

1.2. Familia

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CÓNYUGE DEL ARRENDATARIO EN LA VIVIENDA ARRENDADA

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA CONDICIÓN DEL ARRENDAMIENTO DESTINADO A SATISFACER LA NECESIDAD PERMANENTE DE VIVIENDA DE LA FAMILIA.—III. LA NO RENOVACIÓN, DESESTIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y EL ABANDONO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR EL ARRENDATARIO.—IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: 1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO. 2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—V. SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO DEL ARRENDATARIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Nuestro legislador civil no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar o vivienda habitual de la familia, lo que puede dar lugar a ciertos problemas de determinación habida cuenta de los diversos preceptos que se refieren a ella en el Código Civil —entre otros, la protección de la vivienda habitual de la familia (art. 1320); la determinación del carácter privativo o ganancial de la vivienda comprada a plazos por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales (arts. 1356 y 1357); una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 1406.4 y 1407), a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal; y, la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial (arts. 90 C, 91, 96, 103.2 y 104)—, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación»¹. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»². Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, es el lugar donde habitualmente y con

¹ ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 49.

² ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 46 y 194.

continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además seguridad e intimidad³. Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996⁵, conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desa-

³ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 87 y 90; DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGrawHill, Madrid, 1997, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, septiembre-octubre de 1988, núm. 588, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 11-12.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/1030), la considera como «un bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o del ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; en igual sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 21 de noviembre de 2000 (JUR 2001/62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (JUR 2004/25749); y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (JUR 2003/277780). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de febrero de 1996 (AC 1996/263); de la misma Audiencia y Sección, de 8 de septiembre de 1997 (AC 1997/1914); de nuevo de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); y de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 22 de enero de 2003 (JUR 2003/67263), se contempla la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la familia, sino como un bien al servicio del conjunto familiar.

⁴ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. II, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

⁵ RJ 1996/9020. Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 1995 (AC 1995/2306), el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquélla y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 (SP/SENT/143737) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener

rolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Por otra parte, en otro ámbito normativo, pero dentro del campo del Derecho Civil, el artículo 2.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, define la vivienda a los efectos que le son propios como «edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario».

En este contexto, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar⁶; se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen»⁷.

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no sólo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA, «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquirente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes»⁸.

A esta falta de definición hay que añadir que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar; en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones

diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es su intimidad personal y familiar».

⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 28.

⁷ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familia», *op. cit.*, pág. 187.

⁸ RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 99.

preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Ante esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 del CC)⁹. Estamos ante domicilio conyugal cuando existe una relación matrimonial frente al domicilio familiar que, de forma más amplia abarca no sólo aquél sino también donde conviven los miembros de una pareja con hijos o sin ellos, o familias monoparentales, e, igualmente, cuando disuelto el matrimonio no existe ya un vínculo conyugal (art. 93.2 del CC). El domicilio conyugal cumple una función de localización jurídica —por ello se concreta en un determinado ámbito espacial—, y, de identificación del matrimonio; mientras que, la vivienda familiar será la base física del domicilio familiar¹⁰.

ESPIAU ESPIAU atendiendo a la consideración del domicilio conyugal como lugar «de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones», considera que «respecto a terceros, aquél desarrolla una función de localización de ambos consortes, unificando el domicilio individual de cada uno de ellos en una sede común; y entre los cónyuges, se configura como lugar donde se desenvuelve o debiera desenvolverse la relación jurídica que el matrimonio establece entre uno y otro. En este sentido, el domicilio conyugal desempeña una doble función, susceptible de ser diferenciada y que caracteriza su consideración como domicilio: como lugar de localización de la persona, referido a cada uno de los cónyuges, y como lugar de localización de la relación jurídica existente entre ellos»¹¹.

Por su parte, señala CUENA CASAS que no debería tener la consideración de vivienda familiar aquella que no es sede del domicilio conyugal fijado de común acuerdo. De hecho, el artículo 105 del Código Civil parece que utiliza el término domicilio conyugal como sinónimo de vivienda familiar¹².

Lo cierto es que existe una tendencia doctrinal mayoritaria tendente a hacer coincidir la vivienda familiar con el domicilio conyugal o domicilio familiar¹³.

⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, pág. 349.

¹⁰ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992, pág. 37. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/165); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537), que entiende la vivienda familiar como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designo de la autoridad judicial».

¹¹ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, págs. 25-26.

¹² CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 281.

¹³ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 21; GIMÉNEZ DUART, T., «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1981, pág. 88; SANTOS BRIZ, J., «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del

Si bien, no faltan autores que niegan que la vivienda familiar constituya la sede del domicilio conyugal. Así GARCÍA CANTERO piensa que «conviene deslindar ambas figuras en atención a la diferente finalidad que cumplen. Por de pronto el domicilio tiene una función principalmente *ad extra* en las relaciones con los terceros, para realizar pagos y cobros, para recibir notificaciones, etc., por lo cual, en último término, podría sustituirse o reemplazarse por un buzón o un apartado de correos. En cambio, aunque no se excluyen esas funciones externas, lo fundamental en la vivienda y mobiliario familiares son las funciones *ad intra*, de convivencia entre sus miembros, de cobijo y alimentación, de asistencia y formación. El domicilio legal no puede faltar nunca, la vivienda familiar sí, y, aunque exista, ser diferente del domicilio»¹⁴.

En todo caso, la objetivización de la vivienda familiar como sede del domicilio conyugal tiene trascendencia frente a terceros y permite garantizar de manera efectiva la protección que se pretende con el artículo 1320 del Código Civil, amén de una mayor constancia en el Registro de la Propiedad¹⁵.

Por otra parte, la noción de domicilio conyugal se relaciona con la de domicilio familiar, al operar ambos sobre el espacio que sirve de residencia al grupo familiar, y, asimismo, determinan la existencia de un grupo de personas unificadas en ese lugar en razón de su domicilio¹⁶. En los casos de crisis matrimonial la vivienda o domicilio familiar fijado por los cónyuges sigue existiendo y habrá que decidir sobre su uso aunque ya no se llame domicilio conyugal. Tratándose de parejas o uniones de hecho no es posible la existencia de un domicilio conyugal, pero si familiar que, podrá acordarse en los llamados «pactos convivenciales»¹⁷.

Ahora bien, cuando se trata de domicilio conyugal se omite toda referencia a la residencia como base de su existencia; sin embargo, si la vivienda familiar

ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterio judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles (art. 40 del CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar»»; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familia», *op. cit.*, pág. 199; ÁLVAREZ CAPEROCHE, J., *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Madrid, 1988, pág. 299. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de enero de 1992 (AC 1992/36); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 13 de abril de 2011 (JUR 2011/185632).

El artículo 231-3 del Código Civil catalán dispone que «los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges, o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente».

¹⁴ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 71-72. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/359).

¹⁵ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 281-282.

¹⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 349; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familia», *op. cit.*, pág. 197.

¹⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil», en *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, julio de 2012, pág. 77.

es el lugar donde la familia tiene su residencia habitual y se destina a la satisfacción de la necesidad básica de alojamiento de la familia, no parece razonable desvincularla de la residencia efectiva. De forma que, si la vivienda familiar es el lugar de residencia habitual de los cónyuges, se puede presumir que, el lugar donde los cónyuges han fijado el domicilio familiar es el lugar de residencia habitual de la familia¹⁸.

El concepto de residencia habitual coincide con el domicilio y vivienda familiar, pues, el domicilio es precisamente el lugar de residencia habitual, y la vivienda la base territorial de aquél¹⁹.

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos:

1. Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar²⁰, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible²¹; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. De ahí que se excluyan las segundas residencias, fincas de recreo —por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia, por ejemplo, durante los fines de semana—, los locales destinados exclusivamente a uso profesional, o el piso adquirido a tal fin por uno de los cónyuges, pero aun no ocupado, el terreno sobre el que se proponen construir la casa²². La vivienda ha de estar efectivamente ocupada por la familia, sin que sea necesario que, tal ocupación haya tenido lugar

¹⁸ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 283.

¹⁹ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 195. Para las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1940 (*RJ* 1940/1019); de 26 de mayo de 1944 (*RJ* 1944/799); de 18 de septiembre de 1947 (*RJ* 1947/1049); de 25 de septiembre de 1954 (*RJ* 1954/2348); y de 21 de abril de 1972 (*RJ* 1972/1859); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 22 de enero de 2000 (*AC* 2000/383), la residencia habitual supone como elemento fundamental «no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanente en un lugar».

²⁰ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 (*AC* 1993/2235).

²¹ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

²² GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 73-74; HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 588-589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 129; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1566, para quien, sin embargo, quedan incluidas las viviendas con pequeña industria doméstica; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Calos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 204; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, undécima edición, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, 1997-I, pág. 80. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1050), que dispone que la vivienda familiar no alcanza a la vivienda de recreo.

durante un determinado periodo de tiempo, pues, tan habitual es la que está ocupada durante muchos años como la que se habita recientemente²³. Si se habita de forma normal y permanente es porque se entiende que existe intención de hacerlo, es decir, el *animus* se deduce del propio *corpus*. Si bien, no es necesario, aunque no faltan opiniones en sentido contrario²⁴, que concurren ambos elementos para que opere este requisito: objetivo (*corpus*) equivalente a un asentamiento con carácter permanente, y otro subjetivo (*animus*) entendida como intención de que tal asentamiento lo sea con tal carácter; al ser posible que la vivienda ocupada transitoria o provisionalmente, se considere también vivienda habitual mientras tal ocupación tenga lugar. Hemos de pensar en la necesidad de la familia de ocupar otra vivienda temporalmente, mientras se concluye la construcción de la que será la vivienda familiar definitiva. De ahí que, no se autorice a ninguno de los cónyuges a disponer unilateralmente de la vivienda que en ese momento ocupa la familia, mientras tal situación esté vigente²⁵. En todo caso, no basta con residir, sino que se ha de presumir que se hará en un futuro. Es la permanencia y la estabilidad, lo que debe acreditarse, sin necesidad de analizar la intencionalidad del sujeto para entender que una vivienda constituye la sede familiar.

2. Debe ser un lugar habitable. Para ello no se requiere que se cumplan determinadas condiciones de habitabilidad mínimas por más que el artículo 47 de la Constitución Española se refiera a una vivienda digna como premisa. Sólo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda. Es obvio que no todas las personas, según entiende la media de los ciudadanos, tienen una vivienda digna, pero por indigna que sea no deja de ser vivienda. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ, para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella

²³ RODRIGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606, señala que «el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».

Sin embargo, ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 82, señala que la atribución del carácter habitual a una vivienda en el sentido del artículo 1320 viene dado por la concurrencia de dos requisitos: «uno subjetivo, cual es que en ella tenga su asiento y cobijo la familia, es decir, un ente necesariamente pluriindividual; otro temporal, puesto que sólo será verdaderamente habitual una casa cuando se habite durante un plazo de tiempo razonablemente estable».

²⁴ MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVII, 1987, pág. 225, para quien la habitualidad supone el *corpus* y el *animus*.

²⁵ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 286; ELO-RIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 215.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005/148995) consideró vivienda familiar un inmueble en construcción que no había sido ocupado todavía por la familia, y ello porque «dicha vivienda estaba llamada a servir de hogar familiar»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/203692), que se considera que tiene el carácter de vivienda familiar, aunque temporalmente se haya abandonado su uso con motivo de obras de rehabilitación.

se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»²⁶. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo²⁷.

Por otra parte, además de la habitabilidad, la propia redacción del artículo 1320 del Código Civil exige que el inmueble que tenga la condición de vivienda familiar, sea precisamente una vivienda. De ahí que, atendiendo a tales consideraciones existe un punto común de excluir del concepto de vivienda los solares, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales de negocio, construcciones en ruinas, en definitiva a todo espacio que desde una perspectiva objetiva no pueda considerarse como destinado a servir de residencia o morada para las personas²⁸.

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesoriidad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios²⁹. Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del

²⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto de 1987, núm. 581, pág. 1436.

²⁷ TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 34. En este sentido, ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 46-47 quien, desde la perspectiva constitucional, la vivienda familiar admite dos tratamientos diferentes: como bien físico o material y como objeto inmaterial o ideológico. En cuanto bien material da pie al examen en sus fundamentos o presupuestos a regulaciones jurídicas muy variadas desde la urbanística, a los regímenes de producción de vivienda (iniciativa privada, protección oficial, promoción pública, etc.), pasando por los sistemas de adquisición (créditos a la vivienda) y uso (derechos del usuario, calidad de vida y medio ambiente). Y, en cuanto objeto ideológico o bien inmaterial se inserta en el ejercicio de determinados derechos como la intimidad, la inviolabilidad de domicilio.

²⁸ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 34; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 284; LUCINI CASALES, Á., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXVI-1990, núms. 596 al 601, pág. 88; PLANES MORENO, M.^a D., «La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinador: Eduardo HUIJAS FERNÁNDEZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 943.

²⁹ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1437; BELDA SAENZ, M.^a C., «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, pág. 337; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda

Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que, la ley asigna a la vivienda familiar³⁰.

Por otra parte, también plantea cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble³¹. Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada³².

3. Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal³³.
4. La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *routottes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual³⁴.

habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 34. Siguiendo el criterio de la accesoriedad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», *op. cit.*, págs. 224-225; ALEJANDREZ PEÑA, P., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 285, el criterio de la accesoriedad es subsidiario del de segregación; y en el medida en que ésta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

³⁰ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 208-209; HERRERO GARCÍA, «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquél que es a la vez vivienda habitual de la familia.

³¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, undécima edición, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 149.

³² La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de enero de 1994 (AC 1994/156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 17 de enero de 2005 (JUR 2005/64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 2008 (JUR 2008/317478), niega que el garaje forme parte de la vivienda familiar, cuando se trata de fincas registrales distintas.

³³ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 32; ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81.

³⁴ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 213; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 423; MARTÍNEZ

Finalmente, en el caso de existir varias viviendas familiares habituales, por ejemplo, en el caso que uno de los cónyuges tenga que vivir en lugar distinto que el otro cónyuge o sus hijos por razones profesionales, o, cuando los hijos residen en otro lugar diferente por motivo de estudios³⁵. Hay dos posturas doctrinales, las que entiende que puede haber varias viviendas habituales³⁶; frente a quienes sólo consideran que hay una, presumiendo como única vivienda familiar la del lugar donde los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal³⁷. No obstante, el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán posibilita que en situaciones de crisis matrimonial, la autoridad judicial «pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencia si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos», algo que ya se había planteado con el artículo 83 del Código de Familia catalán.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

Centrándonos en la vivienda familiar arrendada, debemos acudir a la legislación específica arrendaticia, ante la escasa regulación que ofrece el Código Civil

DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204.

³⁵ Los artículos 7.1 y 27.2, letra f) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, contemplan expresamente esta posibilidad.

³⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1438, considera que dado que la ley no prohíbe nada impide que haya más de dos viviendas; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 140; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; de la misma autora, «Algunas consideraciones en torno a la protección de la vivienda familiar», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor don José Beltrán de Heredia y Onís*, Salamanca, 1984, pág. 303, señala que ha de reconducirse la cuestión a lo que las partes han decidido; LUCINI CASALES, A., «La vivienda en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *op. cit.*, pág. 92, quien admite su posible existencia, aunque entiende que la determinación final depende del arbitrio judicial; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», en *Actualidad Civil, 1987-I*, pág. 1362; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050).

³⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», *op. cit.*, pág. 1607; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 287; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 429; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 55-56 precisa que, esa segunda vivienda no adquiere el *status* de vivienda familiar en el sentido del artículo 1320 del Código Civil. Asimismo, esa segunda vivienda cumplirá o cubrirá ciertas cargas familiares y, en este sentido, podrá decirse que es una vivienda de la familia, pero salvo que por los cónyuges se determine que sea vivienda familiar, no alcanzará dicha categoría, ya que no debemos olvidar que los requisitos para poder hablar de la vivienda familiar, desde la perspectiva del citado artículo 1320, tienen su origen y razón de ser en ambos cónyuges, no en uno solo, ni en los hijos habidos en el matrimonio.

en concreto, los artículos 1580 a 1582. Así, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que presenta como novedades con respecto a la regulación que contenía el Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964: 1. Se proclama como principio general el equilibrio de las posiciones arrendador y arrendatario, procurando evitar desigualdades de la legislación que se deroga. Para ello, se establece la prohibición de pactar nada que sea perjudicial a la posición del arrendatario; 2. Se atiende a la finalidad principal perseguida por las partes del contrato, dando lugar a dos tipos de regulación, una principal o básica que tiene por objeto un inmueble destinado a vivienda habitual del arrendatario, y otra secundaria o complementaria de la anterior, cuando el arrendamiento tiene otra finalidad como uso distinto del de vivienda o arrendamientos de temporada; 3. Se establece una duración determinada del contrato con posibilidades taxativas y limitadas de prórroga; 4. Se amplían los supuestos de resolución unilateral del contrato a instancias del arrendador; 5. Se limitan a uno los supuestos de sucesión *mortis causa* del arrendamiento; 6. Se establece un sistema automático de actualización de la renta a partir del primer año de vigencia del contrato; 7. Se mantienen los derechos de adquisición preferente de tanteo y retracto, a favor del arrendatario en caso de enajenación de la vivienda; 8. Se establecen reglas específicas de atribución de la condición de arrendatario en los supuestos de adjudicación de la vivienda a persona distinta del arrendatario como consecuencia de los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio³⁸.

Esta norma ha sido recientemente objeto de modificación parcial por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que se compone de tres artículos, de dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y cuatro disposiciones finales³⁹.

El artículo primero se dedica a la modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, en concreto, los artículos 4, 5, 7, 9 a 11, 13 a 20, 23 a 25, 27, 35 y 36. En el artículo segundo, por su parte, se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en concreto, los artículos 22, 164, 220, 440, 497, 549 y 703.

Y, en el artículo tercero se crea el Registro de sentencias firmes de impagos de alquiler de la renta cuya organización y funcionamiento se regulará por Real Decreto. Tiene como finalidad ofrece información a los futuros arrendadores sobre aquellas personas que como arrendatario atesoran un importante historial de incumplimiento de sus obligaciones de pago de renta, lo que queda claramente probado por las diversas condenas en sentencia firme en procedimiento de desahucio por la vía del artículo 250.1.1 o por la vía del juicio verbal —art. 438— ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tal fin, el Secretario Judicial correspondiente remitirá al Registro información sobre las sentencias firmes por impagos de rentas de alquiler de tales arrendatarios. Con ello se pretende que cualquier persona, que quiera arrendar, pueda conocer de antemano, si ese arrendatario incumple asiduamente sus obligaciones o no.

En el mismo sentido que el secretario, los órganos de arbitraje competentes —si se ha optado por esta modalidad de resolución de conflictos—, han de poner en conocimiento del dicho Registro los datos relativos a aquellas personas

³⁸ SERRANO ALONSO, E., y SERRANO GÓMEZ, E., «Manual de Derecho de Obligaciones», T. II, vol. 2, *Los contratos en particular*, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 140.

³⁹ BOE, núm. 134, Sección I, de 5 de junio de 2013, págs. 42.244 y 42.256.

que hayan sido declaradas responsables de impago de rentas de arrendamiento mediante el correspondiente laudo arbitral dictado al efecto.

En este contexto, tendrán acceso a la información que se publique en el Registro, todos aquellos propietarios de inmuebles que, deseen suscribir contratos de arrendamientos sobre los mismos, sean personas físicas o jurídicas. Para ello deberán presentar una propuesta de contrato de arrendamiento en la que se identifique el eventual arrendatario, limitándose la información que se le proporcione, a los datos que consten en el Registro relacionados exclusivamente con dicho arrendatario.

En todo caso, el arrendatario incluido como incumplidor en el registro podrá instar la cancelación de la inscripción en que aparece con tal condición, cuando acredite en el proceso correspondiente, que hubiera satisfecho las deudas a las que fue condenado. De todas formas, la constancia registral de tal situación está sujeta a un periodo máximo de duración seis años, pasado el cual se procederá a la cancelación automática de la inscripción. Se trata de un periodo de caducidad. Aunque resulte obvio mencionarlo, la inscripción en este Registro está sujeta a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por su parte, la Disposición Adicional primera se dedica a la transmisión de información sobre los contratos de arrendamiento que se suscriban con la finalidad de definir, proponer y ejecutar la política del Gobierno relativa al acceso a la vivienda; para ello, el Ministerio de Fomento podrá suscribir instrumentos de colaboración que le permitan obtener información acerca de la localización de las viviendas, de los contratos de arrendamientos que se suscriban con los Registradores de la Propiedad, con los registros administrativos de contratos de arrendamiento, o del depósito de fianzas en aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de ellos, con el Consejo General del Notariado, y con aquellos registros de carácter estadístico que consten en la Administración Tributaria derivados del acceso a beneficios fiscales de arrendadores y arrendatarios. En ningún caso, dicha información contendrá datos de carácter personal protegidos por la legislación en materia de protección de datos⁴⁰.

La Disposición Adicional segunda se refiere al régimen aplicable a las ayudas de los Planes Estatales de Vivienda y Renta Básica de Emancipación. De forma que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley será de aplicación el siguiente régimen de ayudas de subsidiación de préstamos, Ayudas Estatales Directas a la Entrada y subvenciones reguladas en los Planes Estatales de Vivienda cuyos efectos se mantengan a la entrada en vigor de esta Ley y a las ayudas de Renta Básica de Emancipación establecidas por el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre:

- a) Se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos que se vinieran percibiendo.

Asimismo se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos reconocidas, con anterioridad al 15 de julio de 2012, que cuenten con la conformidad del Ministerio de Fomento al préstamo, siempre que éste

⁴⁰ Su inclusión en el texto del Proyecto de Ley inicial fue consecuencia de la enmienda transaccional a las enmiendas número 73 del GP Catalán (CiU) y 122 del GP Popular, que se acordó en el Informe de la Ponencia durante su tramitación en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 21-3, pág. 2).

se formalice por el beneficiario en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley. Sin embargo, quedan suprimidas y sin efectos el resto de ayudas de subsidiación al préstamo reconocidas dentro del marco de los Planes Estatales de Vivienda. Por su parte, no se admitirán nuevos reconocimientos de ayudas de subsidiación de préstamos que procedan de concesiones, renovaciones, prórrogas, subrogaciones o de cualquier otra actuación protegida de los planes estatales de vivienda.

- b) Las Ayudas Estatales Directas a la Entrada que subsisten conforme a la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, sólo podrán obtenerse cuando cuenten con la conformidad expresa del Ministerio de Fomento a la entrada en vigor de esta Ley, y siempre que el beneficiario formalice el préstamo en un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la misma.
- c) Se mantienen las ayudas del programa de inquilinos, ayudas a las áreas de rehabilitación integral y renovación urbana, rehabilitación aislada y programa RENOVE, acogidas a los Planes Estatales de Vivienda hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. Se suprimen y quedan sin efecto, no obstante, el resto de subvenciones acogidas a los Planes Estatales de Vivienda.
- d) Las ayudas de Renta Básica de Emancipación reguladas en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, que subsisten a la supresión realizada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, y por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, se mantienen hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas, del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016⁴¹.

Por tanto, se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos reconocidas antes del 15 de julio de 2012, que cuenten con la conformidad del Ministerio de Fomento, y se formalicen por el beneficiario en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley; las ayudas del programa de inquilinos, ayudas a las áreas de rehabilitación integral y renovación urbana, rehabilitación aislada y programa RENOVE, acogidas anteriores los Planes Estatales de Vivienda; y, las ayudas de Renta Básica de Emancipación hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. Sin embargo, quedan suprimidas y sin efectos el resto de ayudas de subsidiación al préstamo reconocidas dentro del marco de los anteriores Planes Estatales de Vivienda.

En cuanto al régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en concreto bajo la Ley 29/1994, continuarán rigiéndose por la misma, tal como dispone la Disposición Transito-

⁴¹ Su incorporación al texto definitivo fue consecuencia de la enmienda número 105, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, si bien se acordó no incorporar su texto al Anejo del Informe de la Ponencia en el Senado, manteniendo la enmienda para su consideración y debate en la comisión, siendo incluida en el texto de la Ley con su aprobación por la comisión con competencia legislativa plena (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie A, núm. 21-4, de 11 de marzo de 2013, págs. 1 a 12).

ria primera. Si bien, se posibilita que, si las partes lo acuerdan y siempre que no resulte contrario a la previsiones legales de la citada Ley 29/1994, puedan adaptarse los contratos al régimen establecido en la nueva ley.

Respecto a los procesos de desahucio que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley, no les será de aplicación las modificaciones introducidas en el artículo segundo; de forma que se seguirán sustanciándose hasta que recaiga decreto o sentencia, conforme a la legislación procesal anterior (Disposición Transitoria segunda)⁴².

Esta Ley se aprueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a, 6.^a, 8.^a y 13.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales, legislación procesal, legislación civil, ordenación de los registros e instrumentos públicos y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (Disposición Final primera).

Se autoriza, asimismo, al gobierno para que en el ámbito de sus competencias, dicte las disposiciones reglamentarias y las medidas necesarias para el desarrollo y aplicación de esta ley (Disposición Final tercera).

Precisamente, el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, habrá de adaptar el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos a las previsiones contenidas en la nueva Ley, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos, y, asimismo, habrá de modificar los aranceles notariales y registrales aplicables (Disposición Final segunda)⁴³.

Finalmente, se indica que esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (Disposición Final cuarta) —en concreto, el día 6 de junio de 2013—.

Lo cierto es que esta Ley parte de una base real como es que, el mercado inmobiliario español se caracteriza por una alta tasa de propiedad y un débil mercado del alquiler; en concreto apenas un 17 por 100 frente a la media de la Unión Europea próxima al 30 por 100; por lo que España viene a ser el país europeo con mayor número de viviendas por cada 1.000 habitantes, pero también el que posee un menor parque de viviendas en alquiler.

Por otra parte, la grave situación de crisis económica en que se encuentra asumido nuestro país con una tasa de paro cercana al 27 por 100 de la población activa hacen que sea ahora más difícil el acceso al crédito por los particulares; esto unido a una reforma del mercado laboral que exige una mayor movilidad de trabajadores, determinar que el mercado del alquiler se convierta ya no sólo una alternativa a la propiedad, sino la única forma de poder acceder a una vivienda.

De todas formas, nuestro mercado arrendaticio opera principalmente sobre la bases de las relaciones *inter partes*, entre particulares —arrendador y arren-

⁴² Su inclusión en el texto del Proyecto de Ley inicial fue consecuencia de la enmienda transaccional a la enmienda número 160 del GP Socialista, que se acordó en el Informe de la Ponencia durante su tramitación en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 21-3, pág. 3).

⁴³ Su inclusión en el texto del Proyecto de Ley inicial fue consecuencia de la enmienda transaccional a las enmiendas número 34 del GP de UPyD, 75 del GP Catalán (CiU) y 123 del GP Popular; que se acordó en el Informe de la Ponencia durante su tramitación en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 21-3, pág. 3).

datario— más que, como sucede en otros países europeos, por constituir un verdadero mercado profesionalizado, lo que no impide potenciar esta forma de acceso al arrendamiento.

En este contexto, esta Ley tiene por objeto fundamental, según dispone en su Preámbulo, «flexibilizar el mercado del alquiler para lograr la necesaria dinamización del mismo, por medio de la búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de viviendas en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio».

Para conseguir este objetivo:

1. Se refuerza la autonomía, la libertad de las partes, dando prioridad a su voluntad en la redacción de los contratos en el marco de lo establecido en el Título II de la Ley.
2. Se reduce de cinco a tres años la prórroga obligatoria y de tres a uno la prórroga tácita. Para ello se reforman los artículos 7, 9, 10, 11, 13, 14 y 16 de la Ley 29/1994, y los artículos 20.2 y 36 se retocan para acomodar su dicción a la nueva duración de los contratos.
3. En el régimen aplicable a los arrendamientos de vivienda, además de dar prioridad a la voluntad de las partes a la hora de redactar el contrato (art. 4.2) —lo que como se analizará tiene una especial importancia al aumentar el número de normas dispositivas en el Título II de la Ley—, se posibilita en el número cinco del mismo artículo 4 que las partes puedan someter a mediación o arbitraje aquellas controversias que, por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio); y del arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre).
4. La recuperación del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial, si bien se requiere que haya transcurrido el primer año de duración del contrato (art. 9.3).
5. La previsión de que el arrendatario puede desistir del contrato en cualquier momento y una vez hayan transcurrido seis meses y lo comunique al arrendador con la antelación mínima de treinta días (art. 11).
6. La determinación, actualización y elevación por mejora de la renta; para ello se modifican los artículos 17, 18, 19 y 20, este último relativo a los gastos generales repercutibles al arrendatario, cuyo incremento está conectado con la renta.
7. La renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente, en los casos en que se haya pactado la misma (art. 25, apartado 8).
8. La resolución del contrato por falta de pago del arrendatario y subsiguiente desahucio, para ello se añade un apartado cuarto al artículo 27, y se modifican diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de agilizar el procedimiento de desahucio.

Asimismo, con esta Ley se persiguen otros dos objetivos:

1. Dotar de una mayor seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, añadiendo un número 2 al artículo 7, además de modificar varios preceptos en el sentido, por un lado, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que ins-

criban su derecho; y por otro, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no puede resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito.

2. Actuar en situaciones de intrusismo y competencia desleal que van en contra de la calidad de los destinos turísticos. Se refiere el legislador al aumento significativo del uso de alojamientos privados para el turismo. Se pretende frenar estos usos, excluyendo del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos los contratos que tengan por objeto la cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda amueblada comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa. Para ello se añade una letra *e)* al artículo 5. Se trataría de arrendamiento de temporada, para uso distinto de vivienda, pues, no representa otra cosa esa cesión temporal, al que le resultará de aplicación el régimen específico derivado de la normativa sectorial —normativa autonómica— si la hubiera; y de no existir ésta, en el Preámbulo remite al régimen de los arrendamientos de temporada que no sufre modificación; y, en última instancia, a lo previsto en el Código Civil.

Ahora bien, aunque no se especifican en el citado Preámbulo de la Ley, también hay que señalar otras importantes modificaciones en la Ley de Arrendamientos Urbanos en la línea con los objetivos marcados en la actual reforma. Así, por un lado, en relación con la separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario se añade un segundo inciso al número 1 del artículo 15 donde se destaca que al cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamientos para a ser el titular del contrato. Una cuestión objeto de controversia conforme a la legislación vigente —que ahora se resuelve considerándolo el titular del contrato—, y que dejamos aquí apuntada, pues, desarrollaremos esta modificación con más profundidad en otro apartado de este estudio.

Por otro, el legislador añade un número 6 al artículo 4 —que se dedica al régimen aplicable a los arrendamientos urbanos de viviendas— en el que se dispone que las partes pueden señalar una dirección electrónica a efectos de realizar las notificaciones previstas en esta ley, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron. Puede ser realizada por ambas partes.

Asimismo, se aprovecha la reforma para suprimir alguna mención que sobra en el texto legal de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, como la referencia al Título V del artículo 4.1 que, había quedado sin sentido tras la derogación de ese título por la Ley de Enjuiciamiento Civil; o, para añadir alguna que resultaba ser una exigencia legal necesaria como la remisión a la letra *d)* del apartado 2 del artículo 27, que lleva a cabo el artículo 35 como causa de resolución de pleno derecho del contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda.

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar en la situación jurídica del cónyuge del arrendatario en aras a la protección de la vivienda arrendada como vivienda familiar en situaciones como la no renovación, desistimiento o abandono de la vivienda por el cónyuge arrendatario (art. 12), y en los supuestos de nulidad, separación y divorcio al que le atribuyen el uso de la vivienda familiar (art. 15), objeto de una importante modificación en la nueva Ley.

II. LA CONDICIÓN DEL ARRENDAMIENTO DESTINADO A SATISFACER LA NECESIDAD PERMANENTE DE VIVIENDA DE LA FAMILIA

Como hemos señalado, dos de los caracteres que definen la vivienda, ocupación y permanencia se encuentran íntimamente unidos, siendo el primero un componente real y de hecho u objetivo, mientras que el segundo, es intencional o subjetivo. La ocupación con vocación de permanencia es exigida en los artículos 2 y 7.1 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, siendo este segundo una ampliación del primero. Conforme al artículo 2, sólo es arrendamiento de vivienda el destinado a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario; por su parte, del artículo 7.1 resulta que también es arrendatario de vivienda el que no satisface la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, siempre que satisfaga la del cónyuge no separado legalmente o de hecho, o la de sus hijos dependientes. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, los cónyuges están obligados a vivir juntos, presumiéndose que, así sucede, salvo prueba en contrario (arts. 68 y 69 del CC). A consecuencia de esta obligación en los términos expuestos en el anterior apartado, los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, debe resolver el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 70 del CC). Sobre tales bases, la relación entre ambos preceptos permite distinguir entre arrendatario y beneficiario del arrendamiento; esto es, entre quien concierne el arrendamiento y se obliga al pago de la renta y quien va a disfrutar del inmueble como vivienda. En el caso de familia nuclear —cónyuge e hijos del arrendatario—, pueden no coincidir arrendatario y beneficiario, lo que no afecta al régimen del arrendamiento, que será el de vivienda. De forma que, es posible que el arrendatario que convive con su cónyuge del que no se halla separado legalmente o de hecho y/o con sus hijos dependientes, puede dejar de tener en la vivienda familiar por razones laborales o profesionales, por motivos del salud, por ejemplo, su residencia (vivienda) permanente, sin que el arrendamiento de vivienda pierda por ello tal condición, siempre que sigan habitando en ella el cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes. Asimismo, es posible que una misma persona pueda ser titular de más de un contrato de arrendamiento, cuando sus hijos dependientes están cursando estudios fuera de la vivienda familiar, en concreto, en la localidad donde se encuentra la otra vivienda arrendada por el padre y/o madre, habitualmente, por razón de mayor solvencia de los padres; de ahí su elección por el arrendador en lugar de sus hijos, como titulares (firmantes) del contrato de arrendamiento. Por tanto, una persona puede ser titular de varios contratos de arrendamiento de vivienda, pero sólo podrá ser beneficiario de un arrendamiento de vivienda.

De forma que la no permanencia en la vivienda del arrendatario en la vivienda familiar arrendada ha de deberse a cualquiera de las causas expuestas u otras que justifiquen su no estancia en la misma, pues, si se debe a abandono del domicilio familiar, resultaría aplicable el artículo 12 de la Ley 29/1994, o, de ser consecuencia de una situación de crisis matrimonial que, culmina en un acuerdo o convenio o en la adopción de medidas definitivas por el juez en un proceso sobre nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el precepto a tener en cuenta sería el artículo 15 del citado cuerpo legal.

Lo cierto es que, como precisa GUILARTE ZAPATERO, para que el contrato de arrendamiento de vivienda no pierda su condición es necesario que concurra un presupuesto objetivo y otro subjetivo. El primero se ofrece, a su vez, en un doble aspecto: negativo, por una parte, en cuanto implica que el arrendador no

utiliza la finca arrendada como vivienda permanente, y positivo, por otra, que exige la utilización de ésta por determinadas personas. El segundo se refiere, en efecto, a la necesidad de que sean determinadas personas quienes continúen en la vivienda para que el arrendamiento no pierda su condición⁴⁴.

Ahora bien, en este contexto nada impide, obviamente, que los cónyuges, o en su caso, los hijos, que habiten en viviendas distintas, sean titulares en lugar de beneficiarios de contratos de arrendamientos otorgados individualmente. No entrando este supuesto en el ámbito de aplicación del artículo 7.1 por tener los cónyuges y/o los hijos su vivienda permanente en inmuebles arrendados *proprio nomine* o en su propio nombre⁴⁵.

En todo caso, el artículo 7.1 piensa en la hipótesis en que el titular del contrato de arrendamiento es uno sólo de los cónyuges. No así, cuando los dos cónyuges suscriben como titulares el contrato de arrendamiento, o cuando el régimen económico-matrimonial —sociedad de gananciales— que rigen para ello le atribuye el carácter ganancial al contrato de arrendamiento, y, en consecuencia, la condición de arrendatario a ambos cónyuges.

Por otra parte, hay que señalar que, el artículo 7 es una norma imperativa, por lo que el arrendador no puede imponer al arrendatario en el contrato de arrendamiento la renuncia a tal beneficio a favor del cónyuge y los hijos dependientes⁴⁶. Recordemos que el artículo 6 que no ha sido objeto de reforma en la nueva Ley considera nulas y, por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del Título II, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice. Lo que no impide que, pueda considerarse válida una estipulación contractual en la que se limite expresamente el número o la condición de las personas que pueden habitar en la vivienda arrendada de forma permanente, que no sean ni el cónyuge no separado ni los hijos dependientes del arrendatario, incluso aunque en ella deje de residir el arrendatario de forma permanente⁴⁷.

El artículo 7.1 exige que el cónyuge no esté separado legalmente o de hecho y que los hijos dependan del arrendatario. En efecto, en los términos expuestos, si éste deja de habitar la vivienda arrendada por haberse separado de su cónyuge, no resulta aplicable este precepto, sino los artículos 12 y 15, según que la separación haya sido de hecho o judicial. En cuanto a los hijos dependientes son los sometidos a patria potestad (art. 154 del CC) o patria potestad prorrogada (art. 171 del CC), o tutela de los padres (art. 236.2 del CC), porque en estos casos tienen la obligación de tenerlos en su compañía. Dado que el artículo 7.1 no precisa, en virtud de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española y 108 del Código Civil por hijos hay que comprender tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos. Respecto a los hijos mayores de edad, hay que señalar que, el citado artículo 7 ha optado por la expresión «hijos dependientes», a diferencia de la contenida en otros preceptos como el artículo 16.1.c) que emplea

⁴⁴ GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, pág. 94.

⁴⁵ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 33.

⁴⁶ ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, pág. 123.

⁴⁷ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 30.

la expresión «sujetos a patria potestad o tutela»; de forma que en ese concepto amplio se pueden incluir los hijos mayores de edad y emancipados que no se han independizado todavía económicamente y a los que los padres continúan proporcionando alimentos a pesar de no estar sujetos ya a patria potestad o tutela. En la medida en que dependen económicamente del arrendatario⁴⁸. Ahora bien, DÁVILA se pregunta que, si al hablar el precepto de sus hijos dependientes, después del cónyuge no separado habrá de entenderse comprendidos únicamente a los hijos del arrendatario —comunes—; o si también ha de incluir a los hijos del cónyuge. Parece que, la inclusión viene impuesta por el artículo 39 de la Constitución Española y, por la injusticia que supondría excluirlos cuando otras normas del ordenamiento jurídicos (arts. 176.2.2.^a y 1362.1 del CC), tratan de integrarles en la vida familiar⁴⁹.

Al contemplar el precepto sólo al cónyuge no separado y a los hijos dependientes, cualquier otro pariente —hermano, ascendiente— quedan fuera del ámbito de aplicación subjetiva del mismo⁵⁰; por lo que en estos casos para una parte de la doctrina, sólo sería posible utilizando la fórmula de contrato a favor de tercero, con fundamento en el artículo 1257 del Código Civil, ya que no se prohíbe en el seno de la normativa arrendaticia esta forma de contratación, al admitirse la aplicación del Código Civil (art. 4.2 de la LAU)⁵¹. Si bien, por su parte, PANTALEÓN critica una posible interpretación «a contrario» del artículo 7, que acabe llegando a la conclusión de que no caben otros contratos de arrendamiento de vivienda a favor de tercero que, aquellos de los que son beneficiarios el cónyuge no separado o los hijos dependientes de quien se obliga frente al arrendador a pagar la renta, y, en consecuencia, conlleve la no aplicación del plazo mínimo del artículo 9 al arrendamiento por un hijo de una casa para vivienda permanente de su anciana madre, o al arrendamiento de un piso por una sociedad para vivienda permanente

⁴⁸ CLEMENTE MEORO, M., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, Jurisprudencia y formularios)*, coordinador: FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 120; GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 95; ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 119-120; VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* dirigidos por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 159. En contra, LOZANO Y DE FUENTES, V., *Todo sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Praxis, Barcelona, 1994, pág. 25, pues, entiende por hijos dependientes sólo a los hijos sujetos a patria potestad.

⁴⁹ DÁVILA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 62-63.

⁵⁰ GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 95.

⁵¹ LOSCERTALES FUERTES, D., *Los arrendamientos urbanos*, SEPIN, Madrid, 1995, pág. 197; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, págs. 36-37. En contra, ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 122, pues, desde la perspectiva del arrendador, en la Ley de Arrendamientos Urbanos se eliminan casi todos los supuestos de subrogación *inter vivos*, excepto los establecidos en el artículo 12; y el arrendamiento sólo puede cederse con consentimiento del arrendador (art. 8.1). Y, desde la perspectiva del arrendatario, se trata de evitar la circunstancia anómala de que una persona se beneficie en más de un contrato de la protección que concede la Ley de Arrendamientos Urbanos al arrendatario, lo que además entraría en contradicción con lo establecido en el artículo 2.1: que el contrato tenga como destino primordial la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.

de un empleado suyo⁵². En todo caso, no cabe duda que, si quien disfruta de la vivienda no es ni el cónyuge no separado ni el hijo del arrendatario supone una causa de resolución del contrato por la vía del artículo 27.2, letra c) o la del artículo 27.2, letra f) de la LAU. En cuanto a la aplicación de este artículo 7.1 a los casos en los que el arrendatario es persona jurídica, esto es, el caso que arrienda un piso figurando como titular del contrato de arrendamiento y pagando la renta, con la intención de satisfacer la necesidad permanente de vivienda de un empleado suyo, y poco después es trasladado por motivos de trabajo a otro lugar, quedando su cónyuge e hijo en la vivienda arrendada. Cabrían varias posibilidades o considerarlo fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, resultando aplicable el Código Civil, o, entenderlo como un supuesto de arrendamiento de uso distinto del de vivienda, o, en fin, como parece ser un sentir mayoritario en la doctrina, admitir la posibilidad de un contrato de arrendamiento de vivienda a favor de un tercero —empleado (persona física)— designado específicamente en el contrato⁵³. Parece más lógico inclinarse por esta última opción, pues, una persona jurídica en sí misma no puede ser nunca arrendataria, y, en todo caso, habrá de especificarse el destino primordial que, se atribuye al inmueble como es la satisfacción de necesidad permanente del beneficiario concreto designado por la persona jurídica (art. 2.1).

Ahora bien, a diferencia de los artículos 12, 16 y 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el artículo 7.1 no se refiere, además de al cónyuge, a la «persona con quien conviva por análoga relación de afectividad». Es por ello que algunos autores han negado la aplicación del artículo 7.1 al supuesto en que el beneficiario de la vivienda sea la pareja de hecho del arrendatario que no tenga en ella su vivienda permanente, con base a que el precepto tiene su lógica en el deber de convivencia que se deriva del vínculo conyugal (art. 70 del CC), que no existe en las parejas de hecho, por no haber discriminación entre las parejas casadas y no casadas; y, la deliberada intención del legislador arrendaticio de excluir las de su ámbito de aplicación, entre otros⁵⁴. Aunque no faltan también argumentos a favor como la interpretación sistemática de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues, resulta absurdo que para el caso en que el arrendatario abandone la vivienda se prevea en el artículo 12 la posibilidad de que su pareja de hecho se convierta en arrendatario, mientras que de no mediar abandono por parte del conviviente-arrendatario el arrendamiento puede ser resuelto si ésta deja de tener en la finca arrendada su vivienda permanente [art. 27.2, letra f) LAU]; la concepción amplia de la familia prevista en el texto constitucional (art. 39), donde matrimonio y familia no se consideran términos esencialmente coincidentes; y la tendencia jurisprudencial constitucional en los últimos tiempos favorable a reconocer ciertos derechos a la pareja de hecho,

⁵² PANTALEÓN PRIETO, F., «Introducción», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, págs. 24-25.

⁵³ En este sentido, QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 39; ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 128-129.

⁵⁴ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 46; GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 95; VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 161. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de junio de 2005 (JUR 2005/176879).

en concreto, el derecho a subrogarse *mortis causa*⁵⁵. De todas formas, ante las dudas que crea la aplicación a los convivientes *more uxorio* del citado artículo 7.1, se podrían resolver incluyendo en el contrato de arrendamiento su expresa aplicación a los mismos, o asumiendo ambos la condición de arrendatarios o, en fin introducir una cláusula contractual que, produzca los mismos efectos que el artículo 7.1, vinculando el destino primordial a la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario y de su pareja. De no realizarse así, y no tener la pareja hijos dependientes, el conviviente *more uxorio* se vería forzado a alegar el abandono de la vivienda por su pareja y por consiguiente la aplicación del artículo 12, ante la desprotección del artículo 7.1. No obstante, de existir hijos dependientes se resolvería, asimismo, el problema, pues, serían entonces estos quienes tendrían derecho a continuar en la vivienda arrendada.

En este contexto, el artículo 7.1 se aplica sólo para los arrendamientos de vivienda, pues, de no haber previsto nada las partes con respecto a los arrendamientos de uso distinto del de vivienda, habría de aplicarse a estos el artículo 32 de la LAU, esto es, la obligación para el arrendatario de notificar de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes la cesión, pues, de no hacerlo así procedería la resolución de pleno derecho del contrato conforme el artículo 35 de la LAU.

Por último, la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 7.1 determina la resolución del contrato de arrendamiento por la vía del artículo 27.2, letra f) de la LAU.

Ahora bien, con la actual reforma de 2013 se pretende, como se indica en el Preámbulo de la nueva Ley, «normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de vivienda para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad»; y para ello, «en primer lugar, los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho; y en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no puede resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador ni del arrendatario». A tal fin se añade un número 2 al artículo 7 en que se indica que «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad». Y, asimismo, a lo largo del articulado objeto de reforma se hacen, igualmente, continuas referencias a la necesidad de inscripción del arrendamiento para que éste continúe durante todo el plazo de duración en caso de conflicto con los derechos de un tercero —y en particular cuando éste reúna los requisitos del art. 34 de la LH (arts. 9.3, 13.1 y 14 de la Ley)—.

Lo cierto es que el legislador parece establecer, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos en el Registro de la Propiedad no pueden oponerse a terceros ni siquiera en el plazo mínimo de protección de tres años; en segundo lugar que, aquellos, asimismo, no pueden surtir efectos frente a terceros adqui-

⁵⁵ DÁVILA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 63-64, quien piensa que el legislador puede haber incurrido aquí en inconstitucionalidad, tras la doctrina sentada en las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre y 6/1993, de 18 de enero. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 30 de abril de 2002 (*JUR* 2002/207050).

rentes que inscriban su derecho —en particular, los que reúnan los requisitos exigidos por el art. 34 de la LH—; y en último término, que la seguridad del tráfico inmobiliario se consigue protegiendo a los terceros frente a lo no inscrito, siempre que estos a su vez hayan inscrito su derecho en el Registro. En todo caso, conviene precisar que, por un lado, el arrendamiento inscrito se opone tanto frente al tercero, que inscriba su derecho, como frente al que no lo inscribe sobre la base de la regla de la no oponibilidad a tercero de lo no inscrito en el Registro que consagra el artículo 32 de la Ley Hipotecaria —esto es el contenido del registro no sólo debe reputarse exacto, sino también íntegro, por lo que el tercer adquirente puede desconocer legítimamente cuantas posiciones jurídico-inmobiliarias están ausentes de publicidad en el Registro—, y en relación con los arrendamientos de bienes raíces el artículo 1549 del Código Civil; y por otro que el denominado principio de fe pública registral contenido en el artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria tiene como consecuencia normativa fundamental que, el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de la persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho; lo que equivale a afirmar que, en tal caso, el tercero adquiere una titularidad jurídico-real (propiedad o cualquier otro derecho real) inatacable⁵⁶. Aunque sobre el significado del referido artículo 32 existe un importante debate doctrinal, la tendencia mayoritaria en la doctrina se inclina por considerar que, su *ratio legis* consiste en ratificar desde un punto de vista negativo cuanto el artículo 34 expresa en términos positivos⁵⁷. Se refiere así el tercero del artículo 32 al tercero hipotecario; otro sector opta por señalar que el tercero del que habla el artículo 32 no tiene otro requisito que cumplir que la inscripción de las posiciones jurídico-reales y, por supuesto, tener buena fe; y, en fin, no faltan quienes prefieren inclinarse por una tesis intermedia, de forma que hay casos cubiertos por ambos preceptos y otros únicamente por el primero o por el segundo.

En este contexto, el legislador ha trasladado de nuevo la regla de inoponibilidad de lo no inscrito y el principio de fe pública al ámbito de los arrendamientos —como ya lo hiciera en su momento con la Ley 29/1994— con más confusión que acierto, y en consecuencia, ha dispuesto en el artículo 7.2 como en otros preceptos también objeto de reforma que, el tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no puede resultar perjudicado por el arrendamiento no inscrito ni siquiera en el plazo mínimo de protección de tres años —frente a lo que sucedía con la anterior normativa—; y que sólo los arrendamientos que se inscriban en el Registro surtirán efectos frente a terceros que hayan inscrito su derecho. En puridad, lo deseable es que cualquier arrendamiento no inscrito sea inoponible a cualquier tercero —adquirente a título oneroso de buena fe—, haya inscrito o no su derecho. En todo caso, la inscripción del derecho del tercero en el Registro es requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que la fe pública registral proteja a ese tercero que, actúa confiado en lo que publica el Registro.

Sobre tales bases, la inscripción del arrendamiento no sólo influye en la duración del arrendamiento por los tres años de prórroga forzosa y, en su caso,

⁵⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 13 de mayo de 2011 (*RJ* 2011/3858).

⁵⁷ Vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, V, *Derechos reales y Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, págs. 325.

más un año de prórroga tácita frente a terceros, sino también determinará la continuación el arrendamiento por la duración pactada, conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y artículo 14, cuando el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o en el ejercicio de un derecho de opción de compra; pues de no estar inscrito el arrendamiento se extingue (art. 13.1); o, durante ambas prórrogas incluso frente al adquirente que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que conste inscrito el arrendamiento con anterioridad a la transmisión de la finca; pues, igualmente, de no estar inscrito, se extingue.

III. LA NO RENOVACIÓN, DESESTIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y EL ABANDONO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR EL ARRENDATARIO

Con el objeto de proteger la vivienda familiar y, por ende, al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, frente a decisiones unilaterales tomadas por el titular del contrato de arrendamiento tales como desistir del contrato, oponerse a las prórrogas legales o simplemente abandonar la vivienda, el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos posibilita que aquellos puedan subrogarse en la posición del arrendatario; pues, atendiendo a lo que dispone el artículo 7, ya analizado, aunque el cónyuge no titular del contrato de arrendamiento quisiera continuar con el arrendamiento, el arrendador podría poner fin a la relación contractual, dado que desde el momento en que el titular del arrendamiento no tenga en la finca arrendada la vivienda permanente, el arrendamiento de vivienda pierde tal condición, a menos que continúe viviendo en ella el cónyuge no separado legalmente o de hecho, o los hijos dependientes del arrendatario titular del contrato. Precisamente, si el cónyuge titular del contrato de arrendamiento ha abandonado la vivienda, se supone una separación de hecho, por lo que de no existir hijos dependientes comunes, el arrendador podrá resolver el contrato por la vía del artículo 27.2, letra f) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando conforme al artículo 7, o por la vía de la letra c) del citado precepto por estar ante un supuesto de cesión inconsentida.

Este artículo 12 contiene, además, un régimen especial que se impone al régimen general previsto en el artículo 1320 del Código Civil para la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges⁵⁸. Lo cierto es que, de no existir el mencionado artículo 12, si el arrendatario realizara por sí solo algún acto dispositivo de los que en dicho precepto se prevén, sería en principio eficaz, si bien sujeto a anulabilidad por exigir el asentimiento del cónyuge no titular (art. 1322 del CC), pudiendo consolidarse la adquisición del derecho a utilizar la

⁵⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentario, Jurisprudencia y Formularios)*, coordinador: FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 237.

vivienda arrendada por un tercero de buena fe *ex* artículo 1320.2 del Código Civil, con la consiguiente pérdida del derecho de uso por parte del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario⁵⁹.

Por tanto, responde a la misma finalidad que el artículo 1320 del Código Civil, esto es, proteger la estabilidad de la vivienda familiar, permitiendo al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario subrogarse en el contrato de arrendamiento como titular del mismo en caso de concurrir las circunstancias previstas en el artículo 12 —no renovación o desistimiento del contrato de arrendamiento o abandono de la vivienda por el arrendador—, sin necesidad de previo consentimiento del arrendador. Subrogación *ex lege*, que constituye una excepción al régimen previsto en el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos relativo a la cesión del contrato que, exige el consentimiento escrito del arrendador. Ahora bien, cabe plantearse si se trata de una norma que se aplica con independencia del régimen económico matrimonial de los cónyuges, pues, cuando el matrimonio está casado bajo el régimen de sociedad de gananciales y se ha concertado el contrato bajo la vigencia de tal régimen, para un sector importante de la doctrina no cabe duda que, es un bien de naturaleza ganancial⁶⁰; frente a esto no faltan quienes señalan que de admitir esto, los artículos 12, 15 y 16 resultarían normas que sólo encontrarían una aplicación marginal en aquellos matrimonios que no están sujetos a este régimen, o cuando se trata de contratos concertados por uno sólo de los cónyuges antes del matrimonio⁶¹. De ahí que lo más lógico es entender que, el titular del contrato lo será sólo el cónyuge que lo ha celebrado y no los dos consortes, pues, como precisa CARRASCO PERERA, «la ganancialidad no es un modo de adquirir la titularidad de los bienes y derechos. Estos bienes pertenecen como titularidad —y no exclusivamente como titularidad formal o fiduciaria— a quien celebró el contrato de adquisición (a ambos, si lo celebran conjuntamente)». La ganancialidad no es un modo de adquirir —continúa el autor—, «sino de comunicar al otro cónyuge, en una especie de sociedad interna, bienes que no son titularidad del marido y la mujer. La situación no es exclusiva de derechos como el arrendamiento, que constituyen una relación crediticia;

⁵⁹ QUESADA GONZÁLEZ, M. .C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 58; FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, pág. 173, precisa que, sin duda uno de los actos afectados por la necesidad de disposición conjunta establecida en el artículo 1320 del Código Civil es la extinción voluntaria del arrendamientos que tiene por objeto la vivienda familiar. Por su parte, señala SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, pág. 133, que «la norma hubiese sido innecesaria si el legislador hubiese optado por imponer la intervención del cónyuge en el momento de otorgamiento del contrato, con lo que el arrendatario no podría realizar, unilateralmente, actos que afectasen a la vigencia del contrato sin la intervención de su cónyuge».

⁶⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *Anuario de Derecho Civil*, vol 39, núm. 2, 1986, págs. 422-425; BENAVENTE MOREDA, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales: Legitimación individual de los cónyuges*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pág. 354; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Actualidad Civil*, 1994-1, pág. 27.

⁶¹ FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 173.

también en la propiedad»⁶². La Ley de Arrendamientos Urbanos atiende, por tanto, a la titularidad del derecho resultante de la celebración del contrato. En este contexto, asimismo, no será de aplicación el artículo 12, cuando el contrato de arrendamiento lo hubieran celebrado ambos cónyuges, o uno solo actuando en su propio nombre y en nombre y representación de su consorte, pues, en estos casos, se entiende que el contrato continuará con el otro cónyuge coarrendatario, sin necesidad de que se produzca ninguna subrogación o cesión de ningún tipo⁶³.

De forma que, los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se aplica indistintamente cualquiera que, sea el régimen económico matrimonial pactado y el momento de celebración del arrendamiento.

Por otra parte, estamos ante una norma imperativa, por lo que no se permite la renuncia anticipada en el contrato de arrendamiento a esta facultad subrogatoria que, se concede al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, por ser nula de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni, por ende, un pacto similar al establecido en el artículo 16.4 de esta misma Ley, por el que se excluye la subrogación en arrendamientos —ahora tras la reforma— de más de tres años —antes cinco años—, cuando la muerte del arrendatario tiene lugar transcurridos los tres primeros años de contrato —antes cinco años—.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, alcanza a los cónyuges o la pareja de hecho del arrendatario, a diferencia del antiguo artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que permitía la subrogación no sólo a favor del cónyuge, sino también bajo ciertas condiciones de convivencia previa, a favor de otros parientes (descendientes, ascendientes y hermanos).

Respecto de los cónyuges, se exige una convivencia, sin precisar si ha de ser actual o basta con que hayan convivido los cónyuges durante algún tiempo en la vivienda. Parece que es suficiente que hayan convivido, pues, el abandono de la vivienda —uno de los supuestos de hecho de la norma— conlleva una separación de hecho y una actual no convivencia⁶⁴. En todo caso, resulta necesario que el cónyuge no titular mediante el uso de la vivienda, esté cubriendo sus necesidades permanentes de vivienda.

En cuanto a la pareja de hecho incluye tanto las parejas heterosexuales como homosexuales y la exigencia de una convivencia como mínimo de dos años anteriores a la no revocación, al desistimiento o al abandono. Estamos ante una presunción *iuris tantum* de estabilidad y consolidación de la pareja, sin que la duración mínima exigida pueda conducir a situaciones injustas y absurdas como la falta de uno o dos días para cumplir el plazo exigido, pues, lo que el legislador pretende en la acreditación de una cierta estabilidad convivencial de la pareja

⁶² CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 314-315. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.^a, de 7 de junio de 2005 (*JUR* 2005/176879).

⁶³ En esta línea, ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 237; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 74.

⁶⁴ En esta línea, QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 62. Sin embargo, ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 238, exige una convivencia actual.

que puede ser objeto por cualquier medio de prueba⁶⁵. No se exige tal duración mínima de convivencia si existe descendencia común que viva o no en la vivienda arrendada, pues, esto constituye para el legislador la prueba real de una convivencia estable. La descendencia ha de ser común —incluso adoptiva— excluyéndose a la que pudiera tener uno de los convivientes a efecto de aplicación del artículo 12. Resulta necesario acreditar la existencia de descendencia común, aunque ésta no viva en la vivienda familiar al tiempo de la no renovación, desistimiento o abandono de la vivienda, bien por fallecimiento, o por su marcha del domicilio familiar. Este requisito de existencia de descendencia común hace difícil considerar cumplido tal requisito en el caso del *nasciturus*⁶⁶. En todo caso, la prueba de la convivencia y su duración o de la descendencia común corresponde hacerla valer a quien pretende ejercitar el derecho reconocido en el artículo 12, esto es, al cónyuge o pareja del hecho del arrendatario.

En todo caso, aunque resulte una obviedad, es preciso que entre los convivientes, exista una relación afectiva a la conyugal, por lo tanto, no resulta de aplicación la norma a aquellos supuestos en que conviven varias personas en la misma vivienda sin dicha relación de afectividad similar a la matrimonial.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación de la norma se regulan diversos supuestos de hecho orientados a poner fin a la relación arrendaticia sin el consentimiento de su cónyuge, o bien que el arrendatario —titular del contrato de arrendamiento— abandone la vivienda sin sujetarse a las formalidades previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que, como hemos señalado, facultan al arrendatario para poner fin de un modo válido a la relación arrendaticia y que han sido, asimismo, objeto de reforma por la Ley 4/2013. En la no renovación se extingue el contrato, al no mantener el contrato durante la prórroga legal y la prórroga tácita; el desistimiento pone, igualmente, fin al contrato durante su duración, sea la inicialmente pactada, sea la prorrogada, siempre que hubieran transcurrido seis meses de vigencia del contrato. Y el abandono supone, asimismo, la extinción del contrato, pudiendo tener lugar en cualquier momento de duración del contrato —ya sea el pactado o sus prórrogas—.

En cuanto a la no renovación del contrato de arrendamiento constituye un acto contemplado en los citados artículos 9 y 10 —modificados en la actual reforma—, consistente en una declaración de voluntad que impide que dicho contrato no se prorrogue llegado el día de vencimiento o de cualquiera de sus prórrogas, cuando la duración pactada del contrato no fuera superior a tres años. La prórroga legal obligatoria es de tres años y la tácita de un año. Para que no proceda la renovación el arrendatario ha de manifestarlo al arrendador en el plazo de treinta días —arts. 9 y 10—. A partir de tal comunicación, el arrendador podrá requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste si desea o no seguir con el contrato de arrendamiento, el cual se extinguirá también para el arrendatario, si no contesta en el plazo de quince días a contar a partir del requerimiento. Por lo que puede darse el caso que el contrato de arrendamiento se extinga a la vez para el arrendatario y su cónyuge o pareja de hecho, si el

⁶⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de septiembre de 1999 (AC 1999/1774).

⁶⁶ Sin embargo, para FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 182-183, razones de equidad permiten extender su aplicación al supuesto del *nasciturus*.

arrendador actúa con la máxima diligencia a la hora de efectuar el requerimientos que, prevé el artículo 12.2.

El desistimiento del contrato de arrendamiento, por su parte, representa una facultad que se concede al arrendatario, una vez haya transcurrido al menos seis meses de vigencia del contrato, y siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. En todo caso, las partes pueden pactar en el contrato que para el caso de desistimiento, debe el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización (art. 11 igualmente, recordemos modificado por la Ley 4/2013). Ahora bien, cabe preguntarse si sólo el desistimiento en los términos expuestos y conforme dispone el artículo 11 entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 12, o cabe ampliar mediante una interpretación teleológica o finalista que tenga presente la *ratio* protectora de la norma, a cualquier incumplimiento o acto equiparable al desistimiento que, ponga en peligro la permanencia del cónyuge o la pareja de hecho del titular del arrendamiento; parece que la falta de concreción en el propio artículo 12 y para evitar tentaciones del arrendatario de perjudicar a su cónyuge o pareja de hecho (por ejemplo, dejando de pagar la renta), resulta más lógico ampliarlo también a estos supuestos. Ante tal planteamiento, el arrendador, ante un incumplimiento del arrendatario, deberá requerir al cónyuge o pareja de hecho para cerciorarse de si desea o no continuar con el arrendamiento, con el derecho a exigir, si opta por lo primero con las consecuencias que, se puedan derivar del incumplimiento⁶⁷.

Al igual que sucede con la no renovación, no resulta necesario que a tales actos les acompañe un abandono de la vivienda por parte del cónyuge titular del arrendamiento. Si bien, el desistimiento puede ser expreso, cuando el arrendatario manifiesta su voluntad al arrendador de no continuar en el contrato, y tácito, cuando está implícito en la conducta del arrendatario que abandona la vivienda arrendada⁶⁸.

Finalmente, el abandono de la vivienda ha de entenderse en un sentido amplio, incluyendo los supuestos de ausencia o desaparición de una persona, como los que sean consecuencia de una crisis familiar que, determina una separación de hecho, pues, la iniciación de un proceso de separación o divorcio determina la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Ahora bien, para que sea operativa la subrogación *ex lege* en caso de no renovación o desistimiento del contrato de arrendamiento, el arrendador ha de requerir al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario para que manifieste su voluntad de continuar o no con el arriendo, pues, presupone que aquél quiere seguir teniendo en la finca arrendada su residencia habitual y permanente. El arrendador —aunque no lo exige la norma—, habrá de realizar el requerimiento en la dirección correspondiente al inmueble arrendado. Por otra parte, con tal requerimiento se concede al arrendador una vía para clarificar la situación de la vivienda arrendada con el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario que, continúa residiendo en la vivienda familiar. No se fija plazo alguno dentro del cual el

⁶⁷ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 79.

⁶⁸ SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 135.

arrendador debe efectuar el requerimiento. Una vez realizado éste, el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario ha de contestar si desea o no ser arrendatario en el plazo de quince días a contar desde el requerimiento. Si no contesta en ese plazo, el arrendamiento se extinguirá transcurrido el mismo. En todo caso, como analizaremos, el cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada.

En cuanto a la forma de requerimiento no se exige ninguna en particular. Podrá verificarse en forma escrita o verbal, siempre que sea expreso. Lo cierto es que resulta recomendable que se haga de forma fehaciente (v.gr., por conducto notarial). Mientras el arrendador no realice el requerimiento, no podrá desahuciar por precario o por falta de pago al cónyuge o pareja de hecho.

Por razones obvias, no será preciso el requerimiento del arrendador, si el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario manifieste antes su voluntad de subrogarse.

No se exige tampoco una forma específica para la contestación que, el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario ha de realizar al requerimiento del arrendador. Si bien, en caso de ser positiva ha de hacerse de forma expresa, ya sea en forma oral o escrita, siendo preferible a efectos de prueba, que se haga de forma fehaciente (por vía notarial). Como hemos señalado, el plazo de quince días comienza a correr desde el día siguiente a la fecha de emisión del requerimiento, siendo un plazo sustantivo (art. 5 del CC —fecha a fecha—) y no procesal. Para evitar que, en un plazo tan breve perjudique al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, pues, transcurra la mayor parte del mismo, sin que éste tenga conocimiento del requerimiento y, por ende, no le quede tiempo para contestar, lo más razonable es que el plazo de quince días comience a correr desde que el requerimiento llegue a su destinatario y tiene éste la posibilidad de conocer su contenido⁶⁹.

En este contexto es importante aclarar que el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario ha de contestar en el plazo de quince días, no que el arrendador ha de recibir la contestación dentro de ese plazo, a diferencia del caso de abandono, pues, en este supuesto el arrendador ha de recibir en el plazo de un mes a contar desde el abandono del arrendatario la notificación escrita del cónyuge o pareja de hecho manifestando su voluntad de ser arrendatario (art. 12.3).

Si al requerimiento contesta el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario de forma negativa o no contesta, el principal efecto para ambos supuestos es la extinción del contrato de arrendamiento. Ahora bien, de tener lugar el requerimiento y la respuesta negativa o la falta de contestación dentro del plazo de preaviso previsto para que el arrendatario haga valer la declaración de no renovación o de desistimiento del contrato —recordemos treinta días— (arts. 9, 10 y 11), determinará que, el contrato de arrendamiento se extingue a la vez para el arrendatario y para su cónyuge o pareja de hecho en la fecha de terminación del contrato o de la prórroga correspondiente. Sin embargo, si para ese mismo supuesto, esto es, el requerimiento y la contestación afirmativa tienen lugar en los plazos de preaviso previstos para la no renovación o el desistimiento, el cónyuge o pareja de hecho adquirirá la cualidad de arrendatario, una vez que el primitivo arrendatario deje de serlo por haber transcurrido el plazo de treinta días.

⁶⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 148.

Por otra parte, si el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario no contesta al requerimiento en el plazo de quince días a su recepción, se extinguirá el contrato, como hemos señalado, sin perjuicio de que aquél deba pagar el importe de la renta correspondiente al tiempo en que haya ocupado efectivamente la vivienda arrendada, si supera dicho plazo. Si contesta antes de transcurrir los quince días, deberá abonar las cantidades pertinentes por los días que, ha usado la finca arrendada.

En principio, el deber de pagar la renta hasta la extinción del contrato del arrendamiento corresponde al arrendatario por ser una obligación inherente a su condición de tal.

De forma que, transcurridos los plazos de preaviso de no renovar o desistir del contrato, se extingue éste para el arrendatario, y mientras no requiera el arrendador al cónyuge o pareja de hecho sobre si desea o no continuar en la vivienda arrendada como titular del arrendamiento, aquellos están ocupando la misma; de forma que, al menos por el uso habrán de responder, aunque no quiera luego continuar en el arriendo. Resulta más conveniente para el arrendador que requiera de inmediato al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, una vez que éste haya declarado su voluntad de no renovar o desistir del contrato, de forma que, el requerimiento y el plazo previsto para contestarlo de quince días tenga lugar dentro del plazo de preaviso de treinta días establecido en los artículos 9, 10 y 11, con el objeto de evitar posibles conflictos en relación con el pago de la renta⁷⁰.

En todo caso, aunque resulte obvio, a partir de que la subrogación sea efectiva —contestación positiva al requerimiento y conocida por el arrendador—, asume el cónyuge o pareja de hecho las obligaciones y derechos derivados del arrendamiento, en particular el pago de la renta hasta el vencimiento del plazo establecido en el contrato, además de todas las demás obligaciones que, se derivan del contrato, ya que, se mantiene tal como se convino con el primitivo arrendatario. De forma que, el periodo comprendido desde la no renovación o desistimiento del contrato por el arrendatario hasta la extinción del contrato corresponde el pago de la renta al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario que quiere permanecer en la vivienda arrendada, presumiendo que durante ese tiempo ha ocupado la vivienda y, por tanto, no sólo por el tiempo transcurrido desde el requerimiento del arrendador (quince días)⁷¹.

La Ley únicamente establece —consecuencia de la no renovación, desistimiento o abandono—, una subrogación o novación subjetiva en la titularidad del contrato representada en el cónyuge o pareja de hecho, imponiéndosela al arrendador. Evidentemente, esta subrogación depende, en los términos analizados, de que el cónyuge del titular del contrato quiera continuar en el uso de la vivienda y subrogarse en dicho contrato.

A diferencia de los supuestos de no renovación o desistimiento, en el caso de abandono del arrendatario sin manifestación expresa de desistimiento o no renovación, es el cónyuge o pareja de hecho la que debe notificar al arrendador su deseo de continuar o no en la vivienda arrendada, pues, por criterio lógico aquellos son los únicos que conocen cuando se ha producido el abandono por el arrendatario. Tienen para ello el plazo de un mes a contar desde el abandono.

⁷⁰ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 94.

⁷¹ FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 180; QUESADA GONZÁLEZ, M. .C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 96.

Consecuencia de éste, es la existencia de una separación conyugal de hecho o ruptura de la convivencia de pareja que determina la falta de legitimidad para seguir habitando la vivienda (art. 7), lo que puede conllevar la resolución del contrato de arrendamiento *ex* artículo 27.2, letra f), por parte del arrendador al no servir la finca arrendada para cubrir la necesidad primaria de vivienda del arrendatario.

La notificación del cónyuge o pareja de hecho ha de hacerse por escrito, tal como dispone expresamente el apartado 3 del artículo 12, a diferencia del silencio respecto de los otros supuestos; y, asimismo, es recepticia, pues sólo producirá efectos desde que el arrendador la reciba. Una vez recibida tal notificación en plazo no puede éste oponerse a que el contrato continúe hasta su finalización.

Si el arrendador no recibe notificación del abandono, el contrato de arrendamiento se extingue, debiendo el cónyuge o pareja de hecho pagar la renta del mes correspondiente a la notificación, tal como señala el segundo párrafo del número tres del artículo 12. De todas formas, como acertadamente matiza ESTRUCH ESTRUCH, «en este supuesto no es tanto que el contrato se extinga, sino que se aplicará el régimen jurídico del desistimiento unilateral injustificado del artículo 11 de la Ley, por lo que el arrendador podrá exigir la resolución o cumplimiento del contrato, y, en ambos casos, la indemnización de daños o perjuicios», y añade que, la imposición legal del pago de la renta al cónyuge que ha permanecido en la vivienda durante un mes, no evita que el titular del arrendamiento que abandonó la vivienda continúe obligado al cumplimiento íntegro del contrato, y desde luego, no podrá obligarse al pago de esa mensualidad al cónyuge no titular del contrato, si también hubiera abandonado la vivienda⁷²; lo que resulta lógico, pues, no ha usado la misma. Recordemos que, ahora con la reforma del citado artículo 11, el arrendatario podrá desistir del contrato, una vez hayan transcurrido al menos seis meses de vigencia del contrato, y, asimismo, que se puede pactar una indemnización a cargo del arrendatario.

En este contexto, hay que señalar la aplicación del artículo 12 determina como principal efecto, la subrogación legal del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, pasando a ser los titulares exclusivos del arrendamiento quedando el primitivo arrendador excluido del mismo. Tiene lugar una novación modificativa subjetiva del contrato, y no una novación extintiva, pues, el nuevo titular está sujeto a las condiciones del contrato anterior y le vinculan. En todo caso, se extinguen las garantías prestadas por tercero (art. 1207 del CC), pero continúan subsistentes las que hubiera prestado con anterioridad el cónyuge que ahora se subroga⁷³. Esta subrogación no tiene por causa una cesión del contrato —a diferencia del art. 8—, pues, ni el cónyuge titular ni el arrendador son partes en el negocio constitutivo de la subrogación⁷⁴.

Ahora bien, el citado artículo 12 no resuelve la suerte de las deudas y créditos vencidos antes de la subrogación. Hay que entender que, el arrendatario saliente no se libera de las deudas vencidas —por ejemplo, de impago de la renta—; y ante una posible resolución del contrato de arrendamiento en virtud de tal incumplimiento por parte del arrendador, el cónyuge o pareja de hecho si está interesado en continuar con el arrendamiento, deberá cumplir con lo que exija el arrendador;

⁷² ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 242-243.

⁷³ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 325.

⁷⁴ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 324.

para evitar la resolución⁷⁵. Por lo que se hace responsable al nuevo arrendatario, pues, como precisa CARRASCO PERERA, «si el arrendador hubiera tenido ocasión de manifestarse no hubiera consentido la subrogación sin una asunción debitoria por parte del cónyuge entrante o sin una garantía para el cobro de las deudas vencidas; no se le podrá entonces negar el derecho a dirigirse frente al nuevo arrendatario, pues de lo contrario habría perdido la única garantía de cobro de estas deudas que, es la posibilidad de recuperar resolutoriamente la posesión de la finca en caso de impago»⁷⁶.

Respecto de los créditos contra el arrendador, no parece que se adquieran por el nuevo titular, salvo que el primitivo arrendatario los ceda⁷⁷.

En fin, la subrogación arrendaticia podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, siempre que lo esté el arrendamiento que produce la subrogación.

IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

En situación de crisis matrimonial hay que arbitrar una serie de medidas entre las que se encuentra la atribución del uso de la vivienda que, se convierten en definitivas tras la aprobación del convenio regulador (art. 90 del CC), o por decisión judicial en el caso de un procedimiento contencioso (art. 106 del CC). La ley, al margen de a quien corresponde titularidad del bien, concede el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario a aquel de los cónyuges, al que se atribuye la guardia y custodia de los hijos, y, a falta de estos, al cónyuge más necesitado de protección (art. 96.1 y 3 del CC). Aunque, la guarda y custodia representa uno de los criterios de atribución del uso de la vivienda, sin embargo, mayoritariamente se considera como único titular de este derecho de uso al cónyuge y no los hijos; si bien, estos también resultarán beneficiados por tal adjudicación⁷⁸. Si bien, no faltan quienes consideran como titulares también a los hijos además de al cónyuge custodio⁷⁹.

Se opta, no obstante, por la temporalidad en la atribución del uso, con posibilidad de prórroga⁸⁰. Y, como se dispone en el artículo 233-20.6 y 7 del Código Civil catalán, la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias siempre que sean idóneas para satisfacer las

⁷⁵ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 111.

⁷⁶ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 325-326.

⁷⁷ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 326.

⁷⁸ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 212; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 107; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 381. Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y de 14 de mayo de 2009 (*RJ* 2009/3006).

⁷⁹ GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 410. Algunos van más allá y consideran titulares exclusivos a los hijos, y el cónyuge únicamente se aprovecha de ese beneficio «en virtud de que se le haya otorgado la guarda y custodia», vid., VICENTE DÍAZ, M., «Cuestiones sustantivas y procesales en los bienes gananciales en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 5, febrero de 1988, pág. 269.

⁸⁰ Vid., artículo 233-20.5 del Código Civil catalán.

necesidades del otro cónyuge y los hijos; y, asimismo, si la vivienda pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, la atribución del uso de la vivienda puede ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria.

Ahora bien, si la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas⁸¹, y, el cónyuge cotitular no usuario decide enajenar la cuota o ejercitar la acción de la cosa común, cabe plantearse si subsiste el uso de la vivienda establecido en sentencia judicial y atribuido al otro cónyuge; o si la venta o la acción de división la realiza el tercero extraño —cotitular de la vivienda—, igualmente, subsiste tal uso. A tales cuestiones dedicamos el presente apartado. Si bien, nos parece oportuno previamente hacer referencia a las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza del uso de la vivienda atribuido al cónyuge no titular, pues, condicionará las conclusiones a las que lleguemos en relación con la problemática planteada.

Si bien, hemos de partir de la base que, es frecuente que el único o uno de los más importantes bienes del matrimonio sea una vivienda familiar de imposible división material⁸², y que el cónyuge beneficiario del uso ante la actuación del otro cónyuge que pretende acabar con la situación de comunidad, no pueda por falta de medios económicos, adquirir la cuota propiedad del otro.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

Hay dos grandes posiciones doctrinales, de un lado la de quienes consideran que el derecho de uso tendrá una naturaleza jurídica diversa en función de cuál sea el título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda (derecho real, derecho personal, atribución por razón del cargo, precario o comodato, etc.); y de otro, aquellos que tratan de delimitar la naturaleza jurídica de este derecho atribuido judicialmente de un modo unitario para todos los casos.

Con relación a la primera corriente doctrinal, que anticipamos nos parece la más acertada, no se unifica la naturaleza del derecho de uso en torno a una sola calificación, sino que aquella se adapta a las diversas situaciones en las que previamente se ha sustentado la titularidad de la vivienda familiar constante matrimonio. En esta línea CUENA CASAS destaca que «la naturaleza del derecho de uso no tiene por qué ser la misma en situaciones de base distintas». Por

⁸¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/51364).

⁸² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4832); de 30 de abril de 2008 (*RJ* 2008/2822); de 21 de abril de 2010 (*RJ* 2010/3543); y de 30 de abril de 2012 (*RJ* 2012/5235), donde se señala que, cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ésta sea posible y útil por reunir las unidades resultantes las condiciones de habitabilidad y no existe conflictividad entre los cónyuges; y, añade, asimismo, que «cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del Código Civil, es decir, la protección del interés del menor». En esta línea, el artículo 552-11.6 del Código Civil catalán al disponer que «*las comunidades ordinarias que existen entre los cónyuges, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, pueden dividirse considerando como una sola división la totalidad o una parte de los bienes sometidos a este régimen, de acuerdo con el artículo 232-12. Se aplica el mismo criterio en los casos de separación de hecho y ruptura de la pareja estable*».

ello cree «que dar una solución unívoca en todas las hipótesis ha enturbiado sobremanera este problema generando una extraordinaria inseguridad jurídica, puesto que no han faltado resoluciones que han considerado que era factible que un juez gravara con un derecho de uso la propiedad de un tercero sin el consentimiento de éste». Error grave, considera la autora, pues, en lugar de resolverse aplicando los principios generales «se ha pretendido solucionar negando el carácter real del derecho de uso y configurando un *derecho de naturaleza mutante* en función de la situación planteada». Es por ello que, a su juicio, «el derecho de uso tiene naturaleza real cuando la titularidad de base de los cónyuges sea real. Si no lo es, el derecho de ocupación del cónyuge usuario seguirá la suerte del derecho personal que lo sustenta». Y, concluye «efectivamente, negar al derecho de uso la consideración de derecho real cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio. Lo que sí me parece criticable es negar que se trate de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes* incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía»⁸³.

Con relación a la otra corriente doctrinal apuntada, hay que señalar que, en el seno de la misma las posiciones no son unívocas. Así, hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. LACRUZ BERDEJO, reconociendo la difícil calificación jurídica del uso, estima que «podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial»⁸⁴. Al mismo derecho real típico se refiere CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE al señalar que «en principio, se tratará de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo, o un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda»⁸⁵. Para MANZANO FERNÁNDEZ es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)»⁸⁶. Asimismo, LUQUE JIMÉNEZ precisa que no parece justificable ni riguroso

⁸³ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 344-346.

Previendo estas distintas situaciones, el artículo 233-21.2 del Código Civil catalán dispone: «Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias».

Por su parte, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010/1274), que, aunque niega la naturaleza de derecho real al uso atribuido judicialmente, luego, sin embargo, le otorga la mismas consecuencias que de tal naturaleza derivan, y, asimismo, en la relación con la posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar hace referencia a la existencia de alguna de las diversas situaciones jurídicas descritas en que puede encontrarse la vivienda y, por ende el uso que en relación con la misma se atribuya (*Fdo. Dcho.* 6.º y 7.º).

⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 2.ª ed. (revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 102.

⁸⁵ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1609.

⁸⁶ MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª del M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 166.

jurídicamente el tratar de crear una denominación distinta para un derecho que se incardina claramente en la categoría de los derechos reales⁸⁷. En términos similares, VILLAGRASA ALCAIDE entiende que «debe zanjarse la polémica sobre su naturaleza, dejando sentado que se trata de un derecho real, aunque no asimilable al derecho de uso en general (por ejemplo, no es posible que el usuario se convierta en arrendador), en el sentido —más coherente— de las disposiciones reguladoras del derecho en el Código Civil español»⁸⁸. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA señala, asimismo, que, aunque parece que «nos encontramos ante un derecho de naturaleza peculiar «familiar», en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza, y, por tanto, delimita su contenido y características; (...) no puede hacernos olvidar que se trata de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y, es, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad»⁸⁹. Por último, sosteniendo su carácter real, aunque como *sui generis* o atípico, se pronuncian JUANES PECES y GALVÁN ARIAS⁹⁰.

Frente a esta tesis, hay autores que defiende su naturaleza personal. Así MURCIA QUINTANA niega taxativamente que se trate de un derecho real, pues, está «incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia, siendo, por tanto, de carácter fundamentalmente personal e intransferible»⁹¹. DE LA PUENTE ALFARO señala, asimismo, que no es real «porque no se cumplen los requisitos necesarios para su existencia (titularidad, capacidad, poder de disposición)»⁹²; y MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta que «el que este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código Civil»⁹³.

No faltan posturas intermedias, que como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no

⁸⁷ LUQUE JIMÉNEZ, M.^a del C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012, pág. 132.

⁸⁸ VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La atribución del uso de la vivienda familiar», en *Anales VII-2004/2005. Centro para la Investigación y el Desarrollo del Derecho Inmobiliario y Mercantil*, núm. 7, pág. 32.

⁸⁹ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a G., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008-III, núm. 710, pág. 2522.

⁹⁰ JUANES PECES, Á. y GALVÁN ARIAS, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992-4, pág. 1041.

⁹¹ MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 251.

⁹² DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2006, pág. 2371.

⁹³ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, núm. 19, primera quincena noviembre de 2005, pág. 2336.

nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»⁹⁴; o ELORRIAGA BONIS, que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad, y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundo, su oponibilidad *erga omnes* y, acceso al Registro de la Propiedad⁹⁵.

Otros lo consideran como una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese a el trauma que supone la separación o el divorcio de los padres⁹⁶.

Finalmente, hay autores que optan por calificarlo de derecho *sui generis*. Así, DIEZ-PICAZO afirma que estamos ante «una situación jurídica original»⁹⁷; o como señala SERRANO GÓMEZ ante «un derecho real limitado peculiar»⁹⁸; o, en fin, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno, como precisa ROCA TRÍAS⁹⁹. Una concentración en el beneficiario del derecho de uso del *ius possidendi* que durante la convivencia correspondía a ambos cónyuges¹⁰⁰.

Este debate tiene reflejo, igualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992¹⁰¹, señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares». Por su parte, la sentencia

⁹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1, pág. 1333.

⁹⁵ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 515-516. en el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 43, que, si bien señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

⁹⁶ SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 136-139.

⁹⁷ DIEZ-PICAZO, L., «La situación jurídica del matrimonio separado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1961, pág. 897.

⁹⁸ SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 23-24 y 30.

⁹⁹ ROCA I TRÍAS, E., «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en VV.AA., *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 612-613.

¹⁰⁰ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, págs. 200-201; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994-1, pág. 83.

¹⁰¹ RJ 1992/10136. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807).

del citado Tribunal, de 18 de octubre de 1994, de forma más contundente considera que es un derecho real familiar de eficacia total¹⁰²; y la sentencia del Alto Tribunal, de 22 de abril de 2004, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros¹⁰³. En esta línea, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999, lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad¹⁰⁴.

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994¹⁰⁵, sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o, como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal, de 14 de diciembre de 2004¹⁰⁶; o en fin le otorgan una naturaleza *sui generis*, aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros¹⁰⁷, o destacan

¹⁰² RJ 1994/7722.

¹⁰³ RJ 2004/2713. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807) parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (AC 1992/522); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2.ª, de 2 de junio de 1995 (AC 1995/1654); de la misma Audiencia y Sección, de 27 de marzo de 1999 (AC 1999/4128); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 1999 (AC 1999/5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 5 de mayo de 2000 (JUR 200/210394); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, 4 de diciembre de 2001 (AC 2002/297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de abril de 2003 (JUR 2003/142698); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 18 de enero de 2006 (AC 2006/671).

¹⁰⁴ RJ 1999/7680. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 28 de mayo de 2005 (RJ 2005/5493); de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007/6167); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de abril de 2003 (JUR 2003/142698).

Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 21 de junio de 2004 (RJ 2004/5487), señala que no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de su podrían inscribir tal derecho como sucesivo al usufructo actual; y, asimismo, la Resolución de la DGRN, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634), señala que el uso de la vivienda a favor del solicitante y de sus hijos no es necesaria la inscripción cuando dicho uso corresponde al mismo cónyuge titular exclusivo de la vivienda; en consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios, pero no titulares del derecho.

¹⁰⁵ RJ 1994/2945. Vid., también las sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330); y la Sección 1.ª, de 18 de enero de 2009 (RJ 2010/1274); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 (AC 1994/1027).

¹⁰⁶ RJ 2004/1234.

¹⁰⁷ Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 23 de enero de 1997 (AC 1997/197). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de julio de 1999 (AC 1999/1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y *sui generis* que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar, y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del *ius possidendi* sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuando tal inmueble constituía la vivienda familiar a modo de tal que ese *ius possidendi* así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

su naturaleza de derecho personal¹⁰⁸ o su carácter asistencial¹⁰⁹, o, para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real¹¹⁰. Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999¹¹¹, manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real, en todo caso, constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*; y, en esta línea, la Resolución de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004¹¹², considera el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. También, en esta línea, se ha orientado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de enero de 2010¹¹³, que califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

En todo caso, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad¹¹⁴.

Coincidimos con la posición de aquellos que consideran que el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función del precisamente del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que, cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con

¹⁰⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 2 de junio de 1993 (AC 1993/1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004/186909).

¹⁰⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994/2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001/19256).

¹¹⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010/1211).

¹¹¹ RJ 1999/6085. Vid., la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007/6167).

¹¹² RJ 2004/2376. En el mismo sentido, las Resoluciones de la DGRN, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3155); de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008/8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634), y, de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010/1667).

¹¹³ RJ 2010/2323. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (La Ley 171465/2010).

¹¹⁴ Vid., por todos, DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre de 2006, núm. 698, pág. 2372; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10136); y de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2713). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo, arrendamiento, precario). De manera que, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace éste. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que, es factible su condición de derecho personal o de derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que, también lo sea el derecho que, le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del derecho de uso que se contiene en el artículo 96.1 del Código Civil tiene dos objetivos: en caso de haber hijos, el interés de los hijos; y, en otro caso, el interés más necesitado de protección.

En el primer caso, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges es el de los hijos menores, por entender que, estos representan el interés más necesitado de protección. Es una manifestación del principio de *favor filii*, contenido en Tratados y Resoluciones de las Organizaciones Internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; la Resolución A 3-01722/1992, del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, de 19 de abril de 1996; y, en el ámbito estatal en el artículo 39.2 de la Constitución Española y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que determina la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden; en esencia, se parte del principio del interés del menor. De ahí que el citado artículo 96.1 sea una norma taxativa que, no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda de los menores, mientras sigan siéndolo¹¹⁵.

Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantea ningún problema, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda; ahora bien, si el beneficiario no es el titular, el fundamento de la privación del uso se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponden respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 del CC), entre las que se encuentra el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad y la relación paterno-filial, la de facilitarles la habitación, y, además que ésta se siga desarrollando en la vivienda familiar con el objeto de mantener la estabilidad del menor en su mismo entorno social y escolar; para no someterlo a cambios radicales de la misma, ya que se considera prioritario para un adecuado desarrollo su estabilidad. Además, sobre la base del principio constitucional de igualdad,

¹¹⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3590); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 10 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/45132).

la misma relevancia ha de darse a los intereses de los hijos comunes que a los hijos no comunes y propios del titular de la vivienda a la hora de la atribución a su progenitor, por mantener respecto de ellos las mismas obligaciones.

La atribución de la vivienda se hace «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», esto es, a quien le corresponda la guarda¹¹⁶. Para un sector de la doctrina y jurisprudencia, la redacción del artículo 96.1 alude implícitamente a los hijos menores. Los hijos mayores de edad pueden vivir con los padres, pero no están ligados ya por el vínculo paterno-filial que tienen con los hijos menores (art. 154.1 del CC). De forma que la atribución del uso de la vivienda se atribuye a quien se confía la guarda y custodia de los hijos menores de edad o incapacitados, y solo para tales hijos, pues en esta línea se orienta la redacción de los artículos 90 y siguientes del Código Civil, y, además, tras la adición de un segundo párrafo al artículo 93 por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en los procesos matrimoniales sólo cabe establecer una pensión alimenticia a su favor¹¹⁷. Frente a esta opinión doctrinal, no faltan quienes lo amplían a los hijos mayores de edad que carecen de una independencia económica y se considera que el interés del cónyuge con el que conviven es el más necesitado de protección que se justifica en base a tres argumentos: 1. Lo constituye el derecho de alimentos al considerarse que la

¹¹⁶ Como precisa CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 37, el titular del derecho a usar de la vivienda (cuando es atribuida al cónyuge no titular o cotitular) es el cónyuge exclusivamente y no el cónyuge y los hijos, o los hijos exclusivamente, como se ha defendido por algún sector de la doctrina. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 21 de junio de 2011 (RJ 2011/7325), que señala que el artículo 96 no permite ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez; de 30 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7387); y de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012/4584).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012/6547), el uso de la vivienda se atribuye a la esposa mientras conviva con el hijo porque éste ha sido incapacitado y se ha rehabilitado la patria potestad de la madre. Los hijos incapacitados han de ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección.

Por su parte, el artículo 285-1 del *Code Civil* francés dispone que «cuando el inmueble que sirva de vivienda a la familia pertenezca, privativa o personalmente, a uno de los esposos, el juez podrá entregarlo en arrendamiento al cónyuge que ejerza solo, o conjuntamente con el otro, la patria potestad sobre uno o varios hijos, cuando estos residan habitualmente en esa vivienda y lo requiera su interés».

El juez fijará la duración del arrendamiento y podrá prorrogarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven». Asimismo, el artículo 155 del *Codice Civile* italiano de 1942 respecto a las medidas de protección de los hijos en caso de separación, establece que: «El juez que decide sobre la separación declarará con que cónyuge los hijos vivirán y adoptará todas las medidas relativas a los hijos, pensando exclusivamente en sus intereses morales y materiales». Así «la habitación de la casa goza de preferencia, y en cuanto sea posible, el cónyuge al que vengán confiados los hijos».

¹¹⁷ SALAZAR BORT, S., *La tutela de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 26-27 y 70; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi Thomson, Navarra, 2003, págs. 100-102; MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda en las crisis matrimoniales* (art. 96, párrafo primero 2 y 3 del CC), Thomson-Civitas, Navarra, 2005, págs. 175 y 218-219.

atribución del uso de la vivienda familiar constituye una prestación *in natura* de carácter alimenticio, siendo el deudor el cónyuge titular y acreedor el hijo mayor de edad, pues, dentro de los alimentos se incluye la habitación (art. 142 del CC y el art. 233-20.7 del CC catalán); 2. Los antecedentes parlamentarios donde se rechazaron enmiendas orientadas a limitar la protección del artículo 96.1 sólo a los hijos menores; 3. El sentido literal del artículo 96.1 que sólo menciona a «hijos»¹¹⁸.

Si no hubiera hijos menores de edad, 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 lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Establece, por tanto, el Código Civil dos criterios de atribución del uso en caso de ausencia de hijos: uno expreso, cuál es el más necesitado de protección; y otro de forma tácita que es la titularidad de la vivienda, porque determinando el Código cuando podrá atribuirse el uso al no titular, indirectamente se viene a establecer que en los demás casos, por tanto, corresponderá al titular; de modo que, no existiendo hijos, la vivienda corresponderá al titular dominical de la misma, salvo que el no propietario acredite que su interés es más necesitado de protección, por lo que las circunstancias hacen aconsejable que sea él el beneficiario de la vivienda. El principio del interés más necesitado de protección tiene un carácter abstracto que tiene que concretarse en unas circunstancias determinadas. Para ello el legislador ha atribuido al órgano judicial amplia libertad para atendiendo a los intereses en juego, y a las circunstancias personales y socioeconómicas en que se encuentran los cónyuges tras la crisis matrimonial, decida quién es el interés más necesitado de protección¹¹⁹.

Como hemos señalado, la situación de crisis matrimonial puede desembocar en nulidad, separación o divorcio. En la nulidad se declara judicialmente que el vínculo matrimonial nunca ha existido, lo que provoca la total desaparición de los efectos matrimoniales, tanto hacia el pasado como hacia el futuro, con excepción del matrimonio putativo. La separación judicial, por su parte, solamente produce la suspensión de algunos de los efectos derivados del matrimonio, en particular el deber que impone a los cónyuges el vivir juntos, pero no disuelve

¹¹⁸ LUQUE JIMÉNEZ M.^a del C., «La atribución del derecho del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, págs. 76-78; ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 608; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 479-480; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 198; MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 96.

¹¹⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 28 de junio de 2000 (AC 2000/1677), atribución al progenitor apartado de los hijos al ser su interés más necesitado de protección; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 29 de mayo de 2003 (JUR 2003/172638), no procede su atribución específica a ninguno de los cónyuges pues, no existiendo hijos menores de edad, tampoco es de apreciar la existencia de circunstancias que hagan aconsejable tal atribución o acrediten que alguno de los cónyuges esté más necesitado de protección, ambos trabajan y pueden proveer dignamente a sus necesidades.

Por su parte, el artículo 255.4 del *Code Civil* francés señala que: «*El juez podrá atribuir a uno de ellos el uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico, o distribuir ese uso entre ambos, precisando su carácter gratuito o no, y, en su caso, admitiendo el acuerdo de los esposos sobre el importe de una compensación por ocupación*».

el vínculo matrimonial, lo que posibilita la reconciliación de los consortes. El divorcio supone la disolución del matrimonio con todos sus efectos.

En el Capítulo IX, del Título IV, del Libro I regula el Código «los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» (arts. 90 a 101), recogiendo, de un lado, los efectos que podrían denominarse personales, como son la guarda y custodia de los hijos y el régimen de visitas de los mismos; y, de otro lado, los efectos o aspectos de carácter patrimonial o económico que se producen o que hay que proveer como consecuencia de las crisis matrimoniales y que se pueden concretar en los alimentos de los hijos, la liquidación del régimen económico del matrimonio, la pensión compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar.

A falta de consenso entre los cónyuges acordado en el correspondiente convenio regulador ratificado judicialmente, la atribución del uso de la vivienda familiar entre otras medidas, habrá de adoptarse judicialmente en sede de medidas definitivas (arts. 774 LEC y 96 del CC), además, de también en fase de medidas provisionales (arts. 773 de la LEC y 103 del CC) o, en las medidas provisionales previas o también denominadas provisionalísimas (arts. 771 LEC y 104 del CC) antes de la interposición de la demanda de separación o divorcio.

Por lo que respecta a la atribución de la vivienda que constituyó el domicilio común en las relaciones *more uxorio*, nuestro sistema rechaza la aplicación analógica de las normas que regulan las consecuencias jurídico-patrimoniales de las crisis familiares¹²⁰. Si bien, ante la existencia de hijos, debe primar el interés de estos; de ahí que se atribuya al conviviente no titular en cuya compañía queden los hijos¹²¹.

V. SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO DEL ARRENDATARIO

El artículo 15 de la Ley 29/1994 disponía en su apartado 1 que: «*En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil*». La aparente sencillez del tenor literal del precepto generó una importante controversia doctrinal y jurisprudencial centrada en la concreción de la posición del cónyuge usuario no arrendatario, pues, podía continuar en el uso de la vivienda arrendada; lo que para algunos suponía un cambio de titularidad del contrato de arrendamiento mediante una cesión o subrogación *ex lege* de la cualidad de arrendatario, de tal modo que, el cónyuge adjudicatario pasaba a ocupar la posición que originariamente tenía su consorte en el contrato de arrendamiento y el primitivo titular dejaba de formar parte en ese contrato con base a argumentos como: 1. De no atribuirse al cónyuge del arrendatario la cualidad de nuevo arrendatario su situación podría verse perjudicada en las hipótesis en las que el primitivo titular decidiera hacer uso del derecho que le concede el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y desistiera del contrato, o

¹²⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1272); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148); de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404); y de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6708).

¹²¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 7 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5108); y de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3139).

llegado el momento de su vencimiento no lo renovase; 2. Dado que el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige el consentimiento del arrendador para efectuar cualquier tipo de cesión del contrato de arrendamiento, se entiende que el artículo 15 constituye una excepción a aquel precepto, y, en consecuencia, una hipótesis de subrogación o cesión *ex lege*; 3. No es posible separar el derecho en sí, del uso de la cosa arrendada, puesto que precisamente el principal contenido de tal derecho es el de usar y disfrutar de la cosa; 4. La notificación al arrendador tiene por objeto comunicarle que habrá un nuevo titular del contrato de arriendo, puesto que precisamente el principal contenido de tal derecho es el de usar y disfrutar de la cosa; 5. El propio contenido del derecho de arrendamiento, que supone «*el goce o uso de una cosa por el tiempo determinado y precio cierto*» (ex art. 1543 del CC), determina que, no se considere lógico, pretender mantener el título de arrendamiento para aquel cónyuge que ha perdido el uso de la vivienda por una resolución judicial a favor del otro cónyuge; en definitiva, sólo puede haber un arrendatario que, es aquel que puede ejercer las facultades de uso y disfrute; 6. Además esta subrogación tiene efectos en la esfera procesal, pues, en caso de incumplimiento contractual atribuible al arrendatario, estaría legitimado pasivamente el cónyuge que tiene atribuido el uso, y activamente cuando pudiera dirigirse frente al arrendador. Se trataría de una legitimación que sería exclusiva, ya que el arrendador no tendría que dirigir también su acción contra el arrendatario inicial, al haber sido éste sustituido en virtud de la resolución judicial¹²²; para otros, estamos ante una simple cesión del uso, de forma que el cónyuge adjudicatario sólo disfruta del uso, de la posesión de la vivienda arrendada por su consorte, y, en consecuencia el titular del contrato, y por ende, quien ostenta la condición de arrendatario frente al arrendador, continúa siendo el cónyuge que desde el inicio firmó el contrato de arrendamiento sobre la base: 1. El único derecho que se atribuye al cónyuge del arrendatario es un simple derecho de uso, que no implica un cambio en la titularidad del contrato de arrendamiento; de tal modo que, frente al arrendador el arrendatario seguirá siendo el cónyuge firmante del contrato; 2. El artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos supone una excepción al derecho del arrendador de resolver de pleno derecho el contrato alegando que la vivienda ha dejado de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o

¹²² ELORRIAGA BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 538-540; LOSCERTALES FUERTES, D., *Los arrendamientos urbanos*, SEPIN, Madrid, 1995, págs. 237-238; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 192; RODRÍGUEZ CEPEDA, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*, director: Antonio PAU PEDRÓN, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, págs. 136-141; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», en *Aranzadi Civil*, 1998-I, págs. 93-94. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 30 de enero de 1998 (AC 1998/3155); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.^a, de 21 de abril de 1998 (AC 1998/4732); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 18 de junio de 1999 (AC 1999/1564); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 1999 (AC 1999/335); de la misma Audiencia y Sección, de 4 de septiembre de 2000 (AC 2000/2112); de la misma Audiencia, Sección 5.^a, de 7 de septiembre de 2000 (JUR 2000/299185); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a, de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001/72823); de la misma Audiencia, Sección 13.^a, de 27 de marzo de 2001 (AC 2001/1914); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 14 de junio de 2002 (JUR 2002/194044).

de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; 3. Se alude en el artículo 15 al uso de la vivienda y para nada se menciona la titularidad arrendaticia; 4. La utilización conjunta de los términos «continuar» y «uso» parecen demostrar que el legislador de 1994 no ha pretendido convertir *ex lege* en arrendatario al cónyuge usuario de la vivienda arrendada; 5. Operando sobre un argumento analógico, se señala que, si en la hipótesis en que el juez atribuye el uso de la vivienda al cónyuge que no es el propietario de la misma, no supone que se prive a éste de su título de propiedad, sino que seguirá siendo el propietario, si bien no podrá hacer uso de la vivienda; con más razón debe sostenerse lo mismo, cuando de lo que es titular el cónyuge no es ya de la propiedad de la vivienda, sino sólo del arrendamiento, por lo que continuará siendo el titular arrendaticio el cónyuge arrendatario y su consorte tendrá sólo derecho a usar la vivienda arrendada; 6. Si el cónyuge arrendatario no pagase la renta y el arrendador ejercitase una acción de desahucio, el cónyuge usuario debería ser llamado al proceso —en una suerte de litisconsorcio pasivo necesario—, siempre que hubiera comunicado al arrendado su voluntad de continuar usando la vivienda, de acuerdo con el artículo 15.2; 7. Se atribuye al cónyuge no arrendatario solamente un derecho de posesión exclusiva que se traduce en la posibilidad de proseguir en el disfrute de la vivienda tras la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, que le unía con el arrendatario; lo que viene, además, avalado por la remisión expresa que el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos hace a los artículos 90 y 96 del Código Civil; 8. Antes del proceso de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, el cónyuge no arrendatario tenía ya un derecho a usar y disfrutar de la vivienda arrendada por razón de la relación conyugal que, le vinculaba al titular del contrato. Por este motivo, si tras el proceso matrimonial se le atribuye el uso de la misma, se puede decir que el cónyuge no arrendatario permanece en un derecho que, ya le correspondía con anterioridad, aunque el título que, le ofrezca cobertura sea distinto en uno y otro momento¹²³.

¹²³ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 5.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 423, habla de un derecho de posesión exclusiva inespecífico; COLINA GAREA, R., «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1998, págs. 293-296; BENAVENTE MOREDA, P., «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», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XLI, fascículo III, julio-septiembre de 1988, págs. 874 y 879; COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», en *Aranzadi Civil*, 2003-II, págs. 2056-2058; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», en *La Ley* 2006-4, pág. 1725; CERVILLA GARZÓN, M.ª D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 59; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 15-16, septiembre de 2012, pág. 1577; ACHÓN BRUÑEN, M.ª J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», en *Revista Jurídica SEPIN. Arrendamientos Urbanos*, núm. 304, marzo-abril de 2010, pág. 14; ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, T. I, coordinador: Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007,

Esta situación controvertida se ha resuelto con la reforma del artículo 15 por Ley 4/2013, pues, en su número uno dispone que *«el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato»*¹²⁴. Se aclara con ello la posición contractual del cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda arrendada que, pasa a ser el titular del contrato —titular único del contrato—. De forma que, en virtud de una subrogación *ex lege* o novación subjetiva del contrato de arrendamiento, se convierte en el único arrendatario, si comunica su voluntad de continuar en el uso de la vivienda arrendada. Por lo que sí puede continuar en el uso de la vivienda arrendada, ahora, como titular del arrendamiento por el plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, habrá de entenderse que, no solamente lo será por el plazo pactado sino también por el correspondiente a las prórrogas legales y tácita (tres años y un año —arts. 9 y 10 de la LAU reformados por la Ley 4/2013) que, es el tiempo de duración que se reconoce al primitivo arrendatario, y por ende, a quien ahora por exigencia legal ocupa su lugar en el contrato de arrendamiento. Lo cierto es que, para el legislador el cambio de arrendatario por razón de la crisis matrimonial, no determina la extinción del contrato antes del plazo pactado y de las sucesivas prórrogas legales y prórroga tácita.

Asimismo, conviene precisar que la atribución judicial de la titularidad del contrato de arrendamiento no supone la creación de un título específico *ex novo*, sino que únicamente produce una concentración de la titularidad y de las facultades arrendaticias a favor de uno de los cónyuges al que se adscribe la posibilidad de utilización exclusiva de la vivienda que, antes ambos compartían. De tal forma que, si la detentación previa lo era en función de un título arrendaticio, la atribución judicial no puede sobrepasar las facultades que en aquél se integran; por lo que la subrogación operará en el título arrendaticio existente, y no supondrá

págs. 342-343, quien precisa que, debido a que el cónyuge no titular tiene el uso (exclusivo) de la vivienda arrendada, siempre que se presente una demanda que puede afectar a dicho uso, a su juicio, existirá un litisconsorcio pasivo necesario, debiendo ser demandado no sólo el cónyuge titular del arrendamiento, sino también el cónyuge a quien se le ha atribuido el uso, ya que, evidentemente, la sentencia que se dicte le podrá afectar. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 7 de septiembre de 1998 (AC 1998/1685); de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/1991); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 23 de enero de 1999 (AC 1999/150); de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2000 (AC 2000/4631); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/6); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 25 de noviembre de 2001 (JUR 2001/77610); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 27 de junio de 2002 (JUR 2002/226663); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2.ª, de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003/14466); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, de 8 de marzo de 2004 (JUR 2004/122474).

¹²⁴ Por su parte, en el artículo 1751 del *Code Civil* francés se dispone que: *«El derecho arrendaticio sobre local no profesional ni comercial que sirva efectivamente de vivienda de dos esposos, se considera que pertenece a ambos, cualquiera que sea su régimen matrimonial y salvo pacto en contrario, incluso si el arrendamiento fue constituido antes del matrimonio»*.

En caso de divorcio o de separación podrá atribuirse este derecho por el Tribunal que conozca de la demanda de divorcio o de separación a uno de los esposos, considerando los intereses sociales y familiares en cuestión, y sin perjuicio del derecho de reembolso o de indemnización a favor del otro esposo».

el nacimiento de ningún otro. La propiedad de la vivienda la sigue ostentando el arrendador¹²⁵.

Como dice textualmente el precepto «*el cónyuge podrá continuar en el uso*» por lo que también será de aplicación a los supuestos en los que al cónyuge no arrendatario al que se atribuye el uso de la vivienda, como consecuencia de la crisis matrimonial o por cualquier otra circunstancia no residiese eventualmente en la misma en el momento de dictarse la resolución judicial justificativa de tal atribución¹²⁶.

En esencia, como precisa acertadamente SANTOS MARTÍNEZ, el artículo 15 posibilita la atribución del uso de la vivienda arrendada —o interés familiar— más necesitado con independencia de si es o no arrendatario; garantiza la plena vigencia y validez del contrato de arrendamiento a pesar de la salida del arrendatario; y, en fin, da publicidad al arrendador de la continuidad en el uso de la vivienda por parte del arrendatario¹²⁷.

Ahora bien, como señalamos en el apartado anterior, lo determinante es que uno de los cónyuges haya celebrado el contrato de arrendamiento. Por lo tanto, aunque el matrimonio estuviera casado bajo el régimen de gananciales, cuando se concertó el contrato, se aplica el artículo 15 pues, el titular externamente del contrato sólo lo será el cónyuge que, celebró el contrato y no los dos consortes. Por lo que, de la interpretación conjunta de esta norma con los artículos 7, 12 y 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, procede determinar que, en todos estos supuestos, se parte de la base de la no naturaleza ganancial del derecho arrendaticio firmando constante matrimonio; pues, de operar en otro sentido, supondría dejar muy reducido el campo de aplicación de tales preceptos¹²⁸; aunque no faltan quienes se inclinan por su ganancialidad¹²⁹. Distinto del arrendamiento

¹²⁵ En esta línea, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 90.

¹²⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 30 de abril de 2002 (*JUR* 2002/207050).

¹²⁷ SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, pág. 1573.

¹²⁸ CARRERAS MARAÑA, J. M., «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda», en *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, director: Miguel Ángel LARROSA AMANTE, T. I, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2009-50, pág. 191; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1723, entiende que el supuesto recogido por el precepto es la atribución del uso al cónyuge no arrendatario, excluyéndose por tanto cualquier tipo de cotitularidad del derecho del arrendamiento; ACHÓN BRUÑEN, M.ª J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 13.

¹²⁹ CERVILLA GARZÓN, M.ª D., «La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular», *op. cit.*, págs. 47-48, considera ganancial el contrato que hubiera sido suscrito por uno de los esposos antes de contraer matrimonio y se presume la titularidad compartida desde la aplicación de los artículos 1347.3, 1361 y 1346.3 del Código Civil, a no ser que se acredite que la renta ha sido abonada con bienes privativos del cónyuge titular. En consecuencia, del ámbito de aplicación del precepto han de excluirse los supuestos de cotitularidad del derecho. Asimismo, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 73-74, califica de ganancial todo arriendo que sirve de base a la vivienda familiar realizado constante matrimonio. En primer lugar, apuntan la posible individualidad o consorcialidad de los

ganancial es el coarrendamiento, cuando ambos cónyuges firman el contrato o uno de ellos actuando en representación del otro, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que, exista entre ellos. En este caso, si hay titularidad conjunta del contrato.

Por lo que, aun siendo el régimen matrimonial el de gananciales, si como consecuencia de la crisis matrimonial, se atribuye al cónyuge no titular del arrendamiento el uso de la vivienda, con la actual regulación automáticamente por subrogación *ope legis* pasa a ser el titular exclusivo del arrendamiento.

Por otra parte, con la nueva redacción del artículo 15.1, la remisión a los artículos 90 y 96 del Código Civil en lo que referencia a la atribución del uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio, se sustituye por una fórmula más genérica «a lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación», con el objeto de adaptarlo a la existencia de legislaciones autonómicas con competencia de derecho civil propio que, pueden regular los efectos referidos a la atribución del uso de la vivienda en supuestos de crisis matrimonial, y, por tanto, no resulta únicamente aplicable el Código Civil español en esta materia¹³⁰.

arriendos los artículos 1346.4 y 1347.4 del Código Civil, donde se indica que serán privativos o gananciales los bienes adquiridos como consecuencia de un retracto privativo o ganancial; en segundo lugar, con más trascendencia han de mencionarse los artículos 1362 y 1365 del Código Civil, en cuya virtud parece evidente que, salvo pacto expreso en contrario, supone una carga común el pago del alquiler que sirve de sustento a la familia. De esta manera, siendo a cargo del consorcio el pago de la renta, el principio *ubi emolumentum ibi onus* nos lleva a considerar que también será la sociedad conyugal la titular del derecho a la posesión arrendaticia en que se concreta el lado activo de tal relación de inquilinato; y, en tercer lugar, aboca también a esta idea el artículo 1347.3 del Código Civil que considera comunes los derechos adquiridos a costa del caudal común para la comunidad, y en última instancia el artículo 1361 del propio texto legal. Si el régimen es de separación de bienes, para este mismo autor, por la vía del artículo 1319 del Código Civil cuya finalidad es facilitar la gestión de la economía matrimonial, señala que estaremos ante una situación de coarrendamiento normal.

Por su parte, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, págs. 155-156, precisa que, «una de las posibles soluciones hubiese sido exigir en los contratos de arrendamiento de viviendas suscritos por arrendatarios que estuviesen casados la intervención de ambos cónyuges o la intervención de uno de ellos con el consentimiento del otro, y siempre con independencia del régimen económico matrimonial aplicable al matrimonio»; y, añade que «es discutible, por ejemplo, si bajo el régimen de la sociedad de gananciales el arrendamiento de vivienda debe calificarse como uno de los actos sometidos al consentimiento de ambos cónyuges a tenor del artículo 1375 del Código Civil y concordantes. No se escapa que esta solución de la intervención conjunta no sería aplicable en los arrendamientos pactados antes del matrimonio, en la que tal exigencia sería imposible». Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1721), bajo la vigencia de la LAU del 64; y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 3 de abril de 1998 (AC 1998/5244), que sostienen una cotitularidad en los arrendamientos de vivienda formalizados constante matrimonio bajo la sociedad de gananciales.

¹³⁰ En el Proyecto de Ley inicial se hacía referencia «a lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil». El texto actual es consecuencia de la aceptación de las enmiendas número 11 de La Izquierda Plural, 52 del GP Catalán (CiU) y 92 del GP Vasco (EAJ-PNV), tal como se recoge en el Informe de la Ponencia (Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 21-2, de 12 de febrero de 2013, págs. 10, 39, y 70; y Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 21-3, de 27 de febrero de 2013, pág. 1).

En este contexto resulta curioso que, el legislador hable de atribución del uso de forma permanente o en un plazo superior al que reste por cumplir, cuando la tendencia de los tribunales es a la temporalidad en el uso. En todo caso, de atribuirse un uso superior al plazo de cuatro (inicial más prórroga legal y tácita), el contrato se extingue al llegar dicho plazo. Y si se atribuye un uso inferior (de dos años, por ejemplo) —supuesto que no aparece previsto en la norma, y, asimismo, podría resultar poco probable, teniendo en cuenta la reducción de duración del contrato de arriendo en esta Ley—, respecto al plazo del arriendo que, supongamos se ha pactado en cuatro años, cabe preguntarse, si deberá extinguir el arrendamiento antes —en concreto cuando termine el plazo atribuido para el uso—, o continuar con el primitivo arrendatario desde que, el cónyuge deja de tener el derecho de uso de la vivienda. Si, como parece el titular del contrato pasa a ser por imposición legal el cónyuge al que se atribuye el uso, una vez que deja de tener el uso, habría de extinguirse el arriendo. De lo contrario, estaríamos ante una cesión inconstituida que daría lugar a la resolución del contrato por la vía del artículo 27.2, letra c) de la Ley 29/1994, pues la titularidad del arrendamiento concedida legalmente al cónyuge no arrendatario lo es por el plazo por el que se le ha atribuido el uso de la vivienda. También es posible entender que, la titularidad del arrendamiento que se concede en esta norma, es para continuar en el uso de la vivienda, bastando que se le haya atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio tal uso por el tiempo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, y aunque la norma se refiera a la atribución del uso de forma permanente o por un plazo superior al del plazo pactado del arrendamiento más las prórrogas. Y, asimismo, se puede considerar que, el cónyuge no arrendatario es el único titular durante el tiempo que tiene atribuido el uso, una vez terminado éste, continuará el arrendamiento con el primitivo arrendatario —como si su titularidad ha quedado «suspendida» durante dicho periodo temporal—, lo que implicaría que el cónyuge arrendatario no ha dejado de ser titular; no obstante, la intención del legislador parece ser otra, pues, la norma establece que, para estos supuestos, el cónyuge usuario no arrendatario pasa a ser el único titular del contrato.

Lo cierto es que, al ser el cónyuge usuario no arrendatario el titular del contrato le corresponden todos los derechos y obligaciones exigibles a todo arrendatario¹³¹, como el pago de la renta —que podrá influir en la fijación de otras medidas como la pensión de alimentos para los hijos o la pensión compensatoria, al igual que, la propia atribución del uso que, como tal medida puede suponer o no una especificación del pago de la pensión alimenticia—¹³², asimismo, en

¹³¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 4 de septiembre de 2000 (AC 2000/2112).

¹³² COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2038, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar distingue dos supuestos: 1. Si el matrimonio en crisis tenía hijos, la atribución del uso obedece, por una parte, a un pago *in natura* del derecho de alimentos que corresponde a los hijos —pago a través del uso de la vivienda que será parcial—, puesto que, el derecho de alimentos no sólo comprende la habitación, sino también el sustento, la educación, la sanidad, etc.; por otra, en su caso, a un pago *in natura* de la pensión compensatoria, si se ha determinado en la sentencia que el cónyuge adjudicatario tenía derecho a ella; 2. Por el contrario, si el matrimonio no ha tenido descendencia, pero aún así, se le atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no titular, considera que dicha atribución debe considerarse como pago de la pensión compensatoria a la que el mismo tenía derecho. Por su parte, MORENO VELASCO, V.,

caso de enajenación de la vivienda arrendada podrá ejercitar los derechos de adquisición preferente —derecho de tanteo o retracto— establecido en el artículo 25 —modificado parcialmente en esta Ley 2013—; y, en caso de fallecimiento, como arrendatario serán los parientes previstos en el artículo 16.1 quienes tendrán derecho a la subrogación *mortis causa*, además de su cónyuge o pareja de hecho de tenerla.

De forma que, se mantiene el contrato de arrendamiento tal como se convino con el primitivo arrendatario¹³³.

Por otra parte, de nuevo el legislador ha omitido la referencia a las parejas de hecho o convivientes *more uxoris* en este precepto. Lo que entendemos representa otra vez una ausencia intencional, pues, de la misma forma que los artículos 12 y 16.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —que no han sido modificados en la actual reforma— hacen referencia expresa a la pareja de hecho o al conviviente estable en pareja, se podía haber aprovechado la modificación de este artículo para incluirla, pero se ha optado por seguir la línea del legislador de 1994. Si bien, como señala, el artículo 15.1 habrá que estar a la legislación civil que resulte de aplicación en relación a la atribución del uso de la vivienda, por lo que tal remisión puede propiciar su extensión a este supuesto¹³⁴.

«La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1725, discrepa de aquellos autores que mantienen que la cesión del uso constituye una modalidad de pago de alimentos a los hijos, en su caso, o una forma de pago de la pensión compensatoria, ya que el derecho de uso tiene una finalidad de garantizar la satisfacción de la necesidad de alojamiento de la familia o del cónyuge más necesitado de protección.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 9 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/48386), se reduce la cuantía de los alimentos a los hijos por atribución del uso de la vivienda a la esposa, que tiene la guarda y custodia de los hijos. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 19 de noviembre de 2004 (*JUR* 2004/311989); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 15 de julio de 2010 (*JUR* 2010/328337), el uso temporal de la vivienda, privativa del esposo, se considera como contribución del padre a los alimentos de los hijos a sumar a la cuantía dineraria.

¹³³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, de 18 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/115579); Sección 4.ª, de 27 de febrero de 2002 (*AC* 2002/978); y Sección 4.ª, de 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/117582).

¹³⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», *op. cit.*, pág. 91, considera que no tiene sentido una hipotética extensión analógica de las consecuencias de la norma a los convivientes *more uxoris*; asimismo, CARRERAS MARAÑA, J. M., «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda», *op. cit.*, págs. 205-206, considera que una interpretación extensiva no resulta posible; COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2067, distingue si la pareja no tiene hijos, en la hipótesis de ruptura de la convivencia, el artículo 15 de la LAU no debe serles de aplicación; ahora bien, si hay hijos, entiende que, procederá su aplicación, y la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar al conviviente de hecho que no es titular del contrato de arrendamiento, está justificada como parte del pago del derecho de alimentos de esos hijos comunes; sin embargo, SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, págs. 1582-1583, considera que la ausencia de previsión legal no implica *per se* la exclusión a aquellos supuestos en los que el juez de familia atribuye el uso de la vivienda al conviviente más necesitado de protección, pese a no existir matrimonio entre ellos; por su parte, MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1726, no le parece

Ahora bien, la titularidad del contrato de arrendamiento de cónyuge no arrendatario tiene lugar cuando en el convenio regulador ratificado judicialmente, o en la sentencia judicial en que se fijen las medidas definitivas, le atribuyen el uso de la vivienda. Pero de nuevo el legislador no se pronuncia acerca de si tal titularidad también opera, si se han solicitado y adoptado medidas previas, o provisionalísimas que se pueden adoptar antes de la presentación de la demanda

razonable y más bien considera un olvido del legislador de 1994 equiparar a las parejas de hecho a los efectos previstos en los artículos 12 y 16 de la LAU y no permitir la aplicación del artículo 15 LAU a las parejas de hecho; ACHÓN BRUÑEN, M.^a J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 15, señala que, debe admitirse la aplicación analógica. Por su parte, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 416-417, afirma que el ámbito de aplicación del artículo 15 de la LAU está circunscrito a aquellos sujetos que ostenten la condición de cónyuges, ya que, a diferencia de los artículos 12 y 16 de la LAU, en aquel precepto no se hace referencia alguna a las parejas de hecho. A juicio de este autor no se trata de un trato discriminatorio, ni de una laguna, sino más bien de la constancia de los propios límites del legislador arrendaticio, dado que lo dispuesto en el artículo 15 de la LAU trae causa y da forma a una atribución de derechos operada en virtud del Código Civil, y el legislador arrendaticio no está en condiciones de establecer si los artículos 90 y 96 del Código Civil son aplicables analógicamente a las parejas de hecho. Por lo que, concluye el autor, señalando que serán los jueces y Tribunales al aplicar estos preceptos, lo que deban considerar, si procede la analogía o no con lo dispuesto en los artículos 12 y 16 de la LAU.

De todas formas, como el propio artículo 15 alude a otras legislaciones civiles, hay que señalar que, el artículo 234-8 del Código Civil catalán dentro del capítulo IV, Convivencia estable en pareja, prevé que bien porque los convivientes en pareja estable lo acuerden, o a falta de acuerdo, porque lo fije la autoridad judicial se puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas: a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta; b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.

Al efecto, el artículo 234-8, Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar dispone que:

- «1. Los convivientes en pareja estable pueden acordar la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de este.
2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, en el caso de que los convivientes tengan hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas: a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta. b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.
3. La atribución o distribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja que no es beneficiario, debe ser tenida en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimentaria que eventualmente devengue el otro miembro de la pareja.
4. Se aplica a la atribución o distribución del uso de la vivienda lo establecido por el artículo 233-20.6 y 7 y los artículos 233-21 a 233-25».

Estos últimos preceptos se encuentran dentro del Capítulo III de los Efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio o de la separación, Sección cuarta, Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, por lo que tal remisión supone una armonización con la regulación del matrimonio en esta materia.

(art. 104 del CC), o medidas provisionales, es decir aquellas que se adoptan con la admisión de la demanda, en virtud del artículo 103 del citado cuerpo legal, donde precisamente se puede adjudicar la vivienda al cónyuge no arrendatario. Parece que, pese a la falta de expreso pronunciamiento de nuestro legislador, la remisión genérica a la legislación civil que resulte de aplicación, en lugar de la que realizaba la anterior regulación a los artículos 90 y 96 del Código Civil, posibilita que, asimismo, sea titular del arrendamiento el cónyuge usuario no arrendatario, cuando se adopten tales medidas, si bien, tendrá que comunicar al arrendador su voluntad de seguir usando la vivienda arrendada en el plazo de dos meses; y, si se le adjudica en la sentencia definitiva del proceso, deberá, igualmente, de nuevo notificar la atribución definitiva en el uso de la vivienda al arrendador en el citado plazo¹³⁵.

De todas formas, no ha variado la forma de oponer este derecho de uso de la vivienda arrendada por parte del cónyuge del arrendatario al arrendador conforme la legislación anterior, ya que en el artículo 15.2 se sigue disponiendo que *«la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda»*.

La voluntad del cónyuge usuario de continuar en el uso de la vivienda, por tanto, habrá de ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses a contar desde la notificación a aquél de la resolución judicial de separación judicial o divorcio en el que le ha sido atribuido el uso de la vivienda.

El sujeto emisor de la notificación no cabe duda que, es el cónyuge usuario, como titular del arrendamiento, que deberá llevarla a cabo en el plazo indicado de dos meses —plazo que habrá de computarse de acuerdo con el art. 5 del CC de fecha a fecha—¹³⁶. No se establece, de nuevo, nada sobre la forma de notifi-

¹³⁵ Partidarios de aplicar la norma en los supuestos de medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil y en las medidas provisionalísimas o previas previstas en el artículo 104 del citado texto legal, vid., ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 342; COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2064; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1723; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 93; GONZÁLEZ POVEDA, P., «Las crisis matrimoniales y la Ley de Arrendamientos Urbanos. Los artículos 12 y 15», en *Revista Jurídica SEPIN. Cuadernos Arrendamientos Urbanos. Propiedad Horizontal*, núm. 168, marzo de 1997, pág. 22. En contra, RODRÍGUEZ CEPEDA, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 134; ACHÓN BRUÑEN, M.^a J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 15; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 156; CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 418, quien entiende que la continuidad en el uso no debe venir necesariamente acompañada de la notificación correspondiente al arrendador, además de no ser razonable someter al cónyuge a la carga de notificar y, después, acaso, resultar que la sentencia no le atribuye definitivamente el uso de la vivienda. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/1991).

¹³⁶ Con la regulación de 1994, para quienes eran partidarios de una simple cesión del uso a favor del cónyuge usuario, señalaban que nada impedía que si los cónyuges lo acordaban, la notificación la realizase el titular del contrato de arrendamiento, o incluso otra persona en su nombre, vid., al respecto, COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, «La vivienda familiar en alquiler

cación, por lo que, en principio, se admite cualquiera, incluso en forma verbal¹³⁷. No obstante, dado que el cónyuge atributario deberá probar que ha realizado la notificación dentro del plazo legal, y, asimismo, debe acompañar a la misma, copia de la resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda, sería conveniente realizarla por escrito, y, además de forma tal que deje constancia de su recepción por el arrendador¹³⁸. Lo cierto es que, el legislador está pensando en una notificación recepticia, por lo que sería necesario que, llegase a conocimiento del arrendador en el plazo de dos meses desde que, se ha notificado la resolución judicial correspondiente al cónyuge no arrendatario a quien se atribuye el uso de la vivienda.

Ahora bien, conviene precisar que, la subrogación *ex lege* en la titularidad del contrato de arrendamiento por el cónyuge usuario no se produce desde la notificación al arrendador de la voluntad de éste de continuar en el uso de la vivienda arrendada, sino desde la firmeza de la propia sentencia judicial de separación o divorcio que, atribuye al cónyuge no arrendatario de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, el uso de la vivienda. Si bien, está sometida dicha subrogación a un plazo de caducidad de dos meses desde que, fue notificada la resolución judicial correspondiente. Esto es importante porque desde el momento en que el cónyuge usuario es titular del arrendamiento nacen para él todos los derechos y obligaciones derivados del mismo.

De no realizarse tal notificación, no supone la extinción automática del contrato de arrendamiento por haber dejado de satisfacer la necesidad permanente de vivienda [art. 27.2, letra f) de la Ley de Arrendamientos Urbanos], o su resolución por la causa establecida en el artículo 27.2, letra c), aunque puede condicionar la eficacia de la atribución del uso de la vivienda frente al arrendador, pues, tal notificación no presenta carácter constitutivo ni supone transferencia de derechos contractuales¹³⁹; ahora bien, ello no impide que tal incumplimiento pueda derivar en una resolución del contrato por cesión o subrogación inconsentida del arrendador¹⁴⁰.

y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2058; ACHÓN BRUÑEN, M.^aJ., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 13.

¹³⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 21 de julio de 2000 (*JUR* 2000/306386); y de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.^a, de 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/169365).

¹³⁸ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 425-426, critica que se exija la copia de la resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda, pues, semejante requisito es injustificado y prueba cómo el legislador confunde la eficacia de la notificación con la prueba de los hechos en que se funda. Si se notifica por escrito o verbalmente dentro del plazo del mes, la continuación es eficaz frente al arrendador, siempre que sean ciertos los hechos en los que se funda; veracidad que, si es discutida, será resuelta de forma contenciosa.

¹³⁹ En esta línea, FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, pág. 214. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a, de 28 de febrero de 2000 (*JUR* 2000/207495); de la misma Audiencia, Sección 18.^a, de 28 de junio de 2000 (*JUR* 2000/227936); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/4631).

¹⁴⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 31 de julio de 2000 (*JUR* 2000/298283); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/4631).

Por último, hay que señalar que, por un lado, se trata de una norma imperativa, por lo que no podrán pactar arrendador y arrendatario, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 16.4, con respecto a los contratos de arrendamiento cuya duración inicial pactada sea superior a tres años —antes recordemos cinco años— que, no tenga lugar la continuidad en el uso —esto es, cambio en la titularidad del contrato— por parte del cónyuge no arrendatario transcurridos tres años de contrato, o que el arrendamiento se extinga al cumplirse el tercer año, si dicho cambio ha tenido lugar con anterioridad. Y, por otro, que una eventual modificación de la medida de atribución del uso de la vivienda a favor del primitivo arrendatario, exigirá una nueva subrogación o novación subjetiva *ope legis* convirtiéndose, en virtud de la resolución judicial modificativa que le atribuye el uso, en el titular del arrendamiento y como dice el artículo 15 podrá continuar en el uso de la vivienda —interrumpido por anterior sentencia judicial—, debiendo, igualmente, comunicar al arrendador su voluntad de continuar en el uso de la vivienda arrendada, en el plazo de dos meses desde que le fue notificada la resolución de modificación de medidas, cuya copia o de la parte de la misma que, afecta al uso de la vivienda deberá ser entregada al arrendador¹⁴¹.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», en *Revista Jurídica SEPIN. Arrendamientos Urbanos*, núm. 304, marzo-abril de 2010.
- CARRASCO PERERA, Á.: «Comentario a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- CARRERAS MARAÑAS, J. M.: «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda», en *Derecho Inmobiliario: Problemática actual*, director: Miguel Ángel LARROSA AMANTE, T. I, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2009-50.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*, T. I, coordinador: Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a: «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», en *Aranzadi Civil*, 2003-II.
- COLINA GAREA, R.: «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1998.

¹⁴¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.^a, de 9 de julio de 2004 (*JUR* 2004/299381).

- ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Comentarios a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, Jurisprudencia y Formulario)*, T. I, coordinador: FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FINEZ, J. M.: «Comentario a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ POVEDA, P.: «Las crisis matrimoniales y la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Revista Jurídica SEPIN, Cuadernos de Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal*, núm. 168, marzo de 1997.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», en *Aranzadi Civil*, 1998-I.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.^a del C.: «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2012.
- MORENO VELASCO, V.: «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en los procedimientos de separación de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 LAU», en *La Ley*, 2006-4.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C.: *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- ROJO AJUARIA, L.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995.
- SANTOS MARTÍNEZ, A. M.: «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 15-16, septiembre de 2012.
- SERRANO ALONSO, E.: «Comentario a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995.
- VALLADARES RASCÓN, E.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 7 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5108).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3590).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 21 de junio de 2011 (*RJ* 2011/7325).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6708).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 30 de mayo de 2012 (*RJ* 2012/6547).
- SAP, Granada, Sección 4.^a, de 21 de abril de 1998 (*AC* 1998/4732).
- SAP, Asturias, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 1999 (*AC* 1999/335).
- SAP, Barcelona, Sección 4.^a, de 21 de julio de 2000 (*JUR* 2000/306386).
- SAP, Asturias, Sección 5.^a, de 7 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/299185).
- SAP, Álava, Sección 1.^a, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/4631).
- SAP, León, Sección 2.^a, de 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/169365).
- SAP, Asturias, Sección 13.^a, de 27 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1914).

- SAP, Barcelona, Sección 13.^a, de 18 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/115579).
- SAP, Asturias, Sección 5.^a, de 14 de junio de 2002 (*JUR* 2002/194044).
- SAP, Cáceres, Sección 1.^a, de 27 de junio de 2002 (*JUR* 2002/226663).
- SAP, A Coruña, Sección 2.^a, de 27 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/14466).
- SAP, Barcelona, Sección 4.^a, de 8 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/122474).

RESUMEN

VIVIENDA ARRENDADA,
CÓNYUGE, PAREJA DE HECHO,
NO RENOVACIÓN, DESISTIMIENTO,
ABANDONO, SEPARACIÓN O
DIVORCIO

La protección jurídica del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario para su permanencia en la vivienda familiar arrendada ante situaciones como la no renovación, desistimiento o abandono, o, consecuencia de un proceso de separación o divorcio en la que se le atribuya el uso, es el objeto del presente estudio, máxime tras la reforma parcial de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, por la Ley de 23 de mayo de 2013.

ABSTRACT

HIRED HOUSING, SPOUSE,
UNMARRIED COUPLE, NOT
RENOVATION, NO TO CONTINUE,
TO LEAVE THE HOME,
SEPARATION OR DIVORCE

The juridical protection of the spouse or unmarried couple of the lessee for his permanency in the familiar housing hired before situations like not renovation, not to continue or to leave the home, or, consequence of a process of separation or divorce in the one that assumes the use to him, it is the object of the present study, especially after the partial reform of the Law 29/1994, of November 24 of Urban rent for the Law of May 23, 2013.