982).

riormente mencionadas, claro está, con las peculiaridades propias del tipo de cesión que ahora contemplamos:

1. Se adquieren por parte del cónyuge subrogado los derechos y obligaciones inherentes a su nueva posición de arrendatario.

2. El cónyuge titular pierde su posición de arrendatario, desligándose, por tanto, de los derechos y obligaciones que a tal posición le eran inherentes.

3. Con tal cesión, queda consumida una de las posibles subrogaciones permitidas por el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (11).

4. La subrogación así efectuada deberá ser notificada al arrendador de forma fehaciente dentro de los noventa días siguientes a producirse —artículo 58-4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (12).

c) Las dos vías de atribución analizadas, a partir de una titularidad arrendaticia exclusiva, recurriendo a las posibilidades de transmisión de derechos previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos, para calificar el derecho de uso y disfrute sobre la vivienda que se confiere al cónyuge no titular por vía del artículo 96 del Código civil, vendrían a solucionar los interrogantes que inicialmente nos planteábamos (13), de la siguiente forma:

— En situaciones de normal funcionamiento del matrimonio, la titularidad sobre la vivienda recae en el cónyuge que contrató, y será éste, y no otra persona el que frente al arrendador haya de responder del pago de las rentas, cantidades asimiladas, etc., sin perjuicio, claro está, que en función del régimen económico del matrimonio, las citadas cargas lo sean también de la sociedad conyugal (14).

(11) Art. 59 de la LAU: «Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos «inter vivos» o «mortis causa», sólo podrá continuar ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sino que se autoricen ulteriores subrogaciones, debiendo observarse en cuanto a convivencia, orden de prelación y notificación, lo preceptuado en el artículo anterior.»

(12) Aunque los autores no hacen referencia a este requisito, entiendo que de admitirse la tesis de la subrogación por vía del art. 58 de la LAU, habrá de cumplirse con la preceptiva notificación que establece el pár. 4 del art. 58:

«La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino.»

En tal caso, no obstante, considero que el citado plazo comenzaría a contarse a partir del momento en que la atribución es firme, por serlo la sentencia en la que se produce la adjudicación.

(13) Vid. problemas señalados *supra* I B).

(14) Dentro del régimen de gananciales, el art. 1.362 del C.c. establece:

«Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

1. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia...

2. La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges...»

Dentro del régimen de separación, establece el art. 1.438 del C.c.:

«Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos...»

De la misma forma, todos los derechos dinamantes del contrato, habrán de ser ejercitados por el citado cónyuge contratante, aunque su ejercicio, sin embargo, quede limitado por la exigencia del consentimiento de su cónyuge, si del mismo se deriva una disposición de los derechos sobre la vivienda.

— Disuelto el matrimonio, o declarada judicialmente la separación del mismo, con la correspondiente adjudicación al cónyuge no contratante, quedan igualmente configuradas las posiciones de las partes.

El cónyuge cesionario aparece como subrogado, obligado frente al arrendador, de forma que la relación contractual se entabla exclusivamente entre ambos.

## B) TITULARIDAD COMÚN: NATURALEZA DE LA ATRIBUCION

Ya hemos señalado más arriba que no era nuestra intención centrar el problema de la vivienda familiar sobre el estudio de un régimen económico concreto, sin embargo, al hablar del «carácter común de la vivienda familiar», obligada es la referencia al régimen de gananciales, al menos sea para diferenciar desde el principio dos posturas diferentes sobre la idea de comunidad:

1.<sup>a</sup> La que admite el carácter común del arrendamiento concertado por uno de los cónyuges, porque al mismo se le atribuye la condición de ganancial.

2.<sup>a</sup> La que admite el carácter común del mismo por el hecho de recaer tal arrendamiento sobre la que constituye la sede de la familia o del matrimonio.

Haremos una breve referencia a la primera postura, para dejar claras las consecuencias y diferencias frente a la segunda.

### a) Arrendamiento común. Arrendamiento ganancial

Sometido el matrimonio al régimen de la sociedad legal de gananciales, algunos autores consideran que el contrato de arrendamiento celebrado constante matrimonio por un sólo de los cónyuges, atribuye al derecho arrendaticio la condición de ganancial.

Tal es el planteamiento de autores como Lacruz Berdejo (15), que,

---

Ante la existencia de estos preceptos, observamos como, en todo caso, el mantenimiento del hogar familiar se considera como una carga del matrimonio, carga que recae sobre ambos. Sin embargo, tal carga lo es desde el punto de vista de las relaciones que nacen entre los cónyuges, por su sometimiento a un régimen u otro; sin embargo, ello no implica que frente al arrendador la carga no sea exclusivamente del cónyuge arrendatario.

(15) Manifiesta Lacruz Berdejo, que, pese a los problemas que existen sobre la calificación del contrato de arrendamiento, dentro de la sociedad de gananciales, considera que sucrito este constante matrimonio, aun por un sólo de los cónyuges, si el

régimen del matrimonio es el de gananciales, el arrendamiento tendrá la condición de ganancial:

«Un tema no resuelto por el Cc. es el de la naturaleza de los arriendos —en particular los de inmuebles— concluidos por un cónyuge constante: la comunidad... La Ley es muy poco expresiva en este punto: tanto el Cc. como la LAU. Los arts. 1.346 y 1.347 del Cc., están redactados pensando en cosas y derechos sobre ellas; a lo más, en derechos de crédito, pero no en posiciones contractuales mixtas de obligación y derecho, como la del arrendatario, obligado a pagar la renta. Ahora bien, ello no es motivo para relegar a tales posiciones, sin más, al grupo de los bienes privativos, como si la simbiosis de derecho y deber hicieran imposible su trasferencia al consorcio... Los dos (los cónyuges), son entonces *cónyuges titulares*, a los efectos del art. 96 del Cc., que cuando habla de cónyuge no titular, no pretende negar la posibilidad de un arrendamiento común, sino referirse al caso de la propiedad individual de la vivienda o el arrendamiento por un esposo antes de la boda...»

(Tal valoración, entiendo, se hace teniendo en cuenta que el régimen económico matrimonial sea el de gananciales, y que el contrato de arrendamiento se celebre una vez contraído matrimonio. Cuestión diferente es que se realice el contrato con anterioridad, o que el régimen económico del matrimonio no sea el de gananciales expresado. Ahora bien, el carácter común que se predica por el autor deviene de la ganancialidad del mismo, no del hecho de su condición de vivienda familiar que le otorgue tal carácter). LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, IV, en «Derecho de familia», Bosch, 1984, p. 420-1.

Planteamiento semejante parece seguir Rebolledo Varela, al indicar, refiriéndose al arrendamiento concertado constante matrimonio, en régimen de gananciales;

«Que tratándose de arrendamientos, concertados vigente matrimonio y bajo el régimen de gananciales, ambos cónyuges son cotitulares a efectos de los arts. 24 y 58 de la LAU, sin que a ello sea oponible la dicción literal del art. 24, que habla de «inquilino que hubiera celebrado el contrato», entendiéndolo referido a aquel que firma el documento.

Esta forma de ver las cosas no supone, en absoluto, que estos artículos de la LAU queden sin contenido, por lo que se refiere al cónyuge en general. Estamos ante un supuesto en que el Cc. permite considerarlo también como titular del arrendamiento, aunque de forma expresa no figure en el contrato, cuando el arrendamiento ha sido concertado vigente matrimonio y bajo el régimen de gananciales; argumento no aplicable, al menos, con igual fundamento, cuando el régimen económico sea el de separación de bienes o el arrendamiento se haya celebrado antes del matrimonio: aquí sí hay cesión o subrogación del cónyuge, en cuanto *no hay base para mantener la cotitularidad...*»

REBOLLEDO VARELA, A.: *La vivienda familiar y la LAU* (comentario sobre la sentencia de la AP de La Coruña citada de 10 de noviembre de 1983), «La Ley», 1984, II, pp. 503 y ss.

Vázquez Gundín, al estudiar el alquiler celebrado constante matrimonio, atribuyó igualmente carácter ganancial al mismo, al señalar:

«Que el arrendamiento es un contrato fundamentalmente oneroso, de los otorgados a título oneroso, es indudable. Por consiguiente, contrátese a nombre del marido, que es lo corriente, contrátese a nombre de la esposa, el arrendamiento o alquiler es un bien, cosa o derecho ganancial, con las particularidades correspondientes a un contrato semejante de tracto sucesivo sobre la propiedad ajena...»

El autor, no obstante, planteaba ya los problemas derivados de tal calificación, a la hora de disolverse la sociedad de gananciales por muerte de cualquiera de los cónyuges (único supuesto previsto en tal momento) al indicar:

«En general, se tiene en cuenta lo dispuesto por el art. 1.426, de que el remanente líquido se divide por mitad entre las dos personas o ramas llamadas a distribuirse los bienes gananciales.

Ahora bien, en un arrendamiento no puede imponerse al propietario de la cosa arrendada la partición en dos mitades, ni el carácter comúnmente personal y restrictivo de dicho contrato suele ser muy propicio a extenderlo más allá de los cónyuges; ...resulta pues, que la partición ordinaria no puede extenderse a los arrendamientos.

Pero eso no quiere decir que los contratos durante el matrimonio hayan de circunscribirse al disfrute por el marido; antes al contrario, deben suponerse otorgados para ambos esposos que constituyen la comunidad conyugal...»

no obstante, estudia el arrendamiento entre las figuras de difícil calificación dentro de la sociedad de gananciales.

Un criterio semejante ha seguido la jurisprudencia marcada por nuestros tribunales (16), dejando constancia de la «titularidad en mano común», que ostentan ambos cónyuges sobre el derecho arrendaticio, siguiendo ciertamente los postulados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la DGRN sobre la naturaleza germánica de la comunidad ganancial.

Admitir el carácter ganancial del arrendamiento así celebrado, nos lleva a admitir que a los efectos del artículo 96 del Código civil ambos cónyuges serían titulares de la vivienda familiar (17).

Fuera del supuesto mencionado, el criterio es el de admitir que si la vivienda fue arrendada por un cónyuge antes de contraer matrimonio, o sometido el mismo a régimen de separación, por ejemplo, pertenece ésta privativamente al contratante (18).

VÁZQUEZ GUNDÍN: *Falsa expresión de la Ley. Arrendamientos Matrimoniales*, en «RCDI», 1946, pp. 443 y ss., en concreto ver p. 445.

Semejantes dudas a las anteriormente manifestadas plantea FONSECA GONZÁLEZ; al estudiar, ya respecto a la actual regulación de la sociedad de gananciales, la dificultad para valorar el arrendamiento como ganancia partible al disolver el régimen. Señalando al mismo tiempo que tal arrendamiento no encuentra cabida en los arts. 1.406-4.º y 1.407, ni en el 1.397 del Cc.

Sin duda, señala, el arrendamiento cumple una función dirigida a cubrir una necesidad familiar más que a la creación de un derecho inventariable, considerado como ganancia o beneficio...

*La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la Sociedad de Gananciales*, en «RDP», 1983, pp. 261 y ss.

(16) Se refieren a la ganancialidad del derecho arrendaticio sentencias como la del TS de 24 de febrero de 1956 y la de 30 de noviembre de 1960:

«Que la demanda, ex-esposa del demandante no es un precarista frente a éste, pues habiendo contratado el marido el inquilinato de la finca en cuestión el 26 de enero de 1952, título de su posesión constante matrimonio... en cuyo piso objeto de aquel contrato se estableció la familia, los esposos y sus hijos; es indudable que esa adquisición, como todas las realizadas por cualquiera de los cónyuges constante matrimonio, ha de estimarse ganancial, por cuanto ese es el régimen, el de gananciales, presunto en Castilla, y por consiguiente, disuelta la sociedad, ha de sujetarse ésta a su liquidación, y quienes miembros de esta comunidad poseen, no pueden decirse precaristas, sino copartícipes por efectos de aquella presunción...»

Igual criterio se desprende de la sentencia del Juzgado de Distrito de Santiago núm. 1 (sentencia apelada ante la AP de La Coruña, vid. nota 9).

(17) Entiendo que la titularidad a la que hace referencia el citado art. 96 presupone la exigencia de titularidad real, no puramente formal como pueda ser la que ostenta un cónyuge formalmente, bajo el régimen de gananciales, por ejemplo, aunque la titularidad material corresponda a ambos cónyuges, por ser un bien de naturaleza ganancial.

(18) Tal es el planteamiento de los autores señalados, v. nota 15.

Se manifiesta igualmente en el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 18 de Madrid, dictado en diligencias de depósito de mujer casada, considerando como bien parafernial el derecho de arrendamiento de que era titular la esposa, con anterioridad al matrimonio:

«Que doña F. ha justificado con el contrato de inquilinato... recibos de alquiler, e incluso por el reconocimiento expreso de su marido, que por lo menos desde principios de junio de 1939 es la titular arrendaticia... del cuarto... en el que... al contraer matrimonio... en 1948 con DA., fue éste a vivir... por lo que el carácter parafernial de tales bienes y derechos resulta de lo dispuesto en los arts. 1.381 y 1.382 del Cc...»

## b) El carácter común del arrendamiento derivado del carácter familiar de la vivienda

Dentro de tal posición, se parte de la base de que celebrando un contrato de arrendamiento sobre una vivienda, con la finalidad de que la misma constituya el hogar familiar, o si llega a constituirlo efectivamente, tal arrendamiento se considera común a ambos cónyuges, con independencia del régimen económico al que ambos se sometan, del momento de la celebración del contrato y de quién fuera el cónyuge que formalmente aparece como arrendatario.

Tal planteamiento se acerca, en determinados casos, al sistema legalmente establecido para la vivienda familiar arrendada, en determinados ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el francés o el belga (arts. 1.751 y 215 de sus respectivos Cc.) (19).

— El artículo 1.751 del Código civil francés atribuye carácter común a la vivienda arrendada, por el hecho de constituir la sede de la familia, con independencia del régimen económico del matrimonio, así como del momento de la adquisición del derecho y de quién fuera efectivamente la parte contratante-arrendataria.

Tal carácter común, da origen a una solución concreta para el

---

Con la admisión del carácter, entonces parafernial de la vivienda arrendada, se admite indirectamente que fuera de aquellos casos en que el arrendamiento se celebrara constante matrimonio, el mismo no tiene la condición de arrendamiento común, sino privativo del cónyuge que lo contratara efectivamente.

(19) Señala el art. 1.751 del Cc. francés:

«El derecho de arrendamiento de local, que no tenga carácter profesional o comercial, que constituya efectivamente la habitación familiar de los esposos, es, cualquiera que sea el régimen económico entre los esposos, y, no obstante, toda convención en contra, lo mismo si el arrendamiento se concluyó antes del matrimonio, reputado como perteneciente a uno y otro esposo.

En caso de divorcio o de separación de cuerpos, este derecho podrá ser atribuido, considerando los intereses sociales y familiares existentes, por el juez que conozca de la demanda de divorcio o separación, a uno de los dos esposos, con la reserva de los derechos de recompensa o indemnización en favor del otro esposo.»

Quizá el criterio recogido por el citado precepto es el que quiso seguir el legislador del proyecto inicial de la Ley en el art. 96 del Cc., al incluir la necesidad de *compensación*, en el pár. 1.º

Por su parte, el art. 215 del Cc. belga, establece:

1. Un esposo no puede sin el consentimiento del otro disponer entre vivos, a título oneroso o gratuito de los derechos que pesan sobre el inmueble que sirve de domicilio principal a la familia, ni hipotecar este inmueble.

Si el esposo cuyo acuerdo es necesario, lo denegare, sin motivos graves, el otro cónyuge podrá pedir autorización del Tribunal de 1.ª Instancia, y en caso de urgencia al presidente de este Tribunal para formalizar el acto él sólo.

2. El derecho al arrendamiento del inmueble arrendado por cualquiera de los cónyuges incluso antes del matrimonio, y afectado en todo o en parte para vivienda principal de la familia, pertenecerá conjuntamente a ambos cónyuges, no obstante cualquier convenio en contrario.

Los desahucios, notificaciones y mandamientos judiciales, relativos a dicho arrendamiento deberán dirigirse o notificarse separadamente a cada uno de los esposos o emanar de ambos.»

caso de atribución como consecuencia de una crisis matrimonial, prevista en el párrafo 2 del citado precepto; la atribución exclusiva de tal derecho arrendaticio en favor de uno de los cónyuges, en virtud de sentencia judicial, se viene a considerar como una atribución preferencial inter vivos, que produce la pérdida de todos los derechos arrendaticios por parte del otro cónyuge (cotitular anterior del arrendamiento), pero que a su vez supone una atribución a título oneroso, puesto que el cónyuge cesionario habrá de indemnizar al otro, bajo forma de recompensa a la comunidad, o bajo forma de indemnización.

Tal regla es de aplicación precisamente para aquellos arrendamientos sometidos a la Ley de 1 de octubre de 1948 —Ley arrendaticia— (20).

Por otro lado, el carácter común que se predica de la vivienda familiar en arrendamiento, supone la existencia de un proindiviso sobre la misma entre los cónyuges, sin que se traduzca de forma diferente según el régimen matrimonial existente entre los cónyuges (21).

— El artículo 215 del Código civil belga establece la misma solución de comunidad, estableciendo por su parte reglas concretas para la buena marcha de la relación externa con los arrendadores.

(20) PONSARD (AUBRY ET RAU): *Droit Civil français*, T. VII, 7.<sup>a</sup> ed., LT.1973, pp. 56 y ss.

(21) Señala PONSARD (*Ob. cit.*, nota 105) que la Ley, al atribuir la condición de común al arrendamiento, crea una ficción jurídica para introducir una solución nueva. Tal atribución no debe considerarse como parte de la comunidad matrimonial, si los esposos están casados bajo tal régimen, sino como titularidad indivisa entre ellos.

Tal postura se mantiene frente a aquellos que consideraban que el carácter común del derecho de arrendamiento debería traducirse de manera diferente según el régimen matrimonial de los cónyuges (de forma que si el régimen era el de comunidad, el derecho de arrendamiento debería ser considerado como perteneciente a tal comunidad) (En tal sentido, PATARIN, en *RTDC*, 1962, pp. 421-454).

Al considerar común de tal forma el arrendamiento, y no ganancial, se imponen consecuencias, sigue señalando, como el hecho de que si el arrendador pretende resolver el contrato de arrendamiento, necesariamente habrá de dirigirse a ambos cónyuges, porque si no lo hace, su reclamación frente a uno de ellos sería inoponible al otro.

Mantiene igualmente este planteamiento la Jurisprudencia francesa: S. de 13 de noviembre de 1965 (Cour d'appel de Paris, DS 1966-54): «Que en los términos del art. 1.751, modificado por la Ley de 4 de abril de 1962, el derecho de arrendamiento de la vivienda que constituye efectivamente el domicilio de los esposos es cualquiera que sea su régimen matrimonial, y, no obstante, toda convención en contrario, lo mismo si el arrendamiento se ha concluido antes del matrimonio, se considera que pertenece a uno y otro cónyuge, y está jurisprudencialmente reconocido, que el esposo no firmante del arrendamiento, se considera cotitular con el que lo concluyó aun antes de la Ley. Considerando entonces que el arrendamiento es indiviso... todos los actos extrajudiciales deben ser comunicados a ambos esposos...»

(En igual sentido, S. de 1 de marzo de 1967, Amiens, DS 167- somm 110).

Sobre la naturaleza del derecho común atribuido a ambos esposos, como pro indiviso, y no determinable en función del régimen económico del matrimonio en concreto, la S. de 22 de octubre de 1966 (Cour d'appel de Paris) DS 1967. 471. (Señala que lejos de instituir entre los esposos una comunidad particular, en la que el marido sería el jefe, el art. 1.751, dispone que el arrendamiento se considera común a uno y otro esposo, creando una indivisión que confiere a cada uno de ellos derechos y obligaciones idénticos, de forma que cuando el desahucio ha sido sólo opuesto frente al marido, éste resulta válido, sin que, sin embargo, el mismo puede oponerse a la esposa, la cual continúa teniendo la condición de arrendataria...).

Sobre la base de este planteamiento inicial, nos interesa analizar:

a) Cuáles son las motivaciones y planteamientos que en concreto conducen a considerar común el derecho arrendaticio sobre la vivienda familiar, teniendo en cuenta la ausencia de preceptos como los anteriormente mencionados, existentes en los ordenamientos jurídicos vecinos.

b) Cuáles son las soluciones propuestas para calificar el derecho que se atribuye al cónyuge ocupante de la vivienda familiar, tras adjudicársele por sentencia de separación, nulidad o divorcio.

### 1. *Motivaciones*

El carácter común mencionado se venía apoyando con anterioridad a las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, en la mutación operada en el alquiler de la casa-habitación, que se hacía común (aun alquilada con anterioridad al matrimonio) por la necesidad de vida común de los cónyuges, establecida por el artículo 56 del Código civil (22), y por el hecho de que normalmente los gastos derivados del mantenimiento de la vivienda habían de ser atendidos con el patrimonio común, sobre la base de lo establecido por el párrafo 5.º del artículo 1.408 del Código civil (23).

A tal valoración se unía quizá, el hecho de que el artículo 68 del Código civil (antecedente en cierto modo de los actuales arts. 103 y 96 del Cc.) hablase de «la vivienda común», frente al actual calificativo de «vivienda familiar» (24).

Actualmente, tras las mencionadas reformas, las tesis que apoyan el carácter común de la vivienda familiar arrendada, lo hacen, en su mayoría, basándose en la interpretación de los artículos 1.320 y 96 del Código civil en su actual redacción, dejando igualmente al margen de sus planteamientos el régimen matrimonial vigente entre los cónyuges.

Se habla para algunos autores de la existencia de una coposesión real de ambos cónyuges sobre el derecho arrendaticio, no prevista en el artículo 445 del Código civil, aunque la titularidad formal pertenezca tan sólo a uno de ellos (25); afirmándose de forma más tajante

---

(22) Establecía el anterior art. 56 del Cc.: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

(23) Art. 1.408 del Cc.:

«Serán de cargo de la Sociedad de Gananciales:

...5. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges». (Vid. en este sentido lo indicado al final nota 14).

(24) Lo que podía hacer pensar que ya desde el principio el legislador le estaba atribuyendo tal carácter comunitario, o de cotitularidad sobre la citada vivienda.

(25) Así, ROCA TRÍAS, p. 612:

«Efectivamente, en el Código civil, para los matrimonios regidos por sus disposicio-

por otros, como Sancho Rebullida (26), que el arriendo concertado por un cónyuge constante matrimonio —o antes en contemplación al mismo— para hogar familiar, tiene la condición de arrendamiento conjunto.

En escasas ocasiones se ha manifestado la jurisprudencia de los tribunales sobre este punto, al menos sea directamente, salvo para calificar la ganancialidad o no del derecho arrendaticio, pero sin atribuir normalmente el carácter común a la vivienda familiar arrendada por razón diferente que no sea la indicada ganancialidad (27). No obstante, recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este punto en su sentencia de 31 de octubre de 1986 (28).

---

nes, aún en régimen de separación de bienes, la vivienda familiar se usa en común por ambos esposos; existe pues, una real coposesión, en el sentido de que posee más de una persona la misma cosa, aunque se trate de algo cuya titularidad exclusiva corresponda a uno sólo de los cónyuges. Se trata de una situación no prevista en el art. 445 del Cc., por cuanto se trata de una comunidad familiar básica en la que, de hecho, ambos cónyuges poseen... Cuando por acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, o por disposición judicial se atribuye a un cónyuge el uso de la vivienda familiar excluyendo al otro... lo que ocurre es más simple: se elimina la situación de posesión compartida para pasar a una posesión exclusiva por aquel a quien se ha atribuido el derecho a usar la vivienda.» (Comentario art. 96, *Comentario a reformas de Derecho familia. I*, Tecnos, 1984).

(26) SANCHO REBULLIDA (LACRUZ-SANCHO): *Elementos...*, ob. cit., p. 272.

(27) Viv. nota 16.

Alguna sentencia, no obstante, plantea el carácter común de la vivienda familiar en función del criterio de unidad matrimonial, al menos sea veladamente; tal es el caso de la S. de 27 de junio de 1980 de la AP de Tarragona, en la que tras analizarse si existe causa de resolución de un contrato de arrendamiento por vía del art. 62-4.º de la LAU (ocupación por el inquilino de dos o más viviendas en la misma población sin ser indispensables), cuando una de las viviendas era ocupada por la esposa y la otra por el esposo, ambos separados legalmente, se señala:

«Y si bien en casos de matrimonio, se entiende que dentro del concepto de inquilino cabe incluir también a la esposa, cuando sea ésta la que tenga a su disposición la otra vivienda, en virtud del principio de unidad matrimonial... no puede extenderse el mismo a aquellos supuestos en que existe separación matrimonial, bien sea legal o de hecho, ya que en tales supuestos se quiebra el citado principio de unidad matrimonial...»

(28) S. del TC núm. 135/86, de 31 de octubre («La Ley», 15 de enero de 1987, 657-TC) de la que recogemos algunos de sus fundamentos jurídicos:

«Sexto: ...Es evidente que en el caso presente no se puede negar a la que recurre esa atribución y relación con la cosa, es decir, su derecho a la posesión arrendaticia adquirido mediante contrato suscrito por su marido (alquiler de vivienda para uso familiar), el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión, obviamente posesión común o coposesión (posesión indivisa admitida por el art. 445 del Cc.). Será así, la del marido una titularidad formal a los efectos de terceros e incluso procesal caso de contienda...

Como oportunamente recuerda el MF, el art. 96 «in fine»,... prescribe que para disponer de la vivienda, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes, o, en su caso, autorización judicial. Esto indica, aparte de que el precepto parece referirse a la disposición dominical (enajenación o gravamen) que, en buena interpretación no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que *el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho «ope legis» o lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura*. Igual atribución, por otra parte, y para situaciones normales... establece el art. 1.320:... Normas ambas que

Merece creo, algún comentario la citada sentencia, que encuentra su punto de partida en unos hechos cada vez más comunes:

Por sentencia de separación se atribuye a la esposa e hijos del matrimonio el uso y disfrute de la vivienda familiar, que fuera arrendada por el marido como único contratante arrendatario (29). La propietaria y arrendadora del piso, ante la falta del pago de las rentas, interpone la correspondiente demanda de desahucio por falta de pago contra el marido (único firmante del contrato como arrendatario); la esposa, enterada del procedimiento, reclama ser parte en el mismo, lo que se le deniega, incluso en apelación, por no ser parte material en la relación arrendaticia, ni, por tanto, legitimada por ser parte en el proceso.

Ante la rebeldía del esposo, se decreta el desahucio solicitado, recurriendo la esposa en amparo, ante el Tribunal Constitucional, ante lo que considera manifiesta indefensión.

El Tribunal Constitucional, que concede el amparo solicitado, *resuelve* adoptando una postura favorable al carácter común del arrendamiento, precisamente con apoyo en los citados artículos 1.320 y 96 del Código civil. Estos son sus argumentos:

1. Existencia de carácter coposesorio del arrendamiento sobre la vivienda, derecho que nace mediante el contrato celebrado por el marido, que, sin embargo, no ostenta la exclusividad ni de la titularidad ni de la posesión —coposesión admitida por el artículo 445 del Código civil—. Fundamento de D.º 6.º

2. El párrafo 4.º del artículo 96 del Código civil atribuye a ambos cónyuges el derecho que el contrato de arrendamiento configura, de la misma forma que el artículo 1.320 lo hace para situaciones normales del matrimonio. Fundamento de D.º 6.º

3. El artículo 96-4.º, crea un litisconsorcio pasivo necesario, considerando que ambos cónyuges se encuentran en la misma situación contractual, debiendo, por tanto, ser demandados ambos para la resolución del contrato de arrendamiento.

Parece pues, que cuando los artículos 1.320 y 96 exigen el consentimiento de ambos cónyuges para la validez, tal consentimiento se interpreta como codisposición que implica la cotitularidad sobre la vivienda familiar arrendada.

---

corresponden a la tónica moderna legal de protección del interés común familiar, *que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario.*

Séptimo:... Es evidente, en efecto, que el art. 96 del Cc., *ha creado un litisconsorcio pasivo necesario, al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento, con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual...*»

(29) No consta en los antecedentes fácticos mencionados en el FD 4.º, si la vivienda se alquiló antes o constante matrimonio, ni siquiera cuál era el régimen económico del matrimonio. Esto pone en evidencia el planteamiento del TC, que prescinde de tales datos porque la atribución del carácter común de la vivienda arrendada corre por derroteros diferentes al análisis sobre la posible ganancialidad o no del derecho.

## 2. Naturaleza del derecho de uso y disfrute sobre la vivienda arrendada

La solución difiere, evidentemente, de la otorgada por aquellos que estiman que el arrendamiento es privativo del cónyuge contratante, tanto si se apoya la vía de la subrogación del derecho, como si el camino elegido es diferente.

Si se parte de que constante matrimonio, en todo caso la titularidad deviene común a ambos cónyuges, el derecho del cónyuge no firmante del contrato nunca podrá tener su origen en una subrogación, sino en el propio contrato inicial, pese a que determinados autores admiten la existencia de tal subrogación aun partiendo de la idea de comunidad (30).

Siguiendo este criterio y los planteamientos anteriormente mencionados, se afirma:

a) Por algunos, que al atribuirse judicialmente la vivienda al cónyuge no firmante del contrato, se produce una supresión de la situación posesoria compartida, para dar paso a una posesión exclusiva de aquel de los cónyuges a quien se ha atribuido el derecho. De esta forma, el título que ostenta el cónyuge cesionario, no es otro que el de poseedor, siendo sus obligaciones las que derivan de la posesión (31).

b) Por otros, como Sancho Rebullida (32), que cuando el juez adjudica el uso del piso o casa alquilada a uno de los cónyuges, se concentra en él, a efectos de goce del inmueble y pago de la renta, la titularidad arrendaticia, y sin que ello suponga cesión, transmisión, subrogación, sucesión, ni novación en el contrato de arrendamiento, sino adaptación del elemento subjetivo del mismo a la situación legal del matrimonio.

c) Ambos criterios son utilizados igualmente por la anteriormente citada sentencia del Tribunal Constitucional, al considerar al cónyuge adjudicatario de la vivienda como arrendamiento de la misma, manteniendo posición semejante a la del firmante del contrato.

Sin embargo, la citada sentencia parece seguir cauces diferentes postulados por Sancho Rebullida, en la medida en que mientras el citado autor excluye de la relación al cónyuge contratante, tras la adjudicación al otro, el Tribunal Constitucional parece admitir que aun tras la citada exclusión de uno de los cónyuges en el uso de la vivienda, tan obligado al cumplimiento de las obligaciones dima-

(30) Vid., en este sentido, la opinión de BATLLE en nota 10.

(31) ROCA TRÍAS, E.: *Ob. cit.*, p. 612. También hace semejante mención ISAAC AGUILAR: *Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal*, en «RCDI», 1986, núm. 577, p. 1730, recogiendo tal postura como mayoritaria de la doctrina.

(32) SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 272.

nantes del contrato, lo es el cónyuge excluido como el adjudicatario de la vivienda; debiendo, por tanto, el propietario arrendador, en todo caso, demandar el cumplimiento a ambos cónyuges.

### III. POSICION CRITICA. PLANTEAMIENTO DE POSIBLES SOLUCIONES

#### A)

#### a) Ante la atribución como subrogación de derechos arrendaticios

Como hemos podido observar (33), ampararse en las soluciones subrogatorias previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos para calificar el derecho que nace en la persona del cónyuge adjudicatario de la vivienda familiar, resultaría en determinadas ocasiones más beneficioso para la seguridad del tráfico, y con ello para la posición del arrendador de la vivienda.

No creo, sin embargo, que este sea el cauce adecuado para la calificación del derecho. Existen, a mi entender, algunas razones que imposibilitan tales planteamientos:

#### 1. *Carácter temporal de la atribución frente al definitivo de la subrogación*

Tanto el artículo 103, párrafo 2.º, del Código civil, como el artículo 96 del mismo cuerpo legal, prevén la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar con un carácter temporal (34):

a) En el primer supuesto —artículo 103— porque se establece la posible atribución de la vivienda familiar en fase de medidas provisionales. La temporalidad de la atribución, por tanto, se encuentra en la propia provisionalidad de las medidas en las que se confiere.

La atribución del uso de la vivienda se produce una vez admitida

---

(33) Vid. *supra* I A) respecto a las conclusiones a las que se llega de admitir la existencia de subrogación arrendaticia, en cuanto a las relaciones entre el arrendador y el subrogado.

(34) Art. 103: Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...»

Art. 96: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar... corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular...»

a trámite la correspondiente demanda de separación, nulidad o divorcio, y mantiene su vigencia mientras dura el procedimiento correspondiente hasta la firmeza de la sentencia.

b) En el segundo supuesto —artículo 96 del Código civil— es el propio precepto el que marca tal carácter temporal, aunque, ciertamente, por motivos diferentes a los señalados en el supuesto anterior:

— *En el párrafo 1.º*, se contempla la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en atención al ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos menores, y, en definitiva, teniendo en cuenta la existencia de los mismos y la necesaria protección de su entorno familiar (35).

Por ello, si como señala Luna Serrano (36), nos encontramos ante la atribución de un derecho subjetivo «per relationem», al alcanzar la mayoría de edad los hijos (37), o dejar de depender efectiva-

---

(35) Lo que implica considerar que tal atribución se haga a los hijos de la misma forma que al cónyuge —ostentando semejante posición y derechos—, valoración que, según opina Sancho Rebullida, supondría acudir a una interpretación literal del precepto, al suponer que el derecho a los hijos sea de la misma naturaleza que el del cónyuge que mantiene la guarda y custodia sobre los mismos. Frente a tal interpretación literal, señala el autor, cabe oponer que, el propio art. 94-4.º del Cc. sólo pone límites a la enajenación de la vivienda cuando el uso de la misma corresponde al cónyuge no titular, de forma que si el que ocupa la misma es el cónyuge titular, no existe tal limitación dispositiva (ni, por tanto, la exigencia de que se acudiera al necesario consentimiento de los hijos supuestamente titulares del derecho atribuido, según esa interpretación literal). SANCHO REBULLIDA: *Elementos del Derecho civil, ob. cit.*, nota 8, pp. 259 y ss.

En sentido contrario se manifiestan, sin embargo, autores como Cobacho Gómez, que manteniendo el carácter asistencial de la medida, considera igualmente a los hijos como titulares de la vivienda:

«Al atribuirse el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge con que conviven, parece que los hijos menores o incapacitados son titulares de un derecho de goce conjunto con dicho cónyuge, y ello con independencia de la titularidad sobre la vivienda...» (*El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos*, en «Rev. Derecho», de Murcia, 1985).

Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, parece evidente que la atribución de la vivienda en el supuesto del número 1 del artículo 96, se produce en favor esencial de los hijos, al señalar: «No resulta difícil apreciar que la resolución viene dada casi independientemente del cónyuge y con la sola atención de la residencia de los hijos menores. No es posible que éstos inicien una peregrinación domiciliar a partir del día de la separación de sus padres; por eso, la ley dispone: la casa y el ajuar familiar para los hijos. Se aprovecha de ello el cónyuge a cuyo cuidado quedan.» (*Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, ley 30/1981, de 7 de julio, edita «R.D.P.», Madrid, 1981, p. 422).

(36) LUNA SERRANO: *Ob. cit.*, p. 357.

(37) Carece en este punto el precepto del carácter contundente que le otorgaba la redacción propuesta al pár. 1.º del art. 96 la enmienda núm. 373 presentada al Proyecto de Ley por el PNV:

«El uso de la vivienda familiar (corresponderá) a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan, hasta que alcancen éstos la mayoría de edad...»

Tal modificación se justificaba en la necesidad de evitar la permanencia del cónyuge no titular en la vivienda «in eternum». No obstante, y si bien, la finalidad perseguida me parece correcta, creo que el establecimiento de tal plazo —la mayoría de edad de los hijos— como límite a la permanencia en la vivienda familiar, hubiera resultado injusto, por cuanto la mayoría de edad no determina en la mayoría de los supuestos

mente de sus padres y alcanzar de forma definitiva vida independiente, la causa o razón de ser de la atribución de la vivienda cesa, dejando de tener sentido que continúe gozando de la misma el cónyuge adjudicatario.

En definitiva, pues, si los hijos son la causa de la atribución, ya desde el origen de la misma se prevé que no va a durar definitivamente, sino tan sólo el tiempo en que la causa exista.

— Idéntico argumento al anterior será aplicable al supuesto previsto en el *párrafo segundo*, para el caso de que la decisión judicial sea la de atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular de la misma, con el que queden parte de los hijos.

También en tal caso, entiendo que la atribución depende, en cuanto a su duración, del ejercicio de la guarda y custodia sobre los menores, aunque quizá puedan tenerse en cuenta en este caso también intereses diferentes, como los mencionados en el *párrafo tercero*, al que hacemos referencia a continuación:

— *El párrafo tercero*, aunque no determina un límite de tiempo concreto, como propusiera el PNV en una enmienda presentada al Proyecto de Ley sobre el artículo 96 (38), sin embargo, establece de forma clara el carácter temporal de la atribución, dejando en manos del juez la determinación en concreto de la misma: (por el tiempo que prudencialmente se fije... podrá atribuirse el uso al cónyuge no titular,... no existiendo hijos...).

Al analizar, pues, las posibles vías de atribución judicial de la vivienda familiar, observamos que en todos los supuestos, no se adjudica ésta con un carácter definitivo. Tal planteamiento se opone a las formas de atribución en favor de un cónyuge previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos en sus artículos 24 y 58.

Los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, contemplan en todo caso, una transmisión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento con un carácter definitivo, de forma que transmitido el derecho, no cabe su recuperación posterior, salvo, claro está, que se produzca una nueva subrogación si ello fuera posible (39).

---

la existencia de independencia de los hijos, por lo que parece más correcto que fuera el juez, el que atendiendo a las circunstancias de cada supuesto, determine un límite en tal permanencia.

(38) El PNV proponía en la enmienda núm. 347 presentada al Proyecto de Ley sobre el citado párrafo, el establecimiento de un límite temporal determinado, para evitar la permanencia «in eternum» del cónyuge en la vivienda:

«No habiendo hijos... por el tiempo que prudencialmente se fije, y que no excederá en ningún caso de dos años...»

Considero más flexible y adecuado el sistema establecido en la actual redacción, siempre y cuando el juez efectivamente establezca tal plazo en la sentencia, o en todo caso las condiciones para la extinción del derecho, atendiendo a cada supuesto de crisis matrimonial concreto.

(39) En tal sentido, FUENTES LOJO: *Ob. cit.*, p. 427. ROCA TRÍAS: Comentario al art. 96 del Cc. en *Comentarios a las reformas de derecho de familia*, vol. I, Tecnos, pp. 607 y ss. RAMS ALBESA: *Ob. cit.*, p. 112.

Si admitimos, no obstante, que la atribución ha supuesto una subrogación de las previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos, ¿qué ocurriría en el previsible supuesto de que el juez llegue a extinguir el derecho atribuido al cónyuge no titular? (40).

Se ha dicho, quizá con la finalidad de dar explicación a este problema, que tal cesión de derechos y obligaciones resulta ser de «ida y vuelta» (41), porque el titular no usuario recuperaría su posición en el momento de la extinción del derecho del cónyuge usuario. Tal postura, no obstante, aparte de crear un tipo de cesión no prevista por la Ley de Arrendamientos Urbanos, sería el origen de una situación de inseguridad para el propietario de la vivienda, quien de buenas a primeras se encontraría con un nuevo cambio, al recuperar el titular inicial, su condición de arrendatario, una vez extinguido el derecho de su cónyuge.

## 2. *Otros problemas derivados de la aplicación de los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos*

Todavía existen otras razones que impiden ver en las atribuciones del artículo 96 del Código civil una subrogación de derechos arrendaticios:

— *El cónyuge cedente ha de ser contratante inicial* (art. 24 de la LAU). Tal es la exigencia del artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para la validez de la subrogación, en la medida en que se exige que la subrogación la efectúe el titular del contrato: (art. 24-1.º: «No obstante... el inquilino que hubiera celebrado el contrato de arrendamiento, podrá subrogar en los derechos y obligaciones...).

Ante tal exigencia, pensemos ahora en aquellos casos en los que la titularidad del cónyuge no tenga su origen en el contrato, sino en una subrogación inter vivos o «mortis causa», previstas por los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, respectivamente (42). Adquirida de tal forma la titularidad, el cónyuge será

---

(40) Supuesto que podrá producirse por cualquiera de las circunstancias siguientes:  
— Por el cese de la convivencia de los hijos con el cónyuge usuario de la vivienda, de forma definitiva.

— Por el no uso, abandono... definitivo de la vivienda.

— Por el cambio de las circunstancias que motivaron su atribución como parte más interesada.

En tales casos procedería la extinción del derecho, pero conforme a la LAU no cabría la recuperación del derecho por el otro cónyuge, porque tal derecho ya se perdió con la subrogación efectuada.

(41) CASTRO GARCÍA, J.: *La intervención judicial en la aprobación, modificación y ordenación del convenio regulador*, «II Simposio de Derecho Matrimonial y Familia», Pamplona, 1982.

(42) Caso, por ejemplo, del hijo que recibe la vivienda arrendada por subrogación al fallecimiento del padre, titular del contrato, por vía del art. 58 de la LAU, o del hermano con quien convivía, que le cede su posición arrendataria por vía del art. 24 de la LAU.

«titular» a los efectos previstos en el artículo 96 del Código civil, pero no puede ser considerado como tal a los efectos de poder transmitir su condición arrendaticia por vía del artículo 24 (43).

Ante tal problema, las conclusiones a que podríamos llegar serían algunas de las siguientes:

a) Cuando la titularidad del cónyuge no usuario no tiene su origen en el contrato, no será posible la atribución de la vivienda familiar al otro cónyuge, pese, incluso, a que se le atribuya la guarda y custodia sobre los hijos (contraviniendo así el tenor del art. 96 del Código civil, por imposibilidad material de tal atribución), puesto que no cabe la subrogación en que la atribución consiste.

b) Ante tal situación continúa siendo posible la atribución de la vivienda, pero hay que admitir que el cauce no se encuentra en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Considero que lo adecuado es inclinarse por la segunda de las opciones, lo que nos permite afirmar que al menos en los supuestos en los que el cónyuge titular del arrendamiento no sea el contratante inicial del arrendamiento, la vía de atribución de la vivienda familiar no puede ser la de la subrogación establecida por el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

— *Número de subrogaciones permitidas por el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.* Si la vía elegida para determinar la naturaleza de la atribución de la vivienda es la del 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, nos encontramos igualmente con una serie de problemas que pueden oscurecer tal camino.

El artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos restringe el número de subrogaciones por fallecimiento a dos, consumidas las cuales no se permiten ulteriores transmisiones. Ante tales limitaciones, nos preguntamos qué solución ha de otorgarse al supuesto de atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular, cuando el titular lo sea en virtud de la última subrogación permitida (44).

También en este punto las soluciones pueden ser varias:

a) Si el cónyuge titular es el último subrogado, no cabe la atribución al otro, porque ésta traspasaría el límite de subrogaciones permitido, siendo motivo suficiente para la resolución del contrato de arrendamiento por vía del párrafo 5.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

b) Admitir que, al ser una subrogación establecida judicialmente, o «ex iudice», como consecuencia de la separación, nulidad o di-

---

(43) En tal sentido, FUENTES LOJO: *Ob. cit.*, p. 427. REBOLLEDO VARELA: *Ob. cit.*, p. 505.

(44) El actual arrendatario ha recibido, por ejemplo, la vivienda en virtud de subrogación efectuada al fallecimiento de su padre, que a su vez la recibió del suyo; con lo cual ya no sería posible una subrogación más, porque ello daría motivo al arrendador a resolver el contrato por cesión fuera de los cauces legalmente establecidos.

vorcio, tal subrogación se impone, aun consumido el número de subrogaciones permitidos, imposibilitando la resolución del contrato de arrendamientos por la causa anteriormente citada. Solución de la que hablaremos posteriormente.

c) Admitir que la atribución de la vivienda familiar se produce al margen de los cauces establecidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, fundamentalmente porque esta Ley especial adolece de tal cauce.

Nuevamente nos inclinamos por la última de las opciones, considerando que habría que buscar una solución fuera de la Ley de Arrendamientos Urbanos si se pretende que la atribución pueda llevarse a cabo.

— *La aplicación analógica del artículo 58 al supuesto que contemplamos.* En aquellos casos en que la vía elegida para la calificación del derecho del cónyuge no titular es la del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se pretende su aplicación analógica a los supuestos de separación, nulidad o divorcio.

El cauce elegido es el de la permisibilidad prevista por el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Requisito indispensable para tal aplicación analógica es, conforme al artículo 4 del Código civil, la semejanza entre el hecho que se pretende regular y el regulado por la norma que se trata de aplicar. Tal semejanza, en nuestro caso, se trata de establecer entre el fallecimiento del cónyuge titular del arrendamiento, que produce la ruptura del vínculo matrimonial, y los supuestos de separación, nulidad o divorcio del matrimonio.

En este sentido, entiendo que resulta excesivamente forzado acudir a tal semejanza, que quizá sería posible establecer entre los casos de atribución por divorcio o nulidad del matrimonio (en tanto que al igual que con el fallecimiento, son causas de disolución del matrimonio). Sin embargo, es totalmente inadecuada la aplicación de tal criterio analógico cuando de separación matrimonial se trata.

— *¿Existencia de una cesión «ex iudice» de los derechos arrendaticios?* En la medida en que la decisión de adjudicar la vivienda familiar a uno de los cónyuges viene determinada por la decisión del juez, al no haber llegado los cónyuges a un acuerdo sobre el particular, sí podríamos pensar en el carácter forzoso de la adjudicación.

Admitir, sin embargo, que tal atribución supone una «cesión ex iudice» de derechos arrendaticios, como se ha opinado (45), sería

---

(45) En contra de tal postura, se manifiestan autores como Díez Picazo, que no ve posible en los supuestos de atribución de la vivienda familiar la existencia de una subrogación «ex iudice», señalando que aunque así fuera, el carácter judicial de tal cesión, impediría la aplicabilidad de la causa de resolución del contrato de arrendamiento por vía del art. 114-5.º de la LAU (resolución por desocupación de la vivienda por cuanto tal desocupación obedecería a justa causa).

DÍEZ PICAZO: *La situación jurídica del matrimonio separado*, en «RDN», 1961, pp. 15 y ss.

concluir algo que ni el Código civil ni la Ley de Arrendamientos Urbanos contemplan.

Ante la inexistencia de preceptos legales concretos, nos preguntamos qué significación y consecuencias tendría la cesión así entendida:

a) ¿Supondría que al ser impuesta, tal imposición afecta no sólo al arrendatario, sino también al arrendador?

b) ¿Supone que se hacen innecesarios los cauces establecidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a la notificación de la cesión, o en su caso que la misma habría de practicarse de oficio? (46).

c) ¿Hemos de pensar que al ser forzosa la cesión no le afectan a ésta las limitaciones legales previstas para los demás casos? (límite en el número de subrogaciones «mortis causa», carácter de contratante inicial que ha de tener el cedente inter vivos...)

Evidentemente, tales planteamientos podrían ser admisibles, si, como señalamos, aparecieran previstos legalmente, sin embargo, esto no ocurre; de los artículos 103 y 96 del Código civil no se puede llegar a tales conclusiones, entre otras cosas porque en ellos ni siquiera se trata el problema de la vivienda arrendada directamente (47).

Sólo en aquellos casos en los que el cónyuge titular lo fuera en virtud de un derecho real, como el de propiedad, por ejemplo, podría pensarse que la atribución judicial al otro cónyuge constituye una cesión forzosa, un arrendamientos forzoso impuesto a aquél. En otro caso, la carga va a recaer, directa o indirectamente sobre el arrendador.

Tal criterio es utilizado, por ejemplo, por el legislador francés en su artículo 285 del Código civil, resolviendo el problema de la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular a través del llamado «bail force» (48).

---

(46) El art. 103 del Cc. prevé la adopción por el juez de las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada cónyuge.

Podría pensarse entonces que dentro de tales medidas estuviese la notificación de oficio al propietario de la vivienda arrendada, como medio de dar cumplimiento a lo previsto por la LAU, garantizando de esta forma el uso y disfrute de la vivienda familiar por el cónyuge no titular de la misma (al producirse la notificación de esta forma se evitaría posiblemente la acción del arrendador para solicitar la resolución del contrato de arrendamiento por cesión fuera de los cauces legalmente establecidos).

(47) Existen algunas legislaciones en las que sí se prevé tal atribución «ex iudice», para aquellos casos en los que la vivienda familiar se encuentra arrendada, aun en detrimento del arrendador:

Tal es el caso del art. 6-2.º de la Ley italiana de 27 de julio de 1978, donde se especifica que si la vivienda se asigna al esposo que no es el titular del contrato de arrendamiento, éste sustituirá al otro en la relación contractual independientemente de la voluntad del arrendador, ya sea en caso de separación o de divorcio.

El art. 1.657-2.º del Code civil du Bas-Canadá, a través de «le maintien dans le lieu», que es fuente de subrogación de derecho establecida por la Ley, para el cónyuge que se queda en la vivienda familiar arrendada no siendo titular del contrato.

(48) Art. 285: «Si el local que sirve de vivienda a la familia pertenece en propiedad o personalmente a uno de los esposos, el juez puede cederlo en arrendamiento al otro esposo:

1. Cuando la guarda de uno o varios hijos le hubiera sido confiada a aquél.

Ahora bien, tal solución, como señala Cornu (49), aparece prevista para aquellos casos en que la vivienda familiar pertenece en propiedad al cónyuge cedente; otorgando como ya hemos visto, una solución diferente para los supuestos en los que la vivienda familiar está arrendada.

## b) Ante el carácter común del derecho arrendaticio y los problemas que del mismo derivan

### 1. Falta de previsión legal

Ya hemos indicado más arriba cómo los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que hablan de una cotitularidad arrendaticia, acercan sus posiciones a los criterios marcados por el derecho francés y belga sobre la materia:

El artículo 215, párrafo 3.º, del Código civil francés (50), viene a establecer una regulación semejante a la prevista por los artículos 1.320 y 96 del Código civil español, en cuanto a la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual.

Además de tal precepto, sin embargo, se contempla expresamente

---

2. Cuando el divorcio se hubiese dictado a solicitud del esposo propietario, por ruptura de la vida en común.

En el caso previsto en el núm. 1, el juez fijará la duración del arrendamiento, pudiendo renovarlo hasta la mayoría de edad del más joven de los hijos.

En el caso previsto en el núm. 2, el arriendo no puede concederse por una duración superior a los nueve años, pudiendo prolongarse por nueva decisión. Terminará de pleno derecho, en caso de nuevas nupcias de aquel a quien haya sido concedido. Igualmente si vive en estado de concubinato notorio.

En todo caso, el juez puede rescindir el arrendamiento si circunstancias nuevas lo justifican.»

El mismo criterio aparece contenido en el Cc. portugués, art. 1.793.:

«El juez puede dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges y a su petición, la casa vivienda de la familia, bien sea ésta común, bien sea propia del otro...

El arrendamiento previsto en el núm. anterior queda sujeto a las reglas del arrendamiento de inmuebles, pero el tribunal puede determinar las condiciones del contrato... y hacer caducar el arrendamiento a requerimiento del propietario cuando las circunstancias lo justifiquen...»

(49) Gerard Cornu, establece claramente la diferencia existente entre los supuestos previstos por los arts. 285 y 1.793, como soluciones para los supuestos de vivienda familiar que pertenece en propiedad o personalmente a uno de los cónyuges, y aquellos en los que la vivienda familiar es arrendada, respectivamente. GERARD CORNU: *Les Régimes matrimoniaux*, «PUF», 1981, pp. 265 y ss. En igual sentido ALAIN BENABENT: *Droit civil. La Famille*, pp. 246 y ss. COLOMER A.: *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Litec, 1982, pp. 33 y ss.

(50) Art. 215 del Cc., redactado por Ley de 13 de julio de 1965, establece en su párr. 3.º: «Los cónyuges no pueden el uno sin el otro disponer de los derechos sobre los que se asegura la vivienda familiar... aquél de ellos que no dé su consentimiento al acto, podrá demandar su anulación: la acción de nulidad quedará abierta durante un año a partir del día en que haya tenido conocimiento del acto, sin poder intentarse nunca más allá de un año de haberse disuelto el régimen...»

en estos ordenamientos, una regulación concreta para aquellos supuestos en que la vivienda familiar es arrendada, otorgándole el carácter de arrendamiento conjunto, como ya mencionábamos.

Nuestro Código civil ni prevé una solución específica para el caso concreto del arrendamiento (51), ni permite deducir de preceptos tales como los citados la existencia de tal cotitularidad arrendaticia.

Los citados preceptos permiten entender precisamente la postura contraria, es decir, la posibilidad de una titularidad arrendaticia exclusiva:

— El artículo 1.320-1.º al establecer una limitación a la disposición exclusiva de los derechos sobre la vivienda habitual, añade que tal limitación existe..., aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges.

Por su parte, el artículo 96 posibilita, en su párrafo 3.º, la atribución de la vivienda... al cónyuge no titular de la misma.

## 2. *Problema de los consentimientos*

Parece pues, haberse llegado a la conclusión de comunidad partiendo de la exigencia del consentimiento conjunto para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar, al considerar que el mismo convierte a ambos cónyuges en titulares del derecho que el contrato de arrendamiento configura.

Sin embargo, creo que en este punto existe una cierta confusión, pues, como señala Lacruz Berdejo (52), «la singularidad de este arrendamiento no reside en que forzosamente hayan de ser los esposos cotitulares del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos arrendati-

---

(51) V. nota 5. respecto al comentario sobre la enmienda presentada por el grupo de UCD.

(52) En contra se manifiesta un numeroso sector de nuestra doctrina, que manifiestan que del análisis de los arts. 1.320 y 96 del Cc., se deduce precisamente la postura contraria al carácter común, por cuanto expresamente se está admitiendo que exista una titularidad individual sobre la citada vivienda familiar.

De dichos preceptos lo que se deduce, no es una cotitularidad, sino una indisponibilidad de derechos arrendaticios por voluntad unilateral de dicho titular:

Así, LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, ob. cit., p. 299. DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, T. IV, 1982, p. 192; y también en comentario al art. 1.320 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de derecho de familia*, vol. II, p. 1505. FONSECA GONZÁLEZ, que establece la diferencia, que admitimos, entre los arrendamientos privativos (celebrados con anterioridad al matrimonio), y los celebrados constante matrimonio, comunes en tanto que gananciales, en «RDP», año 1983, pp. 261 y ss. DE LOS MOZOS, se manifiesta igualmente contra tal carácter común al señalar: «en nuestro derecho no se llega a considerar “ex lege” que la titularidad del arrendamiento corresponde a ambos cónyuges, añadiendo que, cuando el derecho sobre la vivienda tenga un carácter personal, un arrendamiento, por ejemplo, no es que se considere que ambos cónyuges son titulares del derecho de arrendamiento, sino que tal derecho es indisponible por uno de los esposos de forma unilateral (Comentario al art. 1.320 del Cc., en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por don Manuel Albaladejo, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, 1982, p. 125).

cios de un esposo por voluntad unilateral, de modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, tras pasarlo o cederlo en los casos en que la ley o el pacto lo permitan...».

No sólo son válidos tales planteamientos para los casos de normal funcionamiento del matrimonio, sino también para los supuestos en que fruto de una situación de crisis matrimonial se atribuye la vivienda al cónyuge no titular; limitación que entonces aparece establecida en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 96 del Código civil.

En definitiva, el problema radica en la interpretación otorgada al tipo de consentimiento exigido por los citados preceptos:

— Si entendemos que tal consentimiento «de ambos cónyuges» supone codisposición, se estará produciendo una equiparación de la posición de ambos cónyuges, equiparando su consentimiento. Criterio que sigue la teoría que ahora criticamos.

— Si entendemos, por el contrario, que el «consentimiento de ambos cónyuges» es diferente en cada uno de ellos, de forma que el que preste el cónyuge no titular contractual no es sino una manifestación del «ius prohibendi», que implica el simple asentimiento.

Considero más correcta esta segunda vía de interpretación, de forma que cuando se exige para la validez de los actos dispositivos sobre la vivienda habitual el consentimiento de ambos cónyuges, el del no titular aparece como un mero asentimiento, y no como elemento esencial del acto dispositivo, en el sentido exigido por el artículo 1.261 del Código civil. Tal asentimiento completa la eficacia del acto.

Parece clara tal postura, desde el momento en que se admite que, en defecto de tal consentimiento, se pueda acudir a solicitar la autorización judicial supletoria, lo que sería impensable si se tratase de un verdadero consentimiento (53).

Podemos pensar que el consentimiento que ha de prestar el cónyuge no titular, es semajente al antiguo consentimiento «uxoris» establecido en el antiguo artículo 1.413 del Código civil (54). aunque expresamente se esté hablando en los mencionados preceptos del «consentimiento de ambos».

---

(53) En tal sentido, LACRUZ: *Ob. cit.*, p. 301. RAMS: *Ob. cit.*, p. 107. ROCA TRÍAS: *Ob. cit.*, p. 613. DÍEZ PICAZO: Comentario al art. 1.320, en *Comentarios a las reformas de derecho de familia*, p. 1505. Matiza este autor, que el consentimiento del titular de los derechos es un consentimiento dispositivo, mientras que el del otro cónyuge es un requisito adicional al negocio jurídico dispositivo, que no puede considerarse como un complemento de la capacidad, que no está limitada, sino que es una declaración de voluntad de las del tipo de las licencias y aprobaciones en que aflora un «ius prohibendi» o derecho de veto, mediante el cual se protege el interés del no titular.

(54) En tal sentido, ver CÁMARA ALVAREZ: *El nuevo art. 1.413 del Cc.*, en «ADC», T. XII, vols. II y III, año 1959, y T. XIII, vol. II, Año 1960.

### 3. *Los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos frente a la admisión de cotitularidad*

Admitir la cotitularidad sobre la vivienda familiar arrendada, en el sentido que hemos venido señalando, nos conduce a claras contradicciones con los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos que permiten la subrogación en favor del cónyuge del contratante. Tales preceptos, en este tipo de subrogación en concreto quedarían vacíos de contenido.

Analicemos las diferentes posibilidades de titularidad arrendaticia formal para, posteriormente extraer las debidas conclusiones:

1. El contrato de arrendamiento se celebró por uno sólo de los cónyuges, antes de contraer matrimonio, y sin albergar la intención de que pueda llegar a constituir la citada vivienda la sede familiar.

Ejemplo: se alquiló el piso en estado de soltero, habitando en él su inquilino sólo, hasta que, posteriormente, al contraer matrimonio se decide que tal vivienda sea el hogar familiar.

2. El contrato se celebró en iguales condiciones que en el caso anterior, aunque albergando la idea de que la citada vivienda fuese el lugar de residencia habitual del futuro matrimonio.

Ejemplo: Decidida la pareja de novios a contraer matrimonio, alquilan con anterioridad al mismo una vivienda, aunque siguiendo en cierto modo las pautas sociales, uno sólo de los futuros contrayentes celebra el contrato de arrendamiento con el propietario del piso.

3. Una vez contraído el matrimonio, se celebra por uno sólo de los cónyuges un contrato de arrendamiento sobre una vivienda, que va a constituir el hogar familiar.

4. Contrato celebrado por ambos cónyuges, constante matrimonio, y apareciendo ambos como arrendatarios de la citada vivienda, en la que pasan a tener su residencia habitual.

El último de los supuestos mencionados (sup. 4.º) no plantea en principio problema alguno. Nunca en tal caso serían de aplicación los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a la subrogación en favor del cónyuge, ya que al ser titulares ambos cónyuges, en iguales condiciones, fallecido, por ejemplo, uno de ellos, el otro continuaría como titular del arrendamiento y no como subrogado en el mismo.

Creo que ya de principio, los artículos citados no aparecieron pensados para tal situación.

Admitiendo (sup. 3.º) el posible carácter ganancial del arrendamiento suscrito por uno sólo de los cónyuges constante matrimonio, cuando el régimen económico del mismo sea el de gananciales, tendríamos que afirmar con Rebolledo Varela (55) que es más que posible

---

(55) Vid. nota 15.

que no fueran aplicables los citados artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (56).

Quedaría por solucionar el problema de la posible aplicación de los citados preceptos en los demás supuestos mencionados (sups. 1.º, 2.º y 3.º para aquellos casos en los que el régimen económico matrimonial no fuera el de gananciales). Supuestos a los que en principio podrían ser aplicables.

Pero, ¿qué ocurre si consideramos que, por el hecho de constituir la vivienda familiar, el arrendamiento sobre la misma es común en todo caso?

Planteadas las cosas de esta forma, carecerían de sentido los preceptos de la Ley arrendaticia referidos a la subrogación en favor del cónyuge del titular, sobre todo si se afirma que el cónyuge no contratante se encuentra *«en la misma situación jurídica contractual que el otro»*, porque, aquél que ya es titular, no necesita de cesión alguna para adquirir unos derechos y posición que ya ostenta.

Podría pensarse, como algunos autores han señalado, que el arrendamiento se hace común si se celebra constante matrimonio, o con anterioridad en contemplación al mismo, pero no en aquellos casos en los que se contrató sin tener en cuenta tal posibilidad (sup. 1.º, *cit.*) siendo, por tanto, éste el único supuesto en el que podría ser de aplicación los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por tener en tal caso el contratante la exclusividad sobre el derecho arrendaticio.

Con tal planteamiento, estaríamos haciendo depender la aplicación de las normas especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos de la exclusiva voluntad del arrendatario.

Como hemos podido observar, ninguna de las posturas mantenidas parecen dar una respuesta convincente a los problemas que inicialmente planteábamos.

Se otorgan soluciones parciales, que, en unos casos hacen inaplicables los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre subrogación arrendaticia; en otros, perjudican la posición del arrendador, cuando éste ha de quedar absolutamente al margen del proceso matrimonial...

Ante la ausencia de una regulación concreta sobre el problema de la vivienda familiar en arrendamiento, semejante a la establecida en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y mientras no se produzca una modificación de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, habrá que analizar el tema de la vivienda familiar arrenda-

---

(56) En principio, por tanto, quedaría excluida la aplicación de los art. 24 y 58 de la LAU (en lo que respecta a la subrogación en favor del cónyuge), para aquellos supuestos en que por separación de hecho o por fallecimiento de uno de ellos, permaneciese en la vivienda arrendada el otro, cuando tal arrendamiento se concertó por ambos cónyuges constante matrimonio, o por uno de ellos en igual situación, si el matrimonio estaba sometido al régimen de gananciales.

da partiendo de la legislación existente, tratando de hacer compatibles los principios especiales sobre arrendamientos urbanos, los establecidos por el Código civil, así como determinados principios procesales que igualmente entran en conflicto.

Para ello, hemos de tomar como punto de partida las siguientes consideraciones previas:

a) Es necesario tener en cuenta que en el problema que nos ocupa convergen dos tipos de relaciones: por un lado, las *relaciones internas* —inter-cónyuges o ex-cónyuges— que, en virtud de lo establecido judicialmente o de lo acordado mediante convenio, crean entre ellos un juego de derechos y obligaciones.

Por otro lado, el campo de *las relaciones externas o de tráfico*, campo de las relaciones contractuales de los cónyuges con terceros, ajenos a los acuerdos de aquéllos, así como a los derechos y obligaciones que nacen entre los mismos tras la separación, nulidad o divorcio, ya sea en virtud de convenio de separación, ya por imposición judicial a falta del mismo.

La exigencia del cumplimiento de las obligaciones nacidas en el ámbito de las relaciones internas, no deben afectar a las que hacen con terceros (casos del arrendador, como posteriormente veremos), que deben ser igualmente protegidas y mantenidas.

b) El legislador ha tratado de proteger el hogar familiar, y la vivienda que constituye su sede, en tanto que lugar de desarrollo y convivencia de sus ocupantes.

Creo, sin embargo, que es necesario distinguir (57) entre el derecho sobre la casa como organización y dirección de los elementos materiales de la vida familiar, es decir, como hogar, y el derecho a la casa como edificio, que puede pertenecer a uno de los cónyuges, familiares o a un extraño.

Tal distinción merece ser tenida en cuenta a la hora de valorar la naturaleza de la atribución por vía del artículo 96 del Código civil.

## B) RELACIONES EXTERNAS E INTERNAS

### a) Campo de las relaciones externas o de tráfico

Dentro de las relaciones entre el cónyuge titular del arrendamiento y los terceros, especialmente el arrendador, nos encontramos con una dificultad inicial, que puede enturbiar el panorama de las mismas:

La mayoría de los arrendamientos, salvo los previstos en el artículo 2-5.º de la Ley Hipotecaria, no tiene acceso al Registro de la Propiedad. Consecuentemente:

---

(57) TRABUCCHI: *Estudios en honor a A. Cicu*, II, Milán, 1951, p. 625.

— No existe medio alguno de hacer constar —registralmente— el carácter familiar de la vivienda arrendada.

— Tampoco tendrá reflejo registral como posible medida de garantía (para el cónyuge no titular y como medida de conocimiento para los terceros) la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma (58).

### 1. *Relaciones con terceros constante matrimonio. Actos dispositivos limitados (art. 1.320).*

El cónyuge contratante, como único titular del derecho arrendaticio, se encuentra en principio facultado para ejercer la totalidad de los derechos dimanantes de su posición de parte contratante.

Ahora bien, al recaer tal derecho sobre la que constituye la vivienda familiar su disponibilidad queda restringida, al exigirse el consentimiento del otro cónyuge (59) o autorización judicial para aquellos actos que impliquen disposición del derecho arrendaticio. Las actuaciones que contravengan tal exigencia se sancionan con la anulabilidad, estableciéndose al mismo tiempo protección en favor de los terceros adquirentes de tales derechos indisponibles, si adquirieron actuando de buena fe.

Tratando de encuadrar las diferentes posibilidades dispositivas en los límites permitidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, nos referiremos:

1. *Subarriendo de vivienda*: Dos modalidades recoge la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 11: el subarriendo total y el parcial (arts. 10 y 18, respectivamente).

El *primero* de ellos, junto con la autorización expresa y escrita del arrendador, exige la entrega al subarrendatario del mobiliario adecuado y suficiente para casa habitación.

Tal actuación, que implicaría evidentemente un despojo para el

---

(58) Señala Isaac Aguilar, que:

«Es cierto que el cónyuge no titular goza del *ius possidendi*, pero, es titular de algo más, que implica una posesión legítima, pero que esta posesión no agota el tema. Creo que es titular de un derecho real, con todas sus características, y, por ello, con la más relevante a efectos de este estudio: es inscribible en el Registro de la Propiedad...» (*Ob. cit.*, p. 1730).

Efectivamente, si la vivienda pertenece en propiedad a uno de los cónyuges, o existe sobre ella una titularidad inscribible, es posible pensar en la inscripción de la atribución en el Registro de la Propiedad, de la misma forma que, en tales casos, complementa la protección del art. 1.320 del Cc. el art. 144 del RH.

Sin embargo, la protección y garantía que puede soportar tal inscripción, no se hace extensible a los supuestos arrendaticios, donde la titularidad inicial nacida del contrato de arrendamiento no tiene acceso al Registro, con lo que los terrenos no pueden quedar amparados de la misma forma, ni el cónyuge no titular puede acreditar frente a ellos una protección, como la registral.

(59) Vid. *supra*, p. 98, respecto al problema del consentimiento exigido al cónyuge no titular del arrendamiento y notas citadas.

cónyuge del arrendatario, requiere, por tanto, para su validez, el consentimiento del citado cónyuge o la autorización judicial supletoria.

Ahora bien, resulta, sino imposible (60), casi impensable que tal subarriendo pueda llevarse a cabo a espaldas del citado cónyuge, y sin su consentimiento, fundamentalmente porque resulta igualmente impensable una subrogación de este tipo sin ocupación.

Por los mismos motivos, parece poco probable una defensa de la posición del adquirente del derecho subarrendatario basada en su buena fe, y a los efectos de no ser perjudicado por la manifestación falsa o errónea del titular sobre el carácter de la vivienda.

El *segundo*, no requiere para su validez el consentimiento del arrendador, ni tan siquiera la prestación del mobiliario adecuado.

El subarriendo parcial no recae sobre la totalidad de la vivienda, sino que puede serlo sobre una o más habitaciones y con distintas personas.

¿Se requerirá en tal caso el consentimiento de ambos cónyuges para la validez de tal actuación?

Podría pensarse, que puesto que lo que se trata de evitar en definitiva con las limitaciones dispositivas es que un cónyuge «pueda dejar en la calle» al otro, en la medida en que esto no ocurra, porque el matrimonio continúa viviendo en la vivienda subarrendada (aunque prescindiendo de determinadas habitaciones), no sería necesario tal consentimiento.

Tal planteamiento, no obstante, creo que no puede ser de aplicación en este caso concreto, porque, la disposición sobre el derecho existe, aunque ésta tenga un carácter parcial.

2. *Subrogación de la vivienda* (art. 24 de la LAU). Tal acto dispositivo queda igualmente vedado a la actuación exclusiva del cónyuge titular.

La subrogación en favor de cualquiera de los parientes citados en el precepto, requerirá, por tanto, el consentimiento del cónyuge no titular, o la autorización judicial supletoria para su validez.

La efectuada sin tal consentimiento podrá ser anulada por el cónyuge en los términos previstos en el párrafo 4.º del artículo 1.301 del Código civil.

Ante este tipo de actuación dispositiva, difícilmente, sin embargo, podrán ampararse los terceros adquirentes en la protección que otorga el párrafo 2.º del artículo 1.320. Fundamentalmente porque la buena fe de los adquirentes del derecho, en este supuesto resulta casi impensable, dada la relación de parentesco y obligada convivencia que se requiere entre el cedente y el cesionario, para la validez de la subrogación, lo que imposibilita el desconocimiento de los subrogados sobre el carácter de la vivienda.

---

(60) Piénsese en un supuesto, casi de laboratorio, en que el cónyuge titular, aprovechando una ausencia del no titular, lleva a cabo la subrogación, procediendo el subrogado a la efectiva ocupación de la vivienda y del mobiliario de la misma.

## 2. *Actos dispositivos limitados tras la ruptura matrimonial (art. 96-4.º del Cc.)*

Dos cuestiones he de mencionar aquí:

1. La imposibilidad, mientras la Ley de Arrendamientos Urbanos no se modifique, de subrogar inter vivos la vivienda familiar, cuando ésta se ha adjudicado al cónyuge no titular del derecho arrendaticio.

Tal imposibilidad resulta no ya del problema de los consentimientos exigidos, sino del propio artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Para la validez de la subrogación es necesario que los subrogados hayan convivido (61) con anterioridad durante un determinado período de tiempo, en la vivienda arrendada con el inquilino titular del contrato. La subrogación, por tanto, sólo sería válida si es el titular contractual el que ocupa la vivienda, pero no si se adjudicó al otro cónyuge, porque entonces, apartado de la vivienda el titular, faltan los requisitos mencionados.

Por otra parte, si la vivienda está tras la separación ocupada por el titular del arrendamiento, éste ya no estaría sometido a la limitación del párrafo 4.º del artículo 96, pudiendo disponer libremente de su derecho sin exigirse consentimiento adicional alguno.

2. Tras la ruptura matrimonial, el único acto, por tanto, vedado a la actuación exclusiva del cónyuge titular, sería el subarriendo de la vivienda.

### **b) Las relaciones entre el arrendador y el cónyuge arrendatario**

Es en este tipo de relaciones donde mayor número de problemas se plantean a la hora de dar una solución a la naturaleza del derecho conferido al cónyuge no titular por virtud del artículo 96 del Código civil.

Hemos podido observar a lo largo del presente estudio, que, en mayor o menor medida, con las soluciones propuestas, puede quedar perjudicado el arrendador cuando, ya lo hemos dicho, no parece lógico que como tercero, tenga que quedar afectado por las consecuencias de un proceso de crisis matrimonial:

a) En unos casos, porque al admitir el cauce subrogatorio se podrían exceder los límites previstos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, en perjuicio de las previsiones del arrendador (que sabe que

---

(61) Art. 24-1.º: «El inquilino que hubiera celebrado el contrato de arrendamiento podrá subrogar en los derechos y obligaciones propios del mismo... a sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales e hijos adoptivos menores de dieciocho años al tiempo de la adopción, *que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada con dos años de antelación. o de cinco años cuando de hermanos se trate...*»

el arrendatario se encuentra en la última subrogación, y no obstante se produce la atribución).

b) En otros casos, porque se pretende considerar como contratante a una persona cuya existencia podía ser incluso desconocida por el arrendador.

En uno u otro caso, el arrendador parece quedar incluido en el juego de las relaciones conyugales, y afecto por su ruptura matrimonial.

Ciertamente, se hubiese regulado de una forma concreta el problema de la vivienda familiar arrendada, en el sentido establecido por la legislación francesa o belga ya citadas, se habría clarificado el tema; el arrendador tendría un conocimiento exacto de con quién contrata, y quién le ha de pagar las rentas.

Sin embargo, no menos cierto es que el clima no era, ni es el propicio, para una regulación que en alguna medida supusiese un gravamen para los propietarios de viviendas.

Ya, sin tener en cuenta los problemas del estilo del que nos ocupa, se ha producido una modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con la supresión de la prórroga forzosa, para los contratos celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985 (62) atendiendo parcialmente al problema social de las viviendas con rentas antiguas.

A ello hay que añadir las recientes quejas de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley arrendaticia, manifestadas por algunos autores (63) precisamente los ataques van dirigidos contra los comentados artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Todo ello, lógicamente parece enturbiar cualquier posible solución que de cualquier forma fuese en detrimento de los posibles «arrendadores de viviendas familiares».

Es posible que con los arrendamientos suscritos a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, puedan obviarse algunos de los problemas que venimos comentando, por cuanto, atribuida la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular de la misma si el contrato tiene una duración determinada, sin posibilidad de prórroga forzosa,

---

(62) RD 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica («BOE» núm. 111, de 9 de mayo de 1985), art. 9:

«Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos:

1. Los contratos de arrendamiento de vivienda o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente RD Ley, tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el art. 57 de la LAU, texto refundido aprobado por D. 4.104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 del Cc.

2. Dichos contratos se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.»

(63) Vid. en este sentido ALONSO DÁVILA: *Sobre la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», RJG núm. 6/1986, noviembre-diciembre, pp. 41 y ss.

parece claro que su permanencia en la citada vivienda habrá de quedar supeditada a la duración efectiva del contrato (64).

Son precisamente las relaciones externas con el arrendador las que mayor número de problemas plantean, precisamente porque resulta difícil marcar los límites entre la relación nacida del contrato y los efectos que sobre las mismas se pueden producir como consecuencia de las relaciones internas que nacen entre los cónyuges fruto de la separación, nulidad o divorcio.

*Ambito de tales relaciones y limitaciones sobre las mismas impuestas por los artículos 1.320 y 96-4.º del Código civil*

1. Constante matrimonio, y posteriormente, tras la ruptura matrimonial y adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge no titular, considero que la relación arrendaticia nacida del contrato celebrado en su día, se mantiene entre los iniciales contratantes (65).

Sus efectos permanecen intactos, así como los derechos y obligaciones de las partes, que continúan siendo las mismas que contrataron.

Poco ha de importar al arrendador cuando contrata, que el arrendatario esté casado o no, porque frente a él, el titular del arrendamiento es, y seguirá siendo la misma persona. Al arrendador, en principio, no debe afectarle si entre los cónyuges existe, constante matrimonio o tras su ruptura, un acuerdo interno sobre el pago de las rentas, conservación de la vivienda u ocupación material de la misma.

Si se pretende en todo caso no entorpecer las relaciones del tráfico, el mejor sistema para garantizar las mismas es evitar que las relaciones entre los cónyuges y sus acuerdos afecten lo menos posible a las relaciones externas.

---

(64) No por ello dejan de plantearse problemas en tales arrendamientos sin prórroga legal. Aunque no se plantea directamente el problema de la atribución de la vivienda, véase en este sentido a MORENO ALVAREZ: *El inquilinato sin prórroga legal (acotaciones urgentes)*, en «La Ley», año 1985, pp. 1196 y ss.:

«Conviene otear de manera global el ordenamiento para indicar aquí que la incidencia del DL 2/1985 se avizora importante. La superficie afectada es breve (art. 57 de la LAU), mas el sistema radicular será extensísimo... a las cuestiones antes indicadas... se agregan otras, como la, en apariencia elementalísima del concepto de arrendatario y del arrendamiento de grupo, pues de la suerte del arrendamiento de grupo dependerá, en parte, la vieja y todavía polémica cuestión, que recobrará nuevos bríos, de si los cónyuges son siempre, a veces, o en ningún caso, arrendatarios "ex lege" respecto a la vivienda que albergue el hogar familiar, que es tema importante del derecho de familia, máxime cuando surge una crisis matrimonial.»

(65) Salvo que la atribución haya sido fruto de convenio entre los cónyuges, de forma que el titular haya subrogado efectivamente la vivienda (su posición arrendaticia) en el otro cónyuge, en cuyo caso, resulta obvio que regirían los preceptos de la LAU sobre subrogación arrendaticia, modificándose en tal momento la relación contractual existente con anterioridad.

Por ello considero que el arrendador contra quien habrá de dirigirse para exigir el cumplimiento del contrato, para el pago de las rentas, o demandar por cualquiera de las causas que originan la resolución del contrato de arrendamiento, habrá de ser contra la parte material de la relación contractual, es decir, contra el arrendatario firmante del contrato (66).

Sin embargo, cierto es que por virtud de las limitaciones establecidas en los artículos 1.320 y 96-4.º del Código civil, tales relaciones contractuales sí pueden quedar afectadas de alguna forma, en la medida en que determinados actos dispositivos dentro del marco de las mismas, exigen para su validez el consentimiento del cónyuge no titular del arrendamiento. Afectación que no existiría de no recaer el derecho arrendaticio sobre la vivienda que es la sede del matrimonio o la familia.

En este sentido, habremos de analizar:

— Cuáles son los actos dispositivos para los que se hace necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

— En qué medida queda afectado el arrendador cuando los mismos se realizan exclusivamente por el cónyuge arrendatario, prescindiendo de tal consentimiento de su cónyuge.

2. Todo acto que realizado por el cónyuge titular en el ámbito de la relación contractual —constante matrimonio o posteriormente tras la adjudicación de la vivienda al no titular— suponga disposición de su derecho en perjuicio del otro cónyuge y de su permanencia en la vivienda, exigirá el consentimiento de este último, o autorización judicial supletoria.

En tal situación incurriría el arrendatario que: a) renuncia a su derecho arrendaticio; b) renuncia a la prórroga forzosa; c) incurre voluntariamente en causa de resolución del contrato o de denegación de la prórroga del mismo; d) se allana en un procedimiento dirigido contra él por el propietario por resolución del contrato, y e) es declarado rebelde en el mismo procedimiento.

En definitiva, en todos estos actos del arrendatario que suponen una disposición del derecho sobre la vivienda habitual, por renuncia del mismo, sería necesario el consentimiento del otro cónyuge; ahora bien, aquí es cuando comienzan a surgir algunos problemas, al intentar encontrar el cauce correcto para que tal consentimiento se preste. Posiblemente, los supuestos más problemáticos sean los de la renun-

---

(66) Sin embargo, de la especialidad de la situación que se crea tras la atribución al cónyuge no titular de la citada vivienda, en virtud de sentencia judicial, por la que el titular ha de abandonar la misma, parece que como señalaba Díez PICAZO (vid. nota 45), sí afecta en cierta medida a la relación contractual, por cuanto parece que el arrendador no podría instar la resolución del contrato de arrendamiento por la actual vía del art. 62-3.º de la LAU, al existir justa causa para la desocupación del titular del arrendamiento (la propia sentencia que le obliga a desalojar la vivienda). Vid. LETE DEL RÍO: *Matrimonio y divorcio*, tit. IV. libro I Cc., art. 96. pp. 741 y ss.

cia al derecho por allanamiento o rebeldía del arrendador, donde las vías de prestación del consentimiento elegidas (67) y de impugnación del cónyuge, no parecen excesivamente claras.

Por otro lado, si el propietario arrendador actuó de buena fe, sin confabularse con el arrendatario que renuncia o incurre en causa de desahucio, entiendo que quedaría amparado por la protección que otorga el párrafo 2.º del artículo 1.320 al adquirente de buena fe (68).

Tal protección considero que se hace extensible a aquellos casos en que la renuncia, etc., se producen por el arrendatario tras la ruptura matrimonial y adjudicación al no titular de la vivienda por cualquiera de las vías establecidas en el artículo 96 del Código civil, si, efectivamente, el propietario continúa actuando de buena fe.

Otro problema, al que haremos referencia al analizar algunos de los supuestos mencionados, es el referente a los problemas de impugnación por parte del cónyuge de cuyo consentimiento se ha prescindido.

Analicemos más detenidamente algunas de las posibilidades de disposición que hemos mencionado:

#### a) *Renuncia expresa*

Tanto del párrafo 1.º del artículo 1.320, como del párrafo 4.º del artículo 96 del Código civil, deducimos la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular del arrendamiento para la validez de la misma. Lo que supone que tal consentimiento es necesario tanto si la renuncia se produce constante matrimonio, como posteriormente, habiéndose adjudicado la vivienda al otro cónyuge.

De esta forma, si el cónyuge titular comunica la renuncia de su derecho al propietario, sin que en el acto intervenga el no titular, éste podrá impugnar dicho acto de renuncia solicitando la anulación del mismo:

— Si el acto de renuncia se produce constante matrimonio, conforme al apartado 2.º del artículo 1.301 del Código civil, el cónyuge no titular dispone de cuatro años para entablar la acción de nulidad, contados a partir del día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que hubiese tenido conocimiento de la renuncia con anterioridad.

— Si la renuncia se produjo una vez disuelto el matrimonio y la sociedad conyugal, ¿será de aplicación igualmente el plazo de cua-

---

(67) Ver en este sentido la solución propuesta por la S. del TC de 31 de octubre de 1986, ya analizada, en la que se establece la necesidad de demandar a ambos cónyuges, admitiendo, por tanto, la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario.

(68) En este sentido entiende Lacruz que si el esposo titular está dispuesto a dejar el arriendo, tiene el refugio de incurrir en causa de desahucio, que si no va acompañado de acuerdo fraudulento con el propietario dará lugar a la extinción del arriendo. LACRUZ: *Ob. cit.*, p. 229.

tro años establecido en el apartado 4.º del artículo 1.301 del Código civil?

En este punto, el problema radica en que el cómputo de plazo previsto por el citado precepto no tiene en cuenta sino las actuaciones anulables efectuadas por un cónyuge constante matrimonio, pero no los supuestos en que como el presente, se puedan producir una vez disuelto el matrimonio y la sociedad conyugal.

Considero, sin embargo, que sigue siendo aplicable el mencionado precepto, pero, en este caso, habría que pensar que el plazo de los cuatro años no comenzaría a contarse desde el día de la disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal (fundamentalmente porque la renuncia al derecho arrendaticio puede producirse mucho después de disuelto el matrimonio), sino desde el día en que tal renuncia se produjo, o, en todo caso, desde el momento en que el cónyuge no titular-ocupante de la vivienda tuvo conocimiento de la misma.

#### b) *Allanamiento y rebeldía*

El supuesto que analizamos es el siguiente: Existiendo o no motivos para la resolución del contrato de arrendamiento, denegación de la prórroga, o desahucio, el propietario de la vivienda interpone contra el arrendatario la correspondiente demanda (69).

Ante la interposición de la demanda, el demandado contesta a la misma, pero se allana, admitiendo, por tanto, los planteamientos del demandante y, por tanto, renunciando indirectamente al derecho arrendaticio; o bien, con las mismas consecuencias prácticas, no comparece en el procedimiento, declarándosele en rebeldía.

Nos preguntamos:

— ¿Tales actuaciones suponen una renuncia al derecho que suponga disposición del mismo y, por tanto requieran para su validez el consentimiento del otro cónyuge?

— En tal caso, ¿sería necesario demandar a ambos cónyuges para que tal consentimiento tenga reflejo en el proceso?

— ¿Cómo se puede manifestar tal consentimiento en otro caso?

Efectivamente, y en principio, en la medida en que el cónyuge titular del arrendamiento está disponiendo de su derecho arrendaticio, por cuanto renuncia indirectamente a él al renunciar a la defensa, sería necesario el consentimiento del otro cónyuge; sin embargo, las vías elegidas para tal actuación no me parecen las adecuadas:

— ¿Exigir el consentimiento supone dar entrada al cónyuge no titular en el procedimiento?

---

(69) Por cualquiera de las causas previstas en el art. 62 de la LAU, o apoyado en cualquiera de los motivos de resolución previstos por el art. 114, actuaciones todas ellas que pueden conducir efectivamente al desalojo de la vivienda para la resolución del contrato.

Dar entrada en el procedimiento al cónyuge no titular del arrendamiento para salvaguardar su posición, supondría considerarle como parte jurídico material de la relación, postura que considero inadmisibles.

Este criterio es seguido fundamentalmente, como vimos más arriba, por aquellos que consideran que el derecho arrendaticio sobre vivienda familiar es común a ambos cónyuges.

Por mi parte, entiendo, que aun en aquellos casos en los que se produce el allanamiento del demandado, o se le declara en rebeldía, no procede la entrada en el procedimiento del cónyuge no contratante, y en este sentido comparto los planteamientos de sentencias como la de 13 de julio de 1984 de la Audiencia Territorial de Valladolid, o la de 22 de septiembre de 1986 de la Audiencia Provincial de Bilbao (70), así como los manifestados por autores como Fonseca González (71), en el sentido de admitir que ni el artículo 1.320-1.º, ni el 96-4.º, son normas que configuren la necesidad de traída a juicio del cónyuge no contratante, porque el proceso no es un acto dispositivo, y además el arrendador no tiene acción contra dicho cónyuge.

Señala el autor que acaso sería conveniente notificarle la demanda al citado cónyuge a efectos de simple información, dando pie con ello a que en juicio diferente pueda demandar al esposo y en su caso también al arrendador si existió confabulación con el mismo.

Tal postura me parece la correcta, de forma que dejando transcurrir las relaciones contractuales entre las partes contratantes, y el procedimiento entablado según los cauces procesales, tal notificación del

---

(70) A. Territorial Valladolid, 13 de julio de 1984 («R.G.D.», 1985, pág. 3579). CDO... que... celebrado el contrato de arrendamiento entre D. E. U. como arrendador y D.A.G. como arrendatario, sin intervención de ninguna otra persona, ni de la mujer del demandado, es obvio que la resolución de la relación arrendaticia ha de suscitarse forzosa y necesariamente entre las partes, únicas intervinientes en el negocio jurídico y únicas a las que afecta la misma, como únicas que son obligadas por el mismo, sin que influya el estado civil de ninguna de las partes...»

Un criterio manifiestamente contrario aparece en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de septiembre de 1986 («La Ley», 31 de diciembre de 1986, 8270-R), en la que se plantea cuestión semejante a la sentencia anterior (demanda contra firmante del contrato de arrendamiento, con exclusión de la esposa en el llamamiento):

«El contrato de inquilinato se concluyó, de modo personal y en forma verbal, entre el titular dominical de la vivienda y el demandado-apelante, sin que en el mismo hubiera intervenido la esposa de este último, *constituyéndose el marido*, hoy demandado, a efectos de lo previsto en la LAU, *en el único titular del contrato*, en su calidad de arrendatario, y sin que su cónyuge pueda ser calificada como una mera conviviente conforme al art. 58 de la LAU, que puede subrogarse en determinadas circunstancias en los derechos y obligaciones del arrendatario, sin que en ningún caso suponga alteración en la posición originaria de los contratantes; y, *dirigida así la acción contra el titular originario, no es admisible la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario...*»

(71) También en contra de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, con lo que ello implica, se manifiesta FONSECA GONZÁLEZ: *La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la Sociedad de Gananciales*, en «RDP», 1983, pp. 268 y ss.

procedimiento pueda dar pie a una reclamación por parte del cónyuge no contratante, frente al titular.

Evidentemente, con tal planteamiento se puede producir un perjuicio para el cónyuge que no intervino en el procedimiento, que probablemente termine con el obligado desalojo de la vivienda, aun habiendo sido adjudicada judicialmente al no titular; sin embargo, creo que tal situación, y la posible reclamación del cónyuge no titular, no tiene su vía dentro de los cauces en que transcurre la relación externa entre el titular y el arrendatario, sino dentro del juego de las relaciones internas.

### **c) Relaciones internas entre los cónyuges o excónyuges**

Constante matrimonio, y con independencia de quién sea el cónyuge titular del arrendamiento, el mantenimiento del hogar familiar, como parte integrante de las cargas del matrimonio, corresponde a ambos cónyuges, con independencia, como ya hemos visto, de que frente al arrendador el único obligado por el contrato sea el cónyuge contratante.

Cuando se produce la ruptura del matrimonio, por separación, nulidad o divorcio, y se adjudica la vivienda al cónyuge no titular de la misma por cualquiera de las vías del artículo 96 del Código civil, ya hemos iniciado que frente al arrendador el obligado por el contrato seguirá siendo el contratante; sin embargo, el planteamiento en el ámbito de las relaciones inter conyugales puede ser diferente:

— Es posible que con la atribución de la vivienda, el cónyuge titular de la misma quede igualmente, frente al otro, obligado —bien por acuerdo entre ambos, bien por imposición judicial— al pago de las rentas y cantidades asimiladas a la misma.

---

«Partiendo de que la legitimación supone una posición que relaciona a una persona con una situación jurídica en litigio, de forma que tal persona es la que debe aparecer en tal litigio, es indudable que el arrendatario, parte en el contrato, está legitimado pasivamente, pues es sujeto de la relación jurídico material.

La traída a juicio del cónyuge no contratante, supondría establecer su interés en la relación jurídico material de forma que su ausencia del proceso implicase la privación de un derecho, sin haber sido oído y vencido en juicio; pero tal interés no es un interés general, sino un interés legítimo y directo que proviene de la Ley o de la relación material discutida, pues si bien tiene un interés general, el mismo no es suficiente... El art. 1.320 no es una norma que configure la necesidad de traída a juicio del cónyuge no contratante, pues no es el proceso un acto dispositivo y el arrendador no tiene acción frente a él, igual que no la tiene respecto del resto de los miembros que forman la familia interesados igualmente...

Queda perfectamente constituida la relación jurídica procesal demandando al contratante, y no hay fundamento legal suficiente para traer a juicio al otro esposo; acaso sería conveniente notificarle la demanda a efectos de simple información, y en pos de evitar fraude en sus intereses, pero no como parte de dicho proceso, sino en juicio distinto, demandando al esposo, y en su caso también al arrendador, caso de que haya existido confabulación para burlar los intereses del cónyuge no parte en el juicio...»

— Pero cabe la posibilidad de que tras la atribución de la vivienda, se exima al citado titular del cumplimiento de tales obligaciones, de forma que se entienda que con la cantidad que en concepto de pensión pueda concederse al ocupante, éste ha de satisfacer, junto con otras necesidades, el mantenimiento de la vivienda arrendada.

Sin embargo, tales acuerdos no trascienden de la relación de los cónyuges, de forma que:

— Ni el arrendatario puede oponer frente al arrendador la obligación de pago y cumplimiento trasladada a su cónyuge, al objeto de que sea a éste al que se reclame.

— Ni el arrendador podrá dirigirse contra quien no es arrendatario.

Ahora bien, si el cónyuge obligado por el contrato, y por los acuerdos internos, no cumple como corresponde, el otro podría verse obligado a hacer frente a tal cumplimiento, por su propio interés (72), pudiendo reclamar posteriormente al reembolso de lo satisfecho al arrendador.

De la misma forma que si en la relación interna resulta obligado el cónyuge ocupante de la vivienda, no titular del derecho, y éste no cumple como le corresponde.

### 1. *Derecho a la vivienda como derecho al hogar. Naturaleza de la atribución*

La segunda cuestión que debíamos tener en cuenta al referirnos a los problemas que se plantean sobre la vivienda familiar arrendada (73), exige realizar un análisis de la finalidad que subyace en el artículo 96 del Código civil, al objeto de descubrir qué es lo que se pretende salvaguardar, y cómo han de encuadrarse cada una de las posibles vías de atribución previstas en el mismo.

*Artículo 96, párrafos 1.º y 2.º: La atribución como contribución al levantamiento de las cargas familiares.* Siguiendo los criterios de autores como Rams Albesa y Luna Serrano (74), debemos señalar:

1. La atribución al cónyuge no titular del derecho arrendaticio, sobre la vivienda familiar en el supuesto 1.º del artículo 96, se produce en tanto en cuanto se atribuye la guarda y custodia al citado cónyuge sobre los hijos menores del matrimonio, encontrándonos, como

---

(72) Piénsese en el caso del desahucio por falta de pago, planteado frente al titular arrendaticio; evidentemente en tal caso, considero más conveniente que el cónyuge ocupante de la vivienda haga frente a tal pago, o consigne las rentas debidas (aún no siendo el obligado al pago frente a su cónyuge), para luego reclamar al efectivamente obligado el reembolso de la citadas cantidades, pero ya no en el procedimiento de desahucio, sino en el correspondiente por incumplimiento de las medidas acordadas judicialmente en la sentencia de separación, nulidad o divorcio.

(73) Vid. *supra*, nota 57.

(74) LUNA SERRANO: *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y Divorcio*, Civitas, 1.ª ed., 1982, p. 357. RAMS ALBESA: *Ob. cit.*, p. 114.

señala Luna Serrano, ante una atribución *per relationem*, que condiciona la génesis del derecho mismo, su ejercicio, eficacia y duración (75).

En este sentido, sí se puede afirmar que la atribución se produce *ex iudice* (76), es decir, en virtud de decisión judicial, y sin que se opere efectivamente transmisión arrendaticia alguna. Se puede pensar entonces que la atribución de la vivienda forma parte del *derecho de alimentos o pensión alimenticia concedida en favor de los hijos*, al que han de contribuir cada uno de los cónyuges, conforme establece el artículo 93 del Código civil (77), de forma que el cónyuge titular contribuye, junto con el pago de la pensión satisfecha en metálico, con la vivienda familiar de que es titular, pudiendo formar parte igualmente de tal contribución, el pago de la merced arrendaticia, cantidades asimiladas a la misma, pago de contribuciones y demás gastos de la vivienda...

Por ello, considero que la expresión utilizada en la redacción inicial dada al precepto: «mediante las adecuadas compensaciones», no debía haberse suprimido

---

(75) Tal criterio aparece plasmado recientemente en las decisiones de nuestros tribunales, como podemos observar en la S. AT Oviedo de 16 de abril de 1984 (RGD, 1985):

CDO... el vigente art. 96 ha prescindido de la idea del «interés familiar» como criterio orientador de la determinación judicial definitiva, y ha señalado las dos vías alternativas utilizables, esto es, el acuerdo de los cónyuges... o en su defecto el puro automatismo legal, por virtud del cual incluso el cónyuge separado de hecho, que abandonó la vivienda, puede verse reintegrado a ella, «ope legis», siempre que a la vez se le conceda la guarda y custodia de los hijos, que son el presupuesto determinante, de suerte que ni es posible disociar el «status» de los menores, de la utilización del domicilio conyugal.

(76) En tal sentido ZANON MASDEU: *El divorcio en España, Ley de 7 de julio de 1981*, ed. Acervo, Barcelona, 1981, pp. 341 y ss.:

«... El excónyuge, que tenga el uso de la vivienda cuya titularidad arrendaticia pertenece al excónyuge apartado, tendrá la posesión de la vivienda en cuestión, *ex iudice*, esto es, en virtud de una decisión judicial, y sin que se haya operado ninguna transmisión de los derechos locativos.»

(77) Fruto de la enmienda núm. 124 presentada al proyecto del pár. 1.º del art. 96, por el Grupo Comunista, se llegó a suprimir del citado pár. 1.º la expresión por la que originariamente se establecía que la asignación del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge e hijos en cuya compañía queden, se haría *mediante las adecuadas compensaciones*.

La supresión se justificaba indicando que al no precisarse en el precepto ni la naturaleza ni el alcance de tales compensaciones, se abría una vía de inseguridad. pues, el cónyuge más débil económicamente, podrá verse privado de una parte sustancial de los beneficios que pudieran corresponderle por otros conceptos, en cuanto compensación por el uso de la vivienda y el ajuar familiar.

Entiendo que quizá la solución correcta hubiera sido establecer precisamente lo que el Grupo Comunista reclamaba: la naturaleza y el alcance de tales compensaciones, en vez de suprimir la referencia a las mismas.

Por otro lado, me atrevo a afirmar que con tal supresión quizá lo que se podía llegar a producir —si efectivamente no se llega a establecer un criterio compensatorio con la atribución— es precisamente la consecuencia que se pretendió evitar con su supresión.

(Vid. Cc. Reformas 1978-1983, Trabajos Parlamentarios II, Cortes Generales, 1985).

Si el cónyuge al que se priva del uso de la vivienda familiar de la que es titular, ha de contribuir además mediante la correspondiente pensión para el sustento de los hijos, y en la fijación de la misma no se tiene en cuenta que al mismo se le ha privado de su vivienda (quedando obligado en determinados casos también al mantenimiento de la misma), podría pensarse que tal actuación proporciona la base de una situación de desequilibrio que en todo caso se pretende evitar a toda costa cuando se produce la ruptura del matrimonio (78).

Parece pues, correcto que tal circunstancia sea tenida en cuenta computándose tal atribución junto con la pensión a satisfacer, en concepto asimilable a tal pensión, por vía del artículo 93 del Código civil; sobre todo teniendo en cuenta aquellos supuestos en los que la

---

No obstante, comparto la opinión de VALLADARES RASCÓN: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Civitas, 1982, 1.ª ed., que prácticamente, tras producirse la reforma, señalaba, en relación precisamente a la supresión de tal expresión:

«La Ponencia del Congreso aceptó la enmienda. Sin embargo, es preciso señalar que, de alguna manera, siempre se producirá algún tipo de compensación. Por ejemplo, la cantidad que cada uno de los cónyuges ha de pagar en concepto de alimentos de los hijos será inferior al no precisar éstos un nuevo domicilio, y la diferencia habrá de ser computada en beneficio del cónyuge titular...» (p. 424).

(78) El tiempo y aplicación práctica de la llamada «Ley del Divorcio» desde su aparición hasta el momento actual, han venido a ratificar los postulados señalados en la nota supra.

La prueba evidente se encuentra con la referencia a las resoluciones que sobre este punto se han producido.

Recogemos alguna de estas resoluciones, donde claramente se lleva a efecto la citada compensación, valorando para ello la atribución de la vivienda:

*S. de 14 de marzo de 1985, AT de Bilbao (RGD 1985, p. 2893).*

CDO... no juzga la sala immoderada la pensión compensatoria establecida en la resolución recurrida, *aun contando entre las disponibilidades económicas de la demandada reconviniendo*, el suelo que en el expediente de medidas provisionales se le atribuye, *y el uso exclusivo por ella de la vivienda familiar, circunstancias ambas ya contempladas por el juzgador en su determinación...*»

(La Audiencia tiene claramente en cuenta, para la determinación, en este caso de la pensión compensatoria en favor de la mujer, no sólo el sueldo, sino, como se pone de manifiesto, el hecho de ser la beneficiaria del uso y disfrute de la vivienda familiar).

*S. de 12 de abril de 1985, AT de Bilbao (RGD 1985, p. 2895).*

CDO... *que la pensión impuesta al actor resulta excesiva como contribución suya personal al levantamiento de las cargas familiares*, no ya en contemplación a su capacidad económica, suficiente para afrontarla, sino *en consideración*, de un lado, al razonable volumen de los gastos (del único hijo del matrimonio) y, de otro, *a la inimputada atribución al mismo y a la esposa a cuyo cuidado queda el uso de la vivienda familiar* que justifican... la fijación de la cantidad recurrida en la suma de 35.000 peséas...

CDO... *que valorada de nuevo en esta instancia la edad de los litigantes, la duración de la convivencia conyugal, la categoría profesional, la aptitud laboral de la esposa, el mantenimiento de la misma en el uso de la vivienda familiar*, se está en el caso de compensar el desequilibrio económico derivado para la esposa, de la separación con la asignación a la misma de una pensión mensual...

(La citada sentencia viene a poner más claramente si cabe: 1.º que para la fijación de la contribución a las cargas familiares se ha de tener en cuenta a quién se atribuye la vivienda familiar; 2.º que tal atribución se toma igualmente como elemento de valoración, para la determinación de la pensión compensatoria, incluyéndose como un elemento más a valorar junto con los mencionados en el art. 97 del Cc.).

renta satisfecha (si el compromiso entre las partes es que la siga abonando el titular arrendaticio), corresponda efectivamente al valor «renta real de la vivienda» en el mercado.

Analizando el problema desde este punto de vista, podemos pensar que lo que se atribuye al cónyuge no titular del arrendamiento es un derecho que forma parte de los alimentos en favor de los hijos; y tal derecho existirá mientras se mantenga la guarda y custodia por el ocupante.

De tal forma se mantiene el derecho, que si la vivienda, como sede física, se llega a perder, en perjuicio de los ocupantes, por la actuación del titular por renuncia al derecho, allanamiento o rebeldía en procedimiento dirigido contra él, sin haber obrado con el correspondiente consentimiento del otro cónyuge, el titular seguiría obligado al cumplimiento de lo estipulado: lo que se traduce en el mantenimiento de la atribución sobre vivienda de semejantes características, o en la satisfacción de igual cantidad al valor real de la renta de la vivienda perdida.

Con ello, quedaría cubierta la relación puramente contractual, que en nada perjudicaría a la interna entre los cónyuges, de forma que si la disposición del derecho se produce contraviniendo lo estipulado por los artículos 1.320 y 96-4.º, el derecho atribuido se mantiene.

*Artículo 96-3.º: La atribución como parte de la pensión compensatoria.* Semejante criterio y argumentación considero utilizable para el supuesto recogido en el párrafo 3.º del artículo 96, *atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular, cuando no existen hijos menores y se considera que sus intereses son los más dignos de protección.*

En este supuesto, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar ya no se produce tomando en consideración los mismos intereses a proteger que en los supuestos anteriores. La atribución no tiene su origen ya en el obligado mantenimiento de los hijos en el hogar familiar, y consecuentemente el cónyuge que conserva la guarda y custodia sobre los mismos.

Se trata en este caso de tener en cuenta, cuál, de entre los cónyuges tiene un interés más digno de protección, que determine la exclusión de uno de los cónyuges en el uso y disfrute de la vivienda, para que el otro sea el que permanezca en la misma, aunque no sea el titular del derecho arrendaticio.

En este sentido, comparto la opinión de Roca Trías (79) cuando señala:

«A mi modo de entender, la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, tiene un marcado carácter asistencial: cuando se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan es una forma de contribuir a las cargas familiares, y cuando se otorga al

---

(79) ROCA TRÍAS: *Ob. cit.*, p. 612.

cónyuge no titular en caso de no existir hijos del matrimonio, se hace en virtud de la protección del interés más digna de ella». A tal opinión debe añadirse, con Rams Albesa (80) que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma se trata de una *sustitución total o parcial de la pensión compensatoria, en la misma línea de pensamiento que inspira el artículo 99* (81). De esta forma, al procederse a la adjudicación judicial del uso y disfrute de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular del arrendamiento, deberían ser tenidas en cuenta entre otras las circunstancias analizadas por el artículo 97 del Código civil para la concesión de la pensión compensatoria, así como el hecho de si el cónyuge titular ejerce profesión en la citada vivienda, o le es imprescindible para el ejercicio de la misma; por ejemplo, la vivienda de cuyo derecho arrendatario es titular (tipo de vivienda con unas características especiales exigidas por el tipo de profesión que desempeñe, etc.). En este sentido, y analizando el derecho, que nace en el cónyuge no titular (atribución como parte de la pensión compensatoria o en sustitución de la misma), lógicamente, habrá de ser tenido en cuenta este dato, *compensando* tal atribución con el importe de la pensión que en metálico se le pueda otorgar al citado cónyuge, para evitar las situaciones de desequilibrio a que aludimos más arriba, y teniendo en cuenta, por tanto, que el cónyuge que sale de la vivienda ha de buscar lugar donde establece su domicilio, así como si el titular desplazado ha de seguir (frente a su cónyuge, puesto que frente al arrendador siempre será el obligado) satisfaciendo las cantidades establecidas en concepto de renta.

En cuanto al mantenimiento por el cónyuge titular, de su posición de arrendatario, pese a la atribución en favor del no titular, me remito a lo anteriormente señalado respecto al párrafo 1.º del artículo 96, en cuanto al hecho de que se han de mantener presentes en todo caso las diferencias entre las relaciones que nacen entre los cónyuges, frente a las relaciones externas con el tercero propietario de la vivienda, entendiéndose que en todos aquellos supuestos problemáticos que se han analizado, y en los que se plantea la posible entrada en juego del cónyuge no titular de la vivienda, haciéndole entrar en el juego de las relaciones externas a las que no pertenece, hay que pensar que cualquier solución que suponga una interferencia de una esfera en la otra, mientras no se modifique la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley de Enjuiciamiento Civil y los preceptos que venimos co-

---

(80) RAMS ALBESA: *Ob. cit.*, p. 116.

(81) En este sentido vid., en lo que respecta a este punto, las sentencias recogidas en nota 77, y comentarios nota 76, que considero trasladables al supuesto del pár. 3.º del art. 96 del Cc., considerando que tal atribución efectivamente forma parte computable en la pensión compensatoria, y que ha de ser tenida en cuenta al efectuar la asignación de la misma.

mentando del Código civil, va a suponer, o una quiebra de principios procesales, o una vulneración de la protección del tráfico.

Lo que, entiendo, nace en favor del cónyuge no titular, con la atribución del uso y disfrute sobre la vivienda familiar, es un derecho al hogar familiar, como parte de la pensión compensatoria en su favor concedida, que en caso de pérdida por su titular en su perjuicio, no hace desaparecer el derecho, sino sustituirlo por un importe igual, o por una vivienda de características análogas a la arrendada.

Es posible pensar que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar arrendada, en los supuestos establecidos por el artículo 96 del Código civil, no suponen una creación de un derecho nuevo, cesión o posesión exclusiva del que era antes coposeedor, sino una forma de contribución a las cargas alimenticias en favor de los hijos, o de sustitución de la pensión compensatoria, lo que daría lugar a que en aquellos supuestos de pérdida del derecho arrendaticio por razones estrictamente nacidas de la relación arrendaticia, y en las que el titular arrendaticio actúe disponiendo de su derecho sin obrar con el consentimiento del cónyuge no titular, no se produzca la pérdida del derecho en el cónyuge al que se atribuye, ni desaparezca, por tanto, la obligación del cónyuge titular, obligando a sustituir, compensando, la sede del hogar familiar, por vivienda de semejantes condiciones, o por importe mensual que permita el acceso a una vivienda de semejantes características.