

Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos)

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES: INTRODUCCIÓN.—H. FACULTAD DE SUBROGACIÓN EN CASO DE DESISTIMIENTO Y NO RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (ART. 12.1 Y 2 LAU): A) SIGNIFICADO. B) REQUISITOS. C) MOMENTO DE LA SUBROGACIÓN EN EL ARRENDAMIENTO O, EN SU CASO, DE SU EXTINCIÓN. D) PAGO DE LAS RENTAS. E) NO CONTESTACIÓN PERO PERMANENCIA EN LA VIVIENDA. F) EL ANTIGUO ARRENDATARIO, ¿SIGUE SIÉNDOLO? G) ¿ES POSIBLE VOLVER A APLICAR EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. H) ¿ES EXIGIBLE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA PARA EL CASO DE DESISTIMIENTO?—II. FACULTAD DEL CÓNYUGE DEL ARRENDATARIO QUE ABANDONA LA VIVIENDA ARRENDADA: A) SENTIDO. B) PRESUPUESTOS DE LA FACULTAD DE SUBROGARSE. C) CONSECUENCIAS DE LA NO NOTIFICACIÓN. D) MOMENTO DE LA EXTINCIÓN O DE LA SUBROGACIÓN. E) PAGO DE LAS RENTAS.—IV. REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CONCERTADO POR UNO SOLO DE LOS ESPOSOS.—V. ATRIBUCIÓN DE ESTAS FACULTADES A LOS COMPONENTES DE LAS PAREJAS QUE CONVIVEN *MORE UXORIO*.

I. ASPECTOS GENERALES: INTRODUCCIÓN (1)

El precepto cuyo estudio va a ocuparnos a continuación es reflejo y consecuencia de una de las preocupaciones que, en los últimos años y

(1) El artículo 12 LAU se aplica no sólo a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados una vez en vigor la Ley en que se inserta, sino también, tal y como

siguiendo los designios de los artículos 39.1, y 47 de la Constitución de 1978, ha inquietado al legislador español, si bien dentro de un movimiento más general que ha afectado a gran parte de las legislaciones europeas (2): la protección de la vivienda familiar. Concretamente, es esta idea la que fundamentó ya las normas contenidas en los artículos 1.320, 1.321, 96 ó 103 del Código Civil, fruto de las recientes reformas del Derecho de Familia (3), cuya regulación se ve ahora completada por lo dispuesto en los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994.

Coherentemente con ello, el precepto a analizar está emplazado en el título II de la LAU, que lleva por rúbrica «De los arrendamientos de vivienda», y, dentro de él, en el capítulo II, que trata «De la duración del contrato».

Su contenido podemos sistematizarlo siguiendo dos criterios diferentes:

- Teniendo en cuenta quiénes son los sujetos favorecidos por él, sus tres primeros apartados se proponen defender de ciertos actos llevados a cabo por el arrendatario a su esposo; mientras que el último, remitiéndose a los anteriores, lleva a cabo lo propio, pero respecto de la persona con la que el inquilino mantuviera una relación de afectividad similar a la de cónyuge. Se origina así una equiparación a estos efectos entre el matrimonio y las uniones de hecho, equiparación a la que ya se había llegado, dentro del marco del Derecho Privado, en algún otro texto legal (4), siendo lo realmente novedoso

resulta de la disposición transitoria 1.^a 1.2.º de la misma, a los concertados a partir del 9 de mayo de 1985, y en virtud de la disposición transitoria 2.ª 2, a los anteriores a dicha fecha. Vid. ALBACAR LÓPEZ, J. L.: *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la nueva Ley y legislación vigente*, Trivium, Madrid, 1995, pág. 73.

Por otra parte, sea cual sea la interpretación del artículo 149.1.8.º de la Constitución que se siga respecto a las materias sobre las que las Comunidades Autónomas con Derecho Foral pueden legislar (vid. sobre ello GUILARTE ZAPATERO, V.: *Actualidad y perspectivas del pluralismo legislativo en el Derecho Civil español. Lección inaugural del curso 1993-1994*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1993, págs. 25 y sigs.), estará incluido el contenido del artículo 12 LAU puesto que configura una base de la relación contractual del arrendamiento de la vivienda (la protección del derecho constitucional a la vivienda), tal y como ha puesto de manifiesto HIDALGO GARCÍA, S.: «Disposición final primera», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 805 y sigs., concretamente págs. 822-823.

(2) Vid. artículos 215 (Ley 65/570, de 13 de julio de 1965) y 1.751 (Ley 62/902, de 4 de agosto de 1962) del Code Civil francés y artículo 215 (Ley de 14 de julio de 1976) del Code Civil belga.

(3) Concretamente, los artículos 1.320 y 1.321 del Código Civil proceden de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo; los artículos 96 y 103, de la que efectuó la Ley 30/1981, de 7 de julio.

(4) Vid. disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre modificación del Código Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores; artículos 6 y 8 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Aunque con matizaciones, incluso podría citarse con anterioridad la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

en el precepto que analizamos, entre otros de los que componen la nueva LAU (5), la extensión de su aplicación a las parejas del mismo sexo (6).

- Desde el punto de vista de la **naturaleza de los actos** ante los que es posible reaccionar con las medidas establecidas en esta norma, sus dos primeros números configuran, en favor del esposo arrendatario, una forma de defensa alternativa a la que le brinda el artículo 1.322, en relación con el 1.320 del Código Civil (7), puesto que se refiere a supuestos previstos tanto por éstos como por aquéllos: el desistimiento y la no renovación del contrato; el tercero le ofrece protección allí donde no llegan a dársela los artículos del Código Civil últimamente expresados por aludir a conductas del inquilino que no pueden ser comprendidas por ellos y ante las que, hasta ahora, el esposo del arrendatario se veía desprotegido: nos referimos al abandono.

A pesar de tener distinta naturaleza, todos estos actos (no renovación, desistimiento y abandono) tienen algo en común: influyen en la duración del contrato de arrendamiento, pudiendo provocar, los primeros, su extinción por voluntad del titular, y el último (el abandono), la posibilidad del arrendador de resolver el contrato por la vía del artículo 27.2.º) LAU, con lo que el cónyuge o compañero, y los hijos en su caso, podrían verse en la calle si no fuera porque el legislador se ha preocupado de establecer mecanismos que impiden llegar a ello.

A los cuatro apartados que constituyen el artículo antecede un encabezado («Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario») que, como claramente se desprende de la simple lectura del precepto, no responde exactamente al contenido del mismo. Por una parte, porque no se regula en él propiamente el desistimiento o el vencimiento del contrato (8), sino las consecuencias que de ellos se derivan cuando son llevados a cabo por la sola voluntad del esposo que ostenta la calidad de arrendatario en favor del que no es tal; por otra, porque, inex-

(5) Vid. los siguientes preceptos de la LAU: artículo 16.1.b), artículo 24 y disposición transitoria 2.ªB).7.

(6) Sin embargo, la doctrina, en general, no admite que pueda hablarse de unión de hecho si falta la nota de heterosexualidad. Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992, págs. 107-108.

(7) Aplicables dada su ubicación, sin ninguna duda, cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial vigente entre los esposos.

(8) Con carácter general el desistimiento es regulado en el artículo 11 LAU, y la no renovación o renuncia a la prórroga —a la que la rúbrica se refiere con la expresión «vencimiento»— en los artículos 9 y 10, de modo que aunque el arrendatario esté casado deberá atenerse a las normas que en estos preceptos se determinan si se propone desistir o no ejercitar sus derechos de prórroga.

plicablemente —sobre todo si tenemos en cuenta la importante novedad que la atención al mismo supone—, no hace la más mínima alusión al supuesto de abandono a pesar de dedicarse a él, como hemos visto, un apartado en exclusiva.

Adelantando lo que más detalladamente diremos con posterioridad, baste apuntar en estas consideraciones generales que la protección a la vivienda familiar se lleva a cabo en todos los supuestos mediante la concesión al esposo o compañero no titular del arrendamiento de la facultad de subrogarse en la relación arrendaticia, de modo que si la ejercita debidamente el contrato del que pasará a ser arrendatario será exactamente el mismo que aquel en el que anteriormente figuraba como tal el que desistió, no renovó o llevó a cabo el abandono, lo que implica que el arrendamiento durará sólo el tiempo que reste para completar el plazo inicialmente pactado y en las mismas condiciones en que se acordó. A pesar de ello, estimamos que no puede tratarse de ver en este precepto un sucedáneo —aunque con un ámbito subjetivo más reducido, en cuanto sólo el cónyuge o el compañero pueden subrogarse— de la cesión del artículo 24 de la anterior LAU, puesto que existe una diferencia esencial entre dicha cesión —que, como el supuesto que estudiamos, no requería el consentimiento del arrendador— y la figura que se regula en el artículo 12 de la LAU actual, y es que la subrogación que en virtud de este último se produce no requiere consentimiento del titular (9) del arrendamiento dirigido en este sentido (10).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que aunque hablamos de protección de la vivienda familiar, al único que se le reconoce el derecho a través del cual tal protección se logra es al cónyuge o al compañero, no a los hijos.

(9) Otro supuesto en el que tampoco es preciso el consentimiento de la parte a la que se subroga es el regulado por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE 4 abril 1994), cuyo artículo 2 determina en su primer párrafo que «el deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil».

(10) En contra, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Hora, Valladolid, 1994, *op. cit.*, págs. 143, 146 y 147.

Respecto a los créditos o deudas existentes entre el arrendatario originario y el arrendador, y vencidos antes de la subrogación, estima CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *Comentarios a la LAU*, Aranzadi, Pamplona, 1955, pág. 274, que aquél no se libera de sus deudas y éste podrá ejercer la facultad de resolver el arrendamiento contra el nuevo arrendatario, que sólo podrá evitarlo si paga por tercero, lo cual no quiere decir que el débito se le haya transferido; tampoco se transmiten al nuevo arrendatario los créditos de dinero que el anterior tuviera contra el arrendador a no ser que se le cedan expresamente, pero sí adquiere los créditos derivados de prestación al uso útil (art. 1.554 CC).

Por otra parte, este precepto no se aplica en todo supuesto de arrendamiento familiar (caso de los arts. 1.320 y 1.322 CC), sino sólo cuando media una situación de crisis matrimonial, si es que el arrendatario estaba casado, o de ruptura de la pareja de hecho, si esta fuera la hipótesis previa. Destaca así en la nueva LAU que a pesar de su reducido número de artículos dedique dos a la protección del arrendamiento de vivienda familiar en casos de crisis matrimonial (arts. 12 y 15 LAU), lo que demuestra la gran importancia social del problema y la necesidad de resolverlo.

Concretando más, el artículo 12 LAU se aplicará, en caso de matrimonio, cuando la crisis no haya trascendido jurisdiccionalmente o cuando habiendo trascendido el Juez aún no se haya pronunciado sobre la adjudicación del uso de la vivienda (en el auto de medidas provisionales, auto de medidas provisionales o sentencia), lo cual conllevará la aplicación del artículo 15 LAU.

Por último, es necesario que el arrendamiento haya sido concluido por uno solo de los esposos o de los convivientes *more uxorio*, no por los dos, tal y como se deduce de las expresiones utilizadas por el precepto: el arrendatario, cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, cónyuge del arrendatario, persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario... (11). Pero deberá tenerse en cuenta que respecto al carácter común o privativo del arrendamiento cuando media matrimonio, habrá que estar a las normas del régimen económico-matrimonial correspondiente.

II. FACULTAD DE SUBROGACIÓN EN CASO DE DESISTIMIENTO Y NO RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (ART. 12.1 Y 2 LAU)

A) SIGNIFICADO

Toda reflexión que sobre los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la nueva LAU pueda realizarse (12) ha de tomar como punto de partida el artículo 1.320 del Código Civil.

(11) También entre estas consideraciones generales cabe indicar que no establece la vigente LAU, a diferencia de la anterior en su artículo 99.1, caso 5.º, si el arrendador ante estos supuestos de subrogación puede incrementar la renta al nuevo arrendatario, lo cual hace pensar que no le asiste este derecho. Ello sin perjuicio, claro está, de que se siga aplicando el artículo 18 de esta Ley respecto a su actualización.

(12) Dice el artículo 12 LAU en sus apartados 1 y 2:

«1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge».

«2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto.

Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato si la misma no estuviere ya abonada».

Dicho precepto (13), nacido de la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, goza de una importancia especial en la materia que aquí se va a tratar, puesto que tiene como finalidad evitar que la arbitrariedad o mala fe de uno de los cónyuges pueda llevar a que el otro se vea privado de la vivienda en que el matrimonio venía alejándose (14), y ello independientemente de la naturaleza del derecho en virtud del cual la familia ocupaba ésta (propiedad, arrendamiento, usufructo...) y de quién ostente la titularidad de la misma (en otras palabras, ya sean cotitulares ambos cónyuges o uno solo de ellos el titular). Con el objeto de lograr tal fin, el artículo 1.320 del Código Civil exige para disponer de la vivienda habitual y de los muebles de uso ordinario de la familia el consentimiento de ambos esposos (consentimiento y asentimiento si sólo uno es el titular) o, en su caso, autorización judicial (15).

Consecuentemente con lo hasta ahora apuntado, cuando el derecho a través del cual la familia basada en el matrimonio goza de la vivienda es el de arrendamiento, el artículo 1.320 del Código Civil implica la indisponibilidad del mismo sin que conste el doble consentimiento a que acabamos de referirnos o la autorización del Juez, aunque sólo uno de los cónyuges sea su titular (16), supuesto que es el que aquí nos interesa.

(13) Vid. DíEZ-PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. n, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 1505 y sigs.; ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil*, PPU, págs. 132 y sigs.; HERRERO GARCÍA, M. J.: «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, págs. 299 y sigs.

(14) Vid. DE LA CUESTA SAENZ, J. M.: «La protección de la vivienda familiar en los derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado», *RDN*, enero-marzo 1983, págs. 147 y 139; HERRERO GARCÍA, M. J.: «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 301 y sigs.; ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, cit., págs. 23 y sigs.; DE LA CARCABA FERNÁNDEZ, M.: «La protección de la vivienda familiar en el artículo 1.320 del Código Civil», *RCDI*, 1987, págs. 1433-1434.

(15) Vid. recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, RA, núm. 10330, que refiriéndose al artículo 1.320 CC dice: «El citado artículo habla de "disponer de los derechos sobre la vivienda", por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda». Respecto a la naturaleza obligacional o real del arrendamiento, aunque es un tema que excede del objeto de este trabajo, puede verse el estado general de la cuestión en: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho de arrendamiento», *Estudios sobre Derecho de cosas*, I. *Temas generales*, 2.^a edición, ampliada, Montecorvo, 1985, págs. 471 y sigs.

(16) Frente a la solución implantada por el legislador español, en otros países, concretamente en Francia, a pesar de existir un artículo equivalente a nuestro 1.320 del Código Civil (arts. 215.3 Code Civil), la protección de la vivienda familiar arrendada

Pues bien, entre los actos que por privar a la familia del goce de la vivienda que habitualmente ocupa tal titular no puede realizar por sí sólo, están el desistimiento y la negativa a su renovación (17). Esto es así porque tanto el uno como la otra suponen la extinción de la relación contractual y, por consiguiente, la salida de la familia de la que hasta entonces era su vivienda.

En este contexto el artículo 12.1 y 2 de la LAU vendría a establecer una consecuencia de la falta de consentimiento del cónyuge no arrendatario en estos actos: se concede a éste la facultad de subrogarse en la relación arrendaticia siempre que en el plazo de quince días conteste el requerimiento que al efecto puede hacerle el arrendador, de modo que si no lo hace o lo hace con respuesta negativa el arrendamiento quedará extinguido.

Ahora bien, el artículo 1.322, párrafo 1.º, del Código Civil estableció en 1981 otra consecuencia derivada de tal falta de consentimiento en los casos en que medie matrimonio: la anulabilidad (18) de los actos de disposición sobre la vivienda familiar llevados a cabo por un cónyuge sin consentimiento del otro. Tal anulabilidad implica que, en caso de instarse, tales actos carecerán de todo efecto y el arrendamiento continuará como hasta entonces.

Ante ello, debemos preguntarnos si el artículo 12 LAU ha venido a sustituir en estos casos el artículo 1.322 CC y, si no es así, cuándo se aplica el uno o el otro.

cuando el titular del arrendamiento es uno solo de los esposos (incluso cuando el contrato se celebró antes del matrimonio) se lleva a cabo por la vía de considerar a ambos cotitulares de este derecho, lo cual implica también la exigencia del consentimiento de los dos (art. 1.751 Code Civil).

(17) O dicho de otro modo, la negativa expresa al derecho de prórroga configurado por los artículos 9 y 10 de la LAU. Vid. al respecto: GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 9. Plazo mínimo», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., págs. 75 y sigs., y del mismo autor, «Artículo 10. Prórroga del contrato», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., págs. 103 y sigs.; PRATS ALBENTOSA, L.: «Artículo 9. Plazo mínimo», y «Artículo 10. Prórroga del contrato», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., págs. 95 y sigs., y págs. 107 y sigs. respectivamente; ROJO AJURIA, L.: «Artículo 10», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 139 y ss., y 151 y ss., respectivamente; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Artículo 9. Plazo mínimo» y «Artículo 10. Prórroga del contrato», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, op. cit., págs. 177 y sigs., y 219 y sigs., respectivamente; SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9 a 16», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 2911994, de 24 de noviembre)*, EDESA, Madrid, 1995, págs. 103 y sigs.; FUERTES LOJO, J. V.: «Artículo 9» y «Artículo 10», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 («BOE» del 25)*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 49 y sigs., y 55 y sigs. respectivamente.

(18) Vid. GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda calificación)», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 935 y sigs., especialmente págs. 972 y sigs.

Respecto a la primera cuestión, no creemos que el artículo 12 LAU haya derogado al 1.322 CC (19), y ello porque a pesar de que el primero es ley especial y además posterior con relación al segundo, no existe incompatibilidad entre ambos (20): el artículo 1.322 CC únicamente establece la anulabilidad del acto llevado a cabo por el arrendatario sin el consentimiento de su esposo, de modo que el hecho de que dicho acto sea anulado o no depende sólo de la voluntad de éste; el artículo 12 LAU vendría a otorgar al cónyuge del arrendatario que no optó por solicitar la anulación una facultad (la de subrogarse en el arrendamiento) que implica una mayor protección en su favor por parte del ordenamiento jurídico.

Respecto a la otra pregunta que nos formulábamos más arriba, un examen comparativo de ambos preceptos nos lleva a determinar su respectivo campo de aplicación. Concretamente, estimamos que el artículo 1.322 CC será aplicable tanto a las situaciones de normalidad de la vida del matrimonio como a los supuestos de crisis matrimonial. La primera de las afirmaciones no requiere aclaración alguna, pero sí es conveniente que realicemos alguna observación con relación a la segunda: En caso de crisis matrimonial, la no renovación o el desistimiento sin consentimiento serán una manifestación de la misma; si el cónyuge opta por aplicar el artículo 1.322 CC, es decir, por solicitar la anulabilidad del acto, el desistimiento y la renovación no tendrán efecto y el titular del arrendamiento seguirá siendo el cónyuge que no renovó o desistió; ahora bien, ante ello la reacción más probable de este cónyuge será abandonar la vivienda sin más, con lo que para evitar la resolución del contrato por el arrendador se aplicará el artículo 12 LAU y el esposo no titular se subrogará en el arrendamiento. Por tanto, podemos concluir que el artículo 1.322 CC, aunque aplicable, no basta, no es suficiente para proteger la vivienda en casos de crisis y es preferible que el cónyuge no titular opte desde un principio por ejercitar la facultad que le concede el artículo 12.1 y 2 LAU esperando el requerimiento del arrendador.

Pasando al artículo 12 LAU, como acabamos de ver, se aplicará sin duda alguna cuando exista una situación de crisis matrimonial y el titular pretenda dejar la vivienda o, lo que es lo mismo, dejar de convivir con su cónyuge (21). Sin embargo, en circunstancias de normalidad de la vida

(19) En contra, FINEZ, J. M.: «Artículo 12», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cívitas, Madrid, 1995, *op. cit.*, pág. 174; CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio...», *op. cit.*, pág. 253.

(20) Vid. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, L. M.: *La derogación de las leyes*, monografías Cívitas, Cívitas, Madrid, 1990, págs. 68 y sigs. sobre la derogación en general, y págs. 285 y sigs. sobre la derogación tácita en particular.

(21) Creemos que al igual que el artículo 1.322 CC se aplicará sobre todo en casos de normalidad, el legislador al redactar el artículo 12 LAU pensaba en su aplicación en casos de crisis y abandono de la vivienda.

conyugal existen argumentos en favor y en contra de su aplicación; precisamente entre los primeros encontramos las siguientes: a) El derecho de subrogación que se concede en el artículo 12 LAU, en cuanto no requiere el consentimiento del arrendador, constituye una excepción al principio, inspirador de la reforma y recogido en el Preámbulo de la Ley, de no admitir la subrogación *inter vivos* sin consentimiento del arrendador, principio que se manifiesta en el artículo 8 LAU (22); pues bien, en cuanto excepción, el artículo 12 LAU deberá ser objeto de interpretación estricta. b) A su vez, la excepción que supone conceder la facultad de subrogarse sin el consentimiento del arrendador únicamente se justifica de forma plena si con ella se trata de proteger al cónyuge o conviviente que por la conducta del arrendatario puede quedarse sin vivienda, lo cual no cabe cuando el arrendatario se queda en ésta, pues entonces no podrá aplicarse el artículo 27.2.) LAU. c) El respeto a las perspectivas tenidas en cuenta por el arrendador que contrató con uno y no con el otro, d) El hecho de que sirviéndose del artículo 12 LAU los esposos o convivientes pueden perseguir defraudar al propietario: colocando como titular al esposo o conviviente insolvente, cambiando el rumbo de las subrogaciones... e) Por último, y como réplica al argumento que como veremos inmediatamente puede esgrimirse en favor de la otra posibilidad, el número 3 del artículo 12 LAU exige expresamente el abandono porque es ese el único hecho positivo que se requiere. Por otra parte, en contra de la aplicación del artículo 12 LAU a los supuestos de normalidad de la vida del matrimonio, podemos citar: a) Que el abandono no se exige por la letra del precepto, a diferencia del número 3 de este mismo artículo, b) Que el artículo 24.1 LAU anterior tampoco lo exigía (23). c) Que si exigiera el abandono, aunque el arrendatario se marchase de la vivienda, nada impediría que regresase a ella en caso de reconciliación y no recuperaría la titularidad del arrendamiento.

A nosotros nos convence más la primera de las posturas defendidas, sin embargo reconocemos que los argumentos que pueden esgrimirse

(22) El artículo 24 LAU anterior admitía la cesión *inter vivos* sin consentimiento del arrendador en favor no sólo del cónyuge, sino también de ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales e hijos adoptivos menores de dieciocho años al tiempo de la adopción que convivieran con el inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento en la vivienda arrendada con dos años de antelación en general y de cinco años cuando de hermanos se tratase, no exigiéndose plazo alguno cuando el cesionario fuera el esposo. Esta cesión debía ser notificada fehacientemente al arrendador, para su eficacia, dentro de los dos meses de realizada.

(23) Sin embargo, FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 412 y sigs., estimaba que había de abandonarse, manteniendo esta misma opinión respecto al artículo 12 de la LAU actual en «Artículo 12», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994* («BOE» del 25), op. cit., pág. 63.

en favor de la segunda, sobre todo el último de ellos, también son de peso (24).

Ante todo esto podemos concluir que cuando la vivienda familiar viniera gozándose en virtud de un derecho de arrendamiento del que fuera titular solo uno de los cónyuges y éste desistiera o no renovase el contrato con los requisitos expresados, el artículo 12.1 y 2 LAU ha venido a ofrecer al esposo no titular una nueva forma de reaccionar ante ello, ya que podrá optar no sólo por solicitar la anulación del acto (art. 1.322.1.º CC), con lo que el arrendamiento continuará en las mismas condiciones en que estaba antes y con el mismo titular, sino también por subrogarse en el lugar que ocupaba su cónyuge en el contrato arrendaticio, de modo que, entonces, la manifestación de la voluntad de desistir o la renuncia a la prórroga por el titular producirán ciertos efectos que no serán los propios de tales actos: por una parte, la atribución de una nueva facultad al cónyuge no arrendatario, que permitirá la **continuación del mismo** contrato con un nuevo titular que se colocará en el lugar del antiguo; por otra, la pérdida por el cónyuge hasta ese momento arrendatario de la condición de tal. Por consiguiente, a falta de autorización judicial, sólo en el caso de que el desistimiento o la declaración de no renovación de un cónyuge se realice con el consentimiento del otro, ya sea expreso, tácito, anterior o posterior, serán válidos como tales y producirán los efectos que les son propios (lo cual es acorde con el art. 1.320 CC).

B) REQUISITOS

Los requisitos que han de cumplirse para que el esposo no titular del arrendamiento llegue a subrogarse en el mismo se determinan en los números 1 y 2 del artículo 12 de la LAU, estableciéndose en el primero el presupuesto de hecho que posibilita el nacimiento del derecho de subrogación del cónyuge no titular del arrendamiento y su consecuencia, y en el segundo, los pasos a seguir para que ésta se haga realidad. Más concretamente, es necesario:

1. Que el cónyuge titular del arrendamiento haya efectuado una decla-

(24) Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *op. cit.*, págs. 144-145, estima que «bastaría con el desistimiento sin necesidad de que materialmente el cónyuge abandone el domicilio familiar, es decir, sin necesidad de estarse en presencia de un supuesto de crisis conyugal». Estiman que el artículo 12 se aplicará a los supuestos de crisis matrimonial: LEÓN-CASTRO, J.-DE Cossío, M.: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995, pág. 72.

ración que exprese su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, conforme a lo determinado por la misma Ley de Arrendamientos Urbanos (arte. 9, 10 y 11 LAU) (25).

Concretamente, la posibilidad de desistir por parte del arrendatario está recogida por el artículo 11 LAU (26) y, en todo caso, ha de haberse ejercitado por el titular en la forma y únicamente en los casos que este precepto determina, es decir, sólo cuando la duración pactada haya sido superior a cinco años, hayan pasado igualmente cinco años y el arrendatario haga saber su voluntad de desistir al arrendador con una antelación de dos meses.

En cuanto a la «no renovación» del contrato, con tal expresión el artículo 12 de la LAU se refiere a los casos en que el titular del arrendamiento no ejercita el derecho de prórroga que le corresponde, en los términos de los artículos 9 y 10 de la LAU:

- El primero de ellos establece que en los arrendamientos de duración pactada inferior a cinco años el arrendatario tiene derecho a que el contrato se prorrogue por período de un año hasta llegar al plazo de duración configurado como mínimo por la LAU (cinco años); sin embargo, la prórroga no tendrá lugar si, con al menos quince días de antelación al final del plazo inicialmente pactado o al final de la última anualidad de prórroga, el titular del arrendamiento manifiesta al arrendador su voluntad de no renovarlo, lo cual supondrá el fin del arrendamiento.

(25) Frente a ello, FINBZ, J. M.: «Artículo 12», *op. cit.*, pág. 178, cree que la facultad de continuación en el arrendamiento se da en todo tipo de desistimientos, tanto en los que cumplen los requisitos del artículo 11 LAU como en los que denomina «desistimientos irregulares». También es esta la opinión de SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9-16», *op. cit.*, pág. 133, y de FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 12», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *op. cit.*, pág. 63. Nosotros pensamos que esto sólo será posible si el arrendador acepta el desistimiento irregular.

(26) Este era el único supuesto previsto por el artículo 13.1 y 2 del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* 21 febrero 1994).

Vid. sobre el actual artículo 11 LAU: GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *op. cit.*, págs. 127 y sigs.; PRATS ALBENTOSA, L.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 111 y sigs.; ROJO AJURIA, L.: «Artículo 11», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cívitas, Madrid, 1995, *op. cit.*, pág. 167; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *Comentario a la LAU*, Aranzadi, Pamplona, 1995, *op. cit.*, págs. 233 y sigs.; FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 11», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *op. cit.*, págs. 58 y sigs. SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9 a 16», *op. cit.*, págs. 125 y ss. Respecto al desistimiento en general, vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991, especialmente págs. 48-50.

- El segundo supuesto (art. 10 LAU) comprendido en la «no renovación» es aquel en el que el arrendatario —no habiendo manifestado el arrendador con un mes de antelación su voluntad de no renovar el contrato—, con una anticipación mínima de un mes al vencimiento del mismo y cuando éste hubiera durado al menos cinco años, comunica al arrendador que no desea que se prorrogue por plazos anuales hasta tres años más, o hace lo mismo con un mes al menos de antelación al término de cualquiera de las prórrogas anuales respecto a la o las restantes. También de este modo se extinguirá, por voluntad del arrendatario, el arrendamiento.

Por consiguiente, no es posible extender la aplicación del artículo 12 LAU, en sus números 1 y 2, a los casos en que la relación arrendaticia concluye por otras causas (arts. 27 y 28 LAU) dadas las diferencias entre éstas y aquéllas, puesto que los actos que nos ocupan suponen la extinción de la relación contractual por la mera voluntad de una de las partes, sin necesidad de justificación alguna (27).

2. Que el desistimiento o la declaración de no renovación se haya realizado sin el consentimiento del esposo no arrendatario ni autorización judicial, lo cual, como ya dijimos, implica que éste pueda optar entre pedir que se anule el acto, de acuerdo con el artículo 1.322 del Código Civil, o ejercitar la facultad que en este artículo se confiere.

3. Además es preciso que el cónyuge no titular cuyo consentimiento se omitió conviviera con el titular del arrendamiento.

Para que pueda apreciarse la existencia de convivencia a los efectos de este artículo no es preciso que los cónyuges estén juntos, bastará con que conserven el *animus* de reunirse cuando están ausentes. Únicamente faltará la convivencia en el caso de cese efectivo de la misma en el sentido de los artículos 82.5, 86 y 102.1 del Código Civil (28).

No dice el precepto si la convivencia ha debido mantenerse durante un determinado tiempo ni si la misma ha debido desarrollarse en la vivienda familiar (29); sin embargo, creemos que la cuestión ha de resolverse en el mismo sentido que lo era por el artículo 24 de la LAU derogada (30) y

(27) Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, op. cit., págs. 178, 378 y 379; en cuanto a los requisitos para que el desistimiento sea válido, vid. págs. 49-50 de esta misma obra.

(28) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1990, op. cit., pág. 137.

(29) Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: «Artículo 70», *Comentario al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 322, que subraya la importancia de la vivienda familiar como domicilio conyugal.

(30) Vid. FUENTES Loro, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Bosch, Barcelona, 1994, op. cit., págs. 404-405.

entender que no se precisa plazo alguno de convivencia (31), pero sí que ésta se desarrolle en la finca arrendada (32).

Por otra parte, estimamos que el cónyuge que desistió o no renovó deberá dejar la vivienda (si es que no lo hizo antes) en el momento para el que está previsto que sus declaraciones produzcan efecto (33), ya que si el antiguo arrendatario sigue habitando allí con su cónyuge convertido en actual arrendatario el desistimiento sólo aparentemente habrá sido sin consentimiento de su esposo, de modo que lo más probable es que lo que con dicho acto se haya perseguido sea defraudar al arrendador, ya colocando como nuevo titular del arrendamiento al cónyuge insolvente (34), ya posibilitando la subrogación por causa de muerte de personas distintas a las que de otro modo hubiesen tenido dicho derecho (35). Esto explica también que, como hemos dicho ya, el desistimiento al que se refiere este artículo se dé en situaciones de crisis familiar cuando el arrendatario se propone dejar de convivir con su familia, tal y como antes defendimos.

Como consecuencia de la concurrencia de todas estas circunstancias surge en favor del cónyuge del titular del arrendamiento el derecho de continuar él mismo en su beneficio (segundo inciso del núm. 1 del precepto que estudiamos), de modo que si se decide a ejercitar la facultad que se le ofrece su subrogación en el contrato se impondrá al arrendador de forma forzosa, independientemente de lo que él prefiera. Tal ejercicio ha de lle-

(31) Salvo que estemos ante el arrendamiento de vivienda de convivientes de hecho, pues entonces habría que estar a lo establecido al respecto en el número 4 de este artículo 12 LAU.

(32) Así lo cree también FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 12», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, op. cit., pág. 61.

(33) En contra, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», op. cit., págs. 144-145; FINEZ, J. M.: «Artículo 12», op. cit., pág. 175.

(34) Las rentas derivadas del arrendamiento de la vivienda familiar son cargas del matrimonio, por lo que en el régimen de separación ambos cónyuges han de contribuir a las mismas en proporción a sus respectivos patrimonios, si no se estableció otra cosa, de acuerdo con los artículos 1.438 y 1.318 del Código Civil; pero en principio, frente al arrendador, será responsable el titular del arrendamiento (art. 1.440 CC).

Si el régimen que rige la economía del matrimonio es el de sociedad de gananciales, responderán primeramente los bienes del arrendatario, pero también los bienes comunes por encontramos ante una de las cargas de la sociedad (arts. 1.362 y 1.369 CC), lo cual requiere que la demanda se dirija también contra el cónyuge no arrendatario. Por último, y dada la sujeción de los bienes de los esposos a las cargas del matrimonio que establece el artículo 1.318 del Código Civil para todo régimen económico-matrimonial, también los bienes del cónyuge no arrendatario podrán responder de las rentas que resten sin cobrar.

(35) Recordamos que en el caso de la cesión del artículo 28 de la Ley de Arrendamientos Urbanos derogada también se estimaba por la doctrina que el cedente había de abandonar la vivienda, no pudiendo convivir con el cesionario. Vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, op. cit., págs. 412 y 414.

varse a cabo siguiendo los pasos que a estos efectos establece el número 2 de este artículo 12 LAU. Sin embargo, antes de pasar a verlos hemos de hacer una advertencia, cual es que hay que partir de que el cónyuge no titular del arrendamiento no haya pedido la anulación de la no renovación o del desistimiento llevado a cabo por el arrendatario, tal y como le permitiría el artículo 1.322 del Código Civil, puesto que esta medida que para proteger la vivienda familiar determina dicho precepto es alternativa e incompatible con la que aquí estudiamos.

Pues bien, las formalidades a las que antes nos hemos referido son las siguientes:

1. Requerimiento que el arrendador ha de dirigir al cónyuge del arrendatario con la finalidad de que éste manifieste su voluntad de subrogarse en el arrendamiento.

A diferencia de lo ocurría con el artículo 13.2 del Proyecto de LAU, el que ahora analizamos, no impone al arrendador la obligación de requerir al esposo del arrendatario, sino que deja a su voluntad hacerlo o no («... podrá... requerir...»); no obstante, el resultado es el mismo, ya que ni en la redacción provisional ni en la definitiva se establece sanción alguna al arrendador que no requiere, puesto que, como veremos, el requerimiento opera en su propio interés.

Por otra parte, si no se le obliga a requerir, menos aún se fija un plazo para hacerlo, de donde se deriva que el requerimiento podrá llevarse a cabo cuando se quiera, independientemente del tiempo transcurrido desde la comunicación del arrendatario; sin embargo, el que el arrendador deje transcurrir sin requerir correrá en su propio perjuicio, pues lo que a él le conviene es saber cuanto antes si el cónyuge del arrendatario va a subrogarse o no en el arrendamiento para, en caso negativo, actuar en consecuencia.

Si el cónyuge no titular, a causa de no haberle hecho el requerimiento el arrendador, permanece en la vivienda una vez llegado al momento en que la declaración de no renovación o de desistimiento debería ser eficaz, estimamos que existirá una situación de precario en favor de dicho esposo, de modo que una vez requerido si no contesta en el plazo de quince días el contrato quedará extinguido desde el momento que luego veremos. Si contestara dentro del plazo afirmativamente, tendrá lugar la subrogación de éste en el contrato (36).

2. El cónyuge del titular del arrendamiento debe contestar en el plazo de quince días desde dicho requerimiento.

(36) De todos modos, tal y como pone de manifiesto SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9-16», *op. cit.*, pág. 135, nada impide que el esposo no arrendatario se adelante al requerimiento del arrendador y le manifieste su voluntad de continuar o abandonar el arrendamiento.

No se dice si es necesario que el requerimiento y la contestación al mismo se hagan de forma fehaciente, tal y como hacía el artículo 24 de la derogada LAU respecto a la notificación de la cesión que había de dirigirse al arrendador y que fue entendido por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la misma había de ser clara y auténtica (37). Pensamos que en la nueva LAU debería haberse exigido también este carácter al requerimiento y a la contestación, sobre todo teniendo en cuenta que ésta ha de realizarse en un determinado plazo a contar desde aquél y que de este modo la claridad y autenticidad afectarían también al contenido del requerimiento y al de la notificación (38). Llama la atención que incluso la exigencia de que el requerimiento fuera de fecha cierta que aparecía en Proyecto de LAU, haya sido también omitido en el texto definitivo. Sin embargo, estimamos que ante su ausencia primará la necesidad de la certeza y, con ello, la fehaciencia (39).

3. Para que se produzca la subrogación la contestación del cónyuge ha de ser afirmativa.

En el caso de que no se conteste al requerimiento o la respuesta al mismo sea negativa, el contrato de arrendamiento se extinguirá.

C) MOMENTO DE LA SUBROGACIÓN EN EL ARRENDAMIENTO O, EN SU CASO, DE SU EXTINCIÓN

Hemos dicho que el artículo 1.322 del Código Civil puede aplicarse tanto si existe crisis como si no, con las observaciones oportunas en el primer caso. Si según este precepto el desistimiento o no renovación sin consentimiento es un acto anulable, podrá ser ratificado por el asentimiento posterior; si así ocurre, el efecto del desistimiento o no renovación tendrá lugar al día siguiente de concluido el plazo de preaviso de los artículos 9, 10 y 11 LAU, y ello aunque tal asentimiento haya tenido lugar mucho después. A este respecto, la no contestación en el plazo o la contestación negativa al ejercicio de la subrogación equivale al asentimiento al acto

(37) Vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, *op. cit.*, págs. 406-407.

(38) Esto último, en lo que se refiere al requerimiento, ha sido también observado por GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia», *op. cit.*, pág. 147.

(39) El Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de octubre de 1991, RA, núm. 6917, y de 25 de octubre de 1993, RA, núm. 7657 (entre otras), ha entendido que para que exista fehaciencia no es precisa la constancia por escrito, bastando la forma verbal siempre que pueda probarse plenamente la declaración de voluntad y ésta sea expresa, no tácita o presunta.

llevado a cabo por el titular, y por consiguiente la extinción del arrendamiento se producirá con la conclusión del plazo de preaviso. Si esto es así, si se ejercita la facultad de subrogación, la misma habrá de entenderse producida desde ese mismo momento.

D) PAGO DE LAS RENTAS

Dice el último inciso del párrafo 2.º del artículo 12 LAU que «el cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato si la misma no estuviera ya abonada». Lo confuso de tal redacción permite defender distintas interpretaciones (40), sin embargo nosotros estimamos que lo más coherente es entender dicha frase en el sentido siguiente:

El cónyuge no titular únicamente deberá pagar la renta hasta la extinción del contrato si se subroga en el arrendamiento y desde que tiene lugar dicha subrogación. El otro esposo, hasta entonces arrendatario, dejará de estar obligado al pago de las rentas, salvo las correspondientes al tiempo que quedara hasta que concluyese el plazo del preaviso, pues hasta ese momento sigue siendo arrendatario. Creemos que esto es así porque la extinción en caso de no contestación se produce no cuando han pasado los quince días desde el requerimiento, sino en el momento de conclusión del plazo de preaviso, y ese tiempo le corresponde pagarlo al arrendatario que desistió o no renovó (41).

No puede defenderse que el legislador con la expresión «hasta la extinción» haya querido decir «hasta el término del plazo para contestar desde el requerimiento», ya que tal interpretación podría llevar a resultados injustos, pues si el arrendador tardó en requerir varios meses no tiene por qué pagar el cónyuge las rentas correspondientes a los mismos cuando ese tiempo ha transcurrido por la negligencia de aquél.

Tampoco que el no titular tenga que pagar, si no contesta, desde el requerimiento hasta que transcurrieran los quince días sin contestar o, aún más,

(40) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, op. cit.*, págs. 148 y sigs., que partiendo de que el arrendamiento se extingue al pasar los quince días desde el requerimiento, distingue las siguientes posibles interpretaciones: 1. El esposo no titular paga, si no contesta, hasta el momento de la extinción (en todo caso, aunque el arrendador tarde en requerir, incluidos los meses intermedios). 2. El esposo que se subroga paga hasta la extinción. 3. El cónyuge que no contesta deberá pagar desde el requerimiento hasta la extinción (no, por consiguiente, los meses intermedios en los que no requirió el arrendador). 4. Deberá pagar desde el requerimiento hasta que abandone la vivienda.

(41) Tal es el significado que ha de darse al inciso final: «si la misma no estuviera ya abonada».

hasta que se vaya de la vivienda, pues nos parece que esto es demasiado interpretar partiendo de esta frase, sobre todo si tenemos en cuenta que el proyecto lo decía así expresamente y tal dicción ha sido suprimida (42).

En consecuencia:

- Las rentas que median desde la comunicación de la voluntad de desistir o de no renovar hasta el fin del plazo de preaviso corresponderá pagarlas al cónyuge que desistió o no renovó.
- Si el esposo no titular contesta afirmativamente dentro del plazo de quince días desde el requerimiento del arrendador, pagará las rentas a partir de la conclusión del plazo de preaviso, puesto que desde entonces es arrendatario.
- Si contesta dentro del plazo de quince días desde el requerimiento negativamente, no deberá pagar nada.
- Si no contesta en el plazo, dado que no se determina sanción, no cabe imponer ninguna al cónyuge no titular, lo cual no siempre llevará a resultados injustos si se tiene en cuenta que dados los plazos de preaviso el arrendador puede evitar requiriendo enseguida al esposo no titular que éste permanezca en la vivienda una vez extinguido el contrato, es decir, una vez concluido el tiempo de preaviso. De todos modos, creemos que hubiese sido deseable que el legislador hubiese establecido expresamente una sanción.

E) NO CONTESTACIÓN PERO PERMANENCIA EN LA VIVIENDA

Si a pesar de haberse extinguido el contrato por no contestación el arrendador no opta por el lanzamiento del cónyuge no titular, hasta que llega ese momento se entenderá, si no pagaba nada, que éste ha permanecido en precario en la vivienda. En estos casos, también podríamos preguntarnos si podría evitarse la extinción del contrato, estimando que se ha producido una subrogación tácita, si el cónyuge que permanece en la finca paga las rentas cuyos recibos se extienden a su nombre (43), o si, por el

(42) Concretamente, decía el texto del proyecto: «Cuando el cónyuge no conteste en el plazo de un mes... el arrendamiento quedará extinguido y el cónyuge obligado al pago de dicho mes».

(43) *Vid.* para la legislación anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1985, RA, núm. 2262: «El lícito deducir el consentimiento del arrendador para la cesión gratuita prevista en el artículo 23.2 LAU de la mera pasividad en el ejercicio de las acciones que puedan incumbirle en tanto no transcurra el tiempo de prescripción de las acciones... La realidad de hecho de la ocupación del piso por el ahora recurrente lo es también de derecho como consecuencia de la cesión gratuita —no existe constancia alguna de su onerosidad— prevista en el artículo 23.2 LAU, pues aquella ocupación

contrario, ha de pensarse que en tal hipótesis estaríamos ante un nuevo contrato por haberse extinguido por falta del requisito de la contestación el arrendamiento del que el otro cónyuge desistió. Nos parece más probable esto último, ya que el artículo establece, sin excepción, la extinción.

F) EL ANTIGUO ARRENDATARIO, ¿SIGUE SIÉNDOLO?

Es preciso preguntarse si el nuevo arrendatario lo es junto al que lo fue en un principio y desistió.

Pensamos que únicamente será arrendatario el esposo del que desistió, puesto que el artículo 12.1 de la LAU dice claramente que el arrendamiento continúa «en beneficio de dicho cónyuge», no de ambos y, por otra parte, hemos caracterizado la figura que aquí se regula como una manifestación de la subrogación, lo cual implica que el anterior titular deje de serlo para que otro pase a ocupar su lugar.

G) ¿ES POSIBLE VOLVER A APLICAR EL ARTÍCULO 12 LAU?

Otra cuestión que podemos plantearnos es si el cónyuge que no renovó o desistió tiene la facultad del artículo 12 LAU en el caso de que el nuevo arrendatario, su esposo, posteriormente manifieste su voluntad de no prorrogar el contrato o de desistir sin consentimiento.

A este respecto debemos recordar que el artículo 24 de la anterior LAU únicamente otorgaba la facultad de ceder al «inquilino que hubiese celebrado el arrendamiento», de modo que no podía ceder el cesionario» (44). Frente a ello, el artículo que nos ocupa no otorga la facultad de subrogarse al cónyuge del arrendatario que haya celebrado el contrato de arrendamiento, sino al cónyuge del arrendatario sin más, de modo que no habiendo duda de que el subrogado al primero lo es, la respuesta ha de ser afirmativa, siempre que se den los presupuestos exigidos por dicho artículo.

durante más de diez años pagando los recibos de la renta, así como los de la luz, gas y teléfono, domiciliados en el piso, acredita la existencia de una auténtica cesión, expresamente consentida por la propiedad; siendo de recordar al respecto la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que el consentimiento requerido —tanto para la cesión propiamente dicha como para el traspaso de locales de negocio— puede ser verbal o escrito, expreso o tácito, teniendo eficacia el prestado de cualquiera de estas formas al no establecer la Ley limitación alguna con tal de que se evidencie de modo fehaciente».

(44) Vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, op. cit., pág. 403.

H) ¿ES EXIGIBLE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA PARA EL CASO DE DESISTIMIENTO?

Otra duda que nos plantea el texto del precepto al ponerlo en relación con el artículo 11 (45) de la LAU es si el cónyuge arrendatario que desistió tendrá que indemnizar al arrendador a pesar de que su esposo se subrogue en el arrendamiento (46). Para resolver este problema pueden tenerse en cuenta varias consideraciones. Así, en favor de la indemnización puede alegarse que: cuando el arrendatario desiste, y no nos encontramos en el supuesto del artículo 12 de la LAU, éste debe indemnizar, independientemente de que el arrendador encuentre nuevo inquilino de forma inmediata de modo que la vivienda no llegue a estar desocupada; puede ocurrir que el nuevo inquilino resulte insolvente, supuesto en el que, pese a estar ante una de las cargas del matrimonio, le será más costoso al arrendador llegar a cobrar, y en este sentido resultar perjudicado. Frente a ello, podría esgrimirse que: el arrendador no sufre perjuicio en cuanto la vivienda seguirá arrendada y cobrando sus rentas, de modo que no habrá daño que indemnizar; en los casos de subrogación del anterior artículo 24 de la LAU no se preveía indemnización alguna; la subrogación del esposo no supone la conclusión de un nuevo contrato por no extinguirse el anterior.

Creemos que el criterio a seguir es el de la no exigencia de indemnización si se produce la subrogación fundándonos en la última de las razones expresadas, es decir, porque en estos casos el desistimiento no extingue la relación contractual.

(45) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, op. cit.*, págs. 131-132, según el cual este precepto ha de entenderse en el sentido de que, en el caso de existir pacto sobre la indemnización a entregar por el arrendatario que desiste al arrendador, ésta no puede superar el montante correspondiente a un mes de renta por año del contrato que reste por cumplir; pero si nada se convino al respecto, habrá de abonarse dicha indemnización máxima.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1990, RA, núm. 5768, el artículo 56 de la LAU derogada imponía la obligación de pagar las rentas hasta que terminase el plazo pactado al arrendatario que desalojara espontáneamente el inmueble con la finalidad de que la validez y cumplimiento del contrato no quedase al arbitrio de una de las partes; en sentido semejante se explicaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, RA, núm. 9456.

(46) Vid. sobre la indemnización el artículo 11.2.º LAU.

III. FACULTAD DEL CÓNYUGE DEL ARRENDATARIO QUE ABANDONO LA VIVIENDA ARRENDADA

A) SENTIDO

Dentro de la misma atmósfera de protección de la vivienda familiar, se mueve el número 3 del artículo 12 de la nueva LAU (47), pero ahora para impedir la resolución del contrato de arrendamiento cuando su titular, sin haber mediado desistimiento o manifestación expresa de no renovación y habiendo quebrado la unidad familiar a causa de una crisis matrimonial que suponga separación de hecho de los cónyuges, haya abandonado la vivienda. En estos casos, y con las concreciones que veremos, el arrendador podría alegar la causa del artículo 27.2./) de la LAU o, incluso, la del número 1 del mismo precepto (puesto que el arrendatario ha incumplido con su obligación de utilizar la vivienda), lo que significaría el inmediato desalojo de la misma de la familia de éste; sin embargo, para evitar tal situación se da la posibilidad al cónyuge que permaneció en la vivienda abandonada por su esposo de subrogarse en su lugar en el contrato de arrendamiento.

B) PRESUPUESTOS DE LA FACULTAD DE SUBROGARSE

Según se desprende del tenor literal de esta norma, la misma será aplicable en los casos en que el cónyuge titular del arrendamiento de la vivienda familiar abandone ésta sin haber hecho manifestación alguna de su voluntad de no renovar o de desistir, lo cual hace que sobre aquí toda referencia al artículo 1.320 del Código Civil, si bien esta conducta del arrendatario podría dar lugar a un resultado semejante al de los actos de disposición a que se refiere el citado precepto, en cuanto, de no ser por la introducción del artículo 12 LAU, tal proceder haría posible la resolución del contrato por el arrendador.

Sin embargo, además de éste al que acabamos de aludir, son necesarios otros requisitos que el precepto no menciona pero no por ello menos importantes, y que además han de darse simultáneamente: a) Una situación de

(47) Dice el número 3 del artículo 12 LAU: «3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.

Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes».

crisis matrimonial que haya provocado la separación de hecho de los esposos (48); b) La inexistencia de hijos dependientes del arrendatario que residieran en la misma finca arrendada. Respecto al primero, es necesario porque en los casos en que el titular abandona la vivienda por otros motivos, tales como razones de trabajo, ir a atender a un familiar enfermo, etc., en virtud del principio de unidad familiar se estima que la misma continúa ocupada por su titular a través de las personas de su cónyuge o hijos que de él dependen (art. 7 LAU) (49), de modo que no podrá resolverse el contrato a instancias de arrendador alegando falta de uso [art. 27.2./) LAU] (50), por lo que tampoco podrá estimarse que la vivienda haya sido abandonada. Por consiguiente, es necesario que exista una situación de ruptura familiar (51), pero esto no basta, ya que —pasando al segundo requisito— si permanecen en la finca arrendada hijos dependientes (52) del titular, aunque exista separación de los esposos, resultará que la vivienda sigue ocupada por el arrendatario a través, ya no de su cónyuge separado legalmente o de hecho, pero sí de sus hijos, razón por la que, paralelamente a lo que indicábamos más arriba, el arrendatario no podría resolver el contrato con base en el artículo 27.1/) o número 2 de la nueva LAU, con lo que no sería posible que el derecho a la vivienda de la familia se viera atacado a través de esta vía por no existir abandono (53); si, por el contrario, no hubiese hijos dependientes del arrendatario, estaríamos claramente

(48) Vid. sobre la separación de hecho LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1990, *op. cit.*, págs. 199 y sigs.

(49) Vid. DÁVILA GONZÁLEZ, J.: «Artículo 7. Condición de arrendamiento de vivienda», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 61 y sigs.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Artículo 7. Condición de arrendamiento de vivienda», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 80 y sigs.

(50) Sobre el artículo 27.2./) de la LAU actual, vid. SERRANO GARCÍA, J.: «Artículo 27. Incumplimiento de sus obligaciones», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 361 y sigs.; CLEMENTE MEORO, M.: «Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 267 y sigs.

Respecto al artículo 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos derogada, vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, *op. cit.*, pág. 395.

(51) Vid. REBOLLEDO VÁRELA, A.: «La vivienda familiar y la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1984-2, *op. cit.*, pág. 506.

(52) Por hijos independientes hay que entender, según VALLADARES RASCÓN, E.: «Artículo 7. Condición de arrendamiento de vivienda», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, *op. cit.*, pág. 147, los hijos menores y también los emancipados y los mayores que dependan económicamente de sus padres.

(53) Vid. CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio...», *op. cit.*, pág. 254, el cual alega para mantener también en estos supuestos la facultad de subrogación del cónyuge no arrendatario que, de no ser así, podría alegar el arrendador la existencia de una cesión incontestada [art. 27.2.c) LAU], que llevaría igualmente a la resolución del contrato.

ante uno de los casos de posible aplicación de los preceptos que acabamos de señalar, y el arrendador podría resolver el arrendamiento por falta de uso, lo que supondría que el cónyuge no arrendatario y los hijos no dependientes se quedarían sin alojamiento, aunque, claro está, lo que le interesa a la LAU es no tanto la protección de los segundos como la del primero.

A ello se une que al tratarse de situaciones de crisis matrimonial que aún no han desembocado en una demanda de nulidad, separación o divorcio —como consecuencia de la cual podría dictarse una sentencia en la que el uso de la vivienda se adjudicara al cónyuge no titular del arrendamiento (art. 15 LAU)— (54), o que al menos todavía no han sido resueltas jurisdiccionalmente y en las que, además, el abandono no ha ido acompañado de desistimiento —lo que haría nacer en su beneficio la facultad de los núms. 1 y 2 del artículo 12 LAU, comentados anteriormente—, nos encontramos con que el cónyuge no titular abandonado quedaría totalmente desamparado, razón por la que se establece expresamente a su favor este derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento.

En cuanto a la forma de ejercitar el derecho de subrogación, no se precisa requerimiento del arrendador, lo cual es lógico: por una parte, porque nadie mejor que el cónyuge que permanece en la vivienda conoce la situación en que se encuentra su matrimonio, y por otra, porque el arrendador no ha recibido ningún preaviso que le permita tener noticia de los deseos del titular de dejar la vivienda. Por ello, simplemente se exige que el esposo no titular notifique por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse, escrito que ha de ser recibido por éste en el plazo de un mes desde el abandono de la vivienda por el esposo titular (el cual, como hemos dicho, ha de ir unido a la separación de hecho). Creemos, al igual que dijimos para el número 2, que la notificación deberá ser fehaciente y en ella habría de figurar también la fecha de la misma, aunque nada se establece sobre esto.

Obviamente, uno de los mayores problemas con los que se ha de encontrar la aplicación de este precepto será el de cómo demostrar el tiempo que ha pasado desde el abandono o, dicho de otro modo, el día en que éste se produjo, dado que hasta que el cónyuge abandonado llega a tener conciencia y certeza de que se encuentra en tal situación suele haber pasado un tiempo más o menos largo. Por eso creemos que hubiera sido más justo que el plazo de un mes para la recepción de la notificación comenzara a contar no desde que la fecha en que tuvo lugar el abandono, sino desde que el esposo abandonado se reconoce como tal; pero no se nos escapa que esta solución

(54) Sin que nazca una situación de cotitularidad solidaria, como determinaba el Proyecto de LAU en su artículo 15. *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 15. Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 193.

haría aún más difícil el problema de la prueba por referirse ésta a hechos puramente subjetivos.

Además, desde el punto de vista del arrendador, ¿cómo puede éste estar seguro de que el cónyuge titular del arrendamiento ha abandonado la vivienda y no la ha dejado sólo provisionalmente? ¿No podría el cónyuge no titular aprovechar una salida de su esposo por un cierto tiempo para defraudarle y ocupar su lugar en el arrendamiento? Como vemos, la cuestión no es fácil de resolver.

C) CONSECUENCIAS DE LA NO NOTIFICACIÓN

Del segundo párrafo de este número se deduce que en caso de que el cónyuge que permaneció en la vivienda no cumpliera, tal y como se exige en el primero, el requisito de la notificación, el arrendamiento quedará extinguido. Esto quiere decir que la introducción por el legislador en la LAU de la norma contenida en el número 3 y en cuanto a ella se remite, el 4, del artículo 12, impide la aplicación del artículo 27.2.) LAU cuando el arrendatario estuviera casado o conviviera maritalmente con otra persona de igual o distinto sexo. Es decir, el arrendador es privado de la facultad de solicitar la resolución del contrato por haber dejado de estar destinado a satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario, ya que el arrendamiento se extingue *ipso iure*, automáticamente, si el arrendador no recibe la notificación del arrendatario manifestando su voluntad de subrogarse en el plazo de un mes (55). A su vez, esto implica que la causa resolutoria del artículo 27.2.) LAU sólo actuará, además de en el caso en que el arrendatario abandonara la vivienda junto con toda su familia, cuando éste fuera soltero y no conviviera *more uxorio* con nadie en el momento de abandonar la vivienda.

Del mismo modo quedará extinguido el arrendamiento si la notificación se realiza y recibe en el plazo, pero comunicando el deseo de no subrogarse.

D) MOMENTO DE LA EXTINCIÓN O DE LA SUBROGACIÓN

Paralelamente a lo que ocurre con los supuestos de no renovación y desistimiento ya analizados, creemos que el momento en que ha de producirse la subrogación ha de ser el mismo en que en otro caso se produciría

(55) Esto quiere decir que para expulsar de la vivienda al esposo o conviviente no titular habrá de invocar en el juicio de cognición no el artículo 27, pues el arrendamiento ya se ha extinguido, sino el artículo 12 LAU.

la extinción, es decir, el del abandono. Que tal ha de ser el momento en que, en su caso, se extinguirá el contrato, puede deducirse del principio del precepto cuando dice: «si abandonara... podrá continuar», a lo que se une que de no existir este artículo 12.3 LAU la causa de resolución del artículo 27.2.) LAU podría actuar desde el momento del abandono.

E) PAGO DE LAS RENTAS

Si el arrendador no recibe la notificación en el plazo de un mes desde el abandono, el cónyuge del arrendatario (56) deberá pagar al arrendador la renta correspondiente a ese mes en concepto de sanción. Esto último porque si se sabe abandonado y no notifica, se entiende que no lo hace para evitar ser él arrendatario y tener que pagar él directamente las rentas, siéndole mucho más beneficioso no decir nada, seguir en la vivienda y que su esposo siga figurando como arrendatario.

Estimamos que la LAU sólo impone el pago de la renta correspondiente a un mes porque supone que el arrendador se entera en el momento del abandono, es decir, cuando éste se produce (lo cual es bastante difícil), de modo que pasado un mes podrá expulsar al cónyuge no titular. Pero si no se entera hasta un tiempo después, la sanción será por todos los meses en que el arrendador ignorase el abandono y el cónyuge o conviviente hubiese permanecido en la vivienda.

Si la notificación en la que se manifiesta la voluntad de continuar en el arrendamiento se recibe por el arrendador en el plazo fijado, la subrogación tendría lugar también en el momento del abandono, tal y como vimos más arriba, y el mes de renta a que se refiere el precepto lo deberá pagar únicamente el nuevo arrendatario como tal, no el ex arrendatario.

Si el arrendador recibe la notificación del cónyuge no titular dentro del plazo, pero la misma comunica el deseo de éste de no subrogarse, dicho esposo no deberá pagar el mes de renta al que se refiere el precepto; le corresponderá pagarlo al ex arrendatario por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, puesto que desde que abandonó la vivienda dejó de ser el arrendatario.

(56) O como consecuencia del número 4 de este artículo 12 LAU, el compañero del arrendatario.

IV. REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CONCERTADO POR UNO SOLO DE LOS ESPOSOS

Además de estas novedades que de forma directa establece el precepto de cuyo estudio nos ocupamos en materia de arrendamiento de la vivienda de la familia cuando ésta se funda en el matrimonio, es preciso preguntarse si el mismo implica o no indirectamente una toma de postura del legislador respecto al tema del carácter común o privativo de la locación cuando el contrato fue celebrado por un solo cónyuge en estado de casado.

Este problema ha sido debatido por la doctrina con especial detenimiento cuando el régimen económico-matrimonial vigente al contratar es el de gananciales, cuestionándose entonces concretamente si el derecho de arrendamiento es propio del esposo contratante o ganancial.

Al respecto parece predominar la postura de aquellos (57) que estiman que el derecho de arrendamiento que tiene por objeto la vivienda familiar en estos casos tiene carácter ganancial, en virtud de los artículos 1.346.1, 1.347.3 y 1.362 del Código Civil, lo cual quiere decir que aunque sólo uno de los esposos haya celebrado el contrato, los dos resultarán ser titulares materiales del arrendamiento (58); lo mismo ocurriría según estos autores

(57) Vid., entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 415-416; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *op. cit.*, pág. 140, y «Efectos patrimoniales que respecto de terceros produce la situación de crisis matrimonial», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 212 y sigs.; REBOLLEDO VÁRELA, A.: «La vivienda familiar y la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1984-2, págs. 503 y sigs.; BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 353 y sigs., y «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», *ADC*, 1988, págs. 877-878; DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1984, págs. 139-140; SEJAS QUINTANA, J. A.: «Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de separación o divorcio matrimonial», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, *op. cit.*, pág. 317; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano concertado por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1987, pág. 431; GARRIDO DE PALMA, V. M., y otros: *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil*, Reus, Madrid, 1985, pág. 74; BATLLE, M.: «Cuestiones de Derecho matrimonial», *RCDI*, 1960, págs. 594-595; FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 12», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *op. cit.*, pág. 62.

(58) También utiliza la distinción entre arrendatario formal y material MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «Inquilino formal e inquilino real: notas sobre una solución jurisprudencial (Comentario a la Sentencia de 7 de mayo de 1985)», *ADC*, 1986,

si la vivienda se alquiló por uno de los novios, pero con vistas al futuro matrimonio (59). Esta tesis queda reforzada por los artículos 1.346.4 y 1.347.4 del Código Civil, que exigen la existencia de arrendamientos gananciales o privativos (60), y con la presunción del artículo 1.361 de este cuerpo legal.

Frente a este sector doctrinal, otro (61) menos numeroso estima que el derecho de arrendamiento concertado en las condiciones apuntadas tiene carácter privativo, apoyándose en que «la sociedad de gananciales, en cuanto al acervo común, se construye sobre la idea de bienes que representan una ganancia o beneficio, atribuibles por mitad al disolverse aquélla» (62), y dicha atribución no aparece, respecto al arrendamiento, en los artículos 1.406.4 y 1.407 del Código Civil, ni en el activo del inventario (art. 1.397 CC) se recoge el derecho arrendaticio, pues no es evaluable (art. 81 LAR). De este modo, se considera que «el arrendamiento cumple una función dirigida a cubrir una necesidad familiar más que a la creación de un derecho inventariable considerado como ganancia o beneficio, necesidad que se va a cumplir con independencia de la privatividad o no de dicho derecho» (63); y se concluye que el derecho de arrendamiento concertado por un solo esposo durante la sociedad de gananciales queda incluido en el artículo 1.346.5 del Código Civil entre los derechos patrimoniales no transmisibles

pág. 687, estimando, para un supuesto de retracto, que el primero es el que firmó el contrato y en el mismo figura como tal arrendatario, y que el segundo es el que en realidad ocupa la vivienda y paga las rentas.

(59) Vid. en favor de esta postura y resolviendo un recurso de amparo la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1986, de 31 de octubre, *BJC*, núm. 67, noviembre 1986, págs. 1277 y sigs.

(60) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Efectos patrimoniales que respecto de terceros produce la situación de crisis matrimonial», *op. cit.*, pág. 212.

(61) Vid. FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, págs. 264 y sigs.; FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 398-399, y sobre todo pág. 403, el cual cita a su favor la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1987 (*RA*, núm. 5917), que niega la facultad de ceder, de acuerdo con el artículo 24 de la LAU anterior, a la mujer cuando fue el marido quien celebró el contrato de arrendamiento.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional exigió el requisito de la notificación al arrendador por estimar que existe subrogación en el contrato de arrendamiento celebrado por uno solo de los cónyuges durante el matrimonio al ser atribuido el uso de la vivienda arrendada al cónyuge no titular del mismo en la Sentencia 126/1989, de 12 de julio (*BJC*, núm. 100/101, agosto-septiembre de 1989, págs. 1286 y sigs.). De ello se puede deducir que en esta Sentencia no estima que haya cotitularidad en el arrendamiento concertado de la forma señalada.

(62) Vid. FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, *op. cit.*, pág. 265.

(63) Vid. FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, *op. cit.*, pág. 265.

inter vivos (64), con lo que el titular del arrendamiento será siempre aquel que suscribiera el contrato (65).

Adelantando que somos partidarios de la primera de las tesis expuestas, antes de justificar nuestra opción llevaremos a cabo una crítica de la segunda.

Hemos visto cómo los autores que estiman que el derecho de arrendamiento no puede tener carácter ganancial se basan en el concepto mismo de bien o derecho ganancial y en que carece de valor económico y, por consiguiente, no puede evaluarse e incluirse en el inventario como un bien más a repartir.

Respecto a lo primero, decir que no sólo las ganancias y beneficios obtenidos por los cónyuges constituyen la masa común, aunque a ellos se refiera expresamente el artículo 1.344 del Código Civil. Como ha señalado LACRUZ BERDEJO(66), tal precepto no sirve «para dar idea de la composición del patrimonio común y, paralelamente, de los bienes propios de los partícipes, objeto, el uno y los otros, de sendas enumeraciones que pretenden ser exhaustivas en los artículos 1.347 y 1.346, respectivamente»; añadiendo este autor que, «en principio, se entiende que los bienes nuevamente adquiridos se adscriben al titular de los medios empleados en conseguirlos; a la comunidad, si los medios son consorciales, y al esposo, si los aportó él». En el supuesto que estudiamos el derecho de arrendamiento se adquiere como contraprestación del pago de una renta que se satisface con dinero común, no privativo del esposo que firmó el contrato, y puede quedar incluido, tal y como hemos dicho que defiende la primera de las posturas expuestas, en el número 3 del artículo 1.347 del Código Civil como derecho ganancial.

(64) Dice FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar...», *op. cit.*, pág. 266, que este fundamento «... no contradice la dicción del artículo 1.347.3.º, pues aparte de la especial naturaleza del arrendamiento en sí, el pago de rentas con bienes gananciales no implica necesariamente el carácter privativo o ganancial, son aspectos distintos, y si en este caso no surge un crédito a favor del consorcio, como sucede con los supuestos de los números 4 y 8 del citado artículo 1.346, ello es debido a que con tal derecho se cubre una necesidad esencial de la familia, uso y disfrute de una vivienda por todos los miembros, pero que no prejuzga el carácter del derecho».

(65) También se encontraban argumentos en favor de esta tesis en la anterior LAU, estimándose que el derecho del cónyuge no titular, adquirido en virtud de los artículos 58 (subrogación *mortis causa*) y 24 (cesión *inter vivos*, sin necesidad de consentimiento del arrendador y a título gratuito), derivaba de la Ley, no del carácter ganancial del arrendamiento. *Vid.* en este sentido FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar...», *op. cit.*, págs. 265-266. Sin embargo, contra esta conclusión cabía argumentar, tal y como hacía REBOLLEDO VÁRELA, A.: «La vivienda familiar y la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1984-2, *op. cit.*, pág. 508, que dichos preceptos sólo eran aplicables cuando ambos cónyuges no eran titulares del arrendamiento; y esto precisamente es lo que ocurre, según él, cuando el mismo es ganancial, aunque sólo uno de ellos figure formalmente como arrendatario.

(66) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 397.

Tampoco estamos de acuerdo con que el derecho de arrendamiento carezca de valor económico y, por tanto, no sea evaluable. El derecho de arrendamiento tiene un valor que es, en principio, aquel que se paga como renta, de modo que éste será el que habrá de asignársele al inventario de la liquidación de la sociedad de gananciales. No hay problema cuando la locación se pactó por equis años y por equis pesetas de renta en total pagándose ésta por adelantado (lo cual es permitido por el art. 17 de la actual LAU): en estos casos el derecho de arrendamiento valdrá la parte de la renta satisfecha proporcional al tiempo que reste por cumplir. Sin embargo, lo normal es que aunque en el contrato se determine un plazo de uno o más años, las rentas se paguen no por anualidad o anualidades, o por el total del tiempo pactado, sino por meses, de modo que aunque el valor total del arrendamiento sea el número de meses que dura el contrato por la renta que se paga cada mes (67), resultará que la sociedad de gananciales va pagando su derecho arrendaticio a medida que la familia va disfrutando del mismo, con lo cual a la hora de evaluarlo nos encontraremos con que parte del derecho aún no ha sido pagado por la sociedad de gananciales. Entonces una de dos: o de la masa común se entrega al esposo el dinero correspondiente para que pague las rentas que quedan, o él mismo las paga de sus fondos propios; en el primer caso se asignará al derecho de arrendamiento el valor apuntado más arriba; en el segundo, el esposo adjudicatario recibe un derecho de un determinado valor y, a su vez, la obligación de pagar las rentas restantes equivalentes al valor del derecho, por lo que uno y otra quedan compensados y el total de la situación que recibe será cero (68).

Sin embargo, aún queda otro factor a tener en cuenta a la hora de evaluar el derecho de arrendamiento:

(67) Y así es precisamente como se valoran los arrendamientos a efectos tributarios en el artículo 10.2.[^] del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y en el artículo 48 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. Vid. COSTA ESPAÑA, R.: *Comentarios a las leyes tributarias y financieras dirigidos por Narciso Amorós Rica*, t. VII-1.º. *Impuesto sobre transmisiones y operaciones societarias*, EDESA, Madrid, 1991, págs. 450-452, que aunque referidas a la regulación anterior (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, y Reglamento aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre) son aplicables a la actual.

(68) En realidad lo mismo ocurre cuando a uno de los esposos se le adjudica el piso que había servido de vivienda familiar y que era de naturaleza ganancial por haberse adquirido durante la vigencia de la sociedad a plazos, pagándose el primero de ellos con dinero común (art. 1.356 CC), y aún restan por pagar los últimos plazos: o se le adjudica por todo su valor, pero entregándose dinero común suficiente para hacer frente a los plazos aún no satisfechos; o se le incluye en su lote por su valor, restándole los plazos que se compromete a pagar el adjudicatario.

El paso del tiempo unido a la inflación, pero también otras circunstancias, pueden llevar a que el valor del derecho de arrendamiento sea superior a los que se pague como renta. Esto era algo casi consustancial a los contratos celebrados bajo el imperio de la LAU anterior, en los que la prórroga forzosa para el arrendador y la pérdida galopante de valor del dinero llegó a convertir en ridículas las rentas que se abonaban a éste, de modo que las mismas quedaban —y siguen quedando para los contratos aún vigentes— muy por debajo del valor real del derecho del arrendatario. Por tanto, aquí el derecho de arrendamiento no sólo valdrá la suma de las rentas que queden por pagar cuando éstas se satisfacen por meses, sino también este plus que cada mes se ahorra el inquilino en comparación a lo que pagaría si celebrase el contrato de nuevo en ese momento, plus que también habrá que tenerse en cuenta al evaluar el derecho de arrendamiento inventariado al realizar la liquidación de la sociedad de gananciales (69).

En los contratos celebrados bajo la nueva LAU es más difícil que se de esta situación dada la actualización de las rentas que contempla su artículo 18. Pero también cabe pactar la no actualización —puesto que no estamos ante un derecho que favorezca al arrendatario (art. 6 LAU)— o que la misma no se lleve a cabo según el IPC a partir del sexto año de duración del contrato (art. 18.2 LAU), o que se trate del arrendamiento de una vivienda suntuaria que se registrará en primer lugar por lo pactado por las partes (art. 4.2.2.º LAU), o que el precio de los alquileres aumente por encima del IPC, o que la zona en la que se encuentre la vivienda se revalorice... En todos estos supuestos el derecho de arrendamiento experimentará un aumento de valor sobre la renta, el cual será ganancial porque ganancial es tal derecho. De no ser así, es decir, si se estimara que el derecho de arrendamiento fuera privativo, este incremento, por no proceder de la industria o trabajo de los esposos, no podría ser ganancial, sino privativo de su titular, lo que nos llevaría a que se si se cediera el derecho de arrendamiento de vivienda —concertado por uno de los cónyuges durante el matrimonio cuyas rentas eran pagadas con fondos gananciales— a título oneroso (tal y como permite el art. 8.1 LAU) el precio obtenido de la cesión sería privativo, nunca ganancial: la injusticia de esta solución salta a la vista (70).

(69) Así nos encontramos que en los casos de arrendamientos celebrados al amparo de la LAU de 1964 era relativamente frecuente que el arrendador tratase de obtener la renuncia a la prórroga forzosa por una suma cuantiosa que ingresaba en la masa ganancial precisamente porque ganancial era el derecho del que procedía: el derecho arrendaticio. *Vid.* DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», ADC, 1986, pág. 415; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano...», *op. cit.*, págs. 429 y 436.

(70) Si el derecho de arrendamiento fuera privativo y ese aumento de valor experimentado por el mismo fuera consecuencia del trabajo o la industria de los esposos o

Demostrado que no sólo los beneficios y las ganancias son gananciales y que el derecho de arrendamiento tiene un valor, hemos de exponer las razones que nos sirven de fundamento para defender que cuando el contrato es celebrado por uno solo de los esposos durante el régimen de sociedad de gananciales el derecho arrendaticio tiene naturaleza ganancial, de lo cual, a su vez, se deriva que ambos esposos sean sus titulares materiales.

El punto de partida de nuestro razonamiento lo constituye el artículo 1.361 del Código Civil, de acuerdo con el cual el derecho arrendaticio ha de considerarse de carácter común mientras no se demuestre lo contrario, sin que encontremos razones que justifiquen la no aplicación de este precepto al supuesto que estudiamos. Por consiguiente, la pregunta que a continuación debemos realizarnos es: ¿Cuándo quedará desvirtuada tal presunción de ganancialidad? A diferencia de lo que ocurre con el régimen de separación de bienes en el de sociedad de gananciales la naturaleza de los bienes o derechos adquiridos a título oneroso durante su vigencia, no se determina en función del sujeto que figure como adquirente —razón por la que del hecho de que sólo sea un cónyuge el contratante no puede deducirse que el derecho de arrendamiento sea privativo—, sino del carácter de la contraprestación, que en este caso estaría constituida por el alquiler pagado a costa de los fondos comunes, lo que nos lleva de nuevo a defender el carácter ganancial del derecho (art. 1.347.3 CC). Podría oponerse aquí que esto último (pago de las rentas como fondos comunes) ocurre, no porque el derecho de arrendamiento sea ganancial, sino porque estamos ante la forma de satisfacer una necesidad de la familia que, como tal, constituye una carga de la comunidad (art. 1.362.1 CC); sin embargo, cabe replicar que tampoco esto configura el derecho arrendaticio como privativo ni deja ineficaz el hecho de que la contraprestación sea ganancial, sino que sólo nos justifica por qué ésta es ganancial.

Si esto es así, ¿existiría algún caso en el que celebrado el contrato por uno de los esposos el arrendamiento fuera privativo suyo? Podría entenderse que la locación tendría carácter privativo si el cónyuge contratante al celebrar el contrato manifestara que el derecho que en ese momento se constituye tendrá tal naturaleza y, además, que cuenta en este punto con el acuerdo de su esposo, acuerdo que sería necesario por dos razones:

1.^a Porque tal contrato supone la disposición de fondos comunes para el pago de las rentas (arts. 1.375 y 1.377 CC), sin que pueda quedar

de uno de ellos, se aplicarían los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, de modo que la sociedad de gananciales sería acreedora del esposo titular por tal incremento. Esto ocurrirá frecuentemente cuando se trate de arrendamientos rústicos o de locales de negocio.

comprendido en la potestad doméstica (que según el art. 1.319 CC puede ejercitar cada cónyuge sin el consentimiento del otro) por ser un acto de administración extraordinaria (71).

2.^a Porque así quedaría exceptuado el artículo 1.347.3 del Código Civil.

Sin embargo, esta posibilidad nos parece muy dudosa, ya que estaríamos ante una auténtica aplicación inversa del artículo 1.355 del Código Civil, posibilidad ésta que no se acoge por parte de la doctrina a la que nos unimos (72) dado que el artículo 1.355 configura expresamente una fuente de ganancialidad, no de privatividad, y es la Ley quien determina y crea dichas fuentes de forma taxativa. Por ello, podemos concluir que siempre que el arrendamiento de vivienda familiar se concierte durante el régimen de la sociedad de gananciales, deberá considerarse ganancial (a no ser que el cónyuge contratante se comprometa a pagar las rentas con su capital propio).

Cuando el contrato se celebre vigente el régimen de separación o participación, ¿podría pensarse que son ambos esposos titulares aunque sólo uno de ellos lo firmase? En estos casos, dado que no hay artículo semejante al 1.347.3 CC que con base en el objeto nos permita afirmar la titularidad de ambos, la única posibilidad que nos permitiría defender tal postura sería entender que del hecho de que lo arrendado sea la vivienda familiar, necesariamente se deriva que aunque contrate uno lo hacen los dos. El problema es que tampoco encontramos normas de derecho positivo en las que apoyarnos y no creemos que el supuesto pueda quedar comprendido en el artículo 1.319 del Código Civil, aplicable a todo régimen económico-matrimonial (73), razones por las que hemos de concluir que en esta hipótesis

(71) Así lo estima LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 285. *Vid.* nuestros argumentos en la nota 73.

(72) *Vid.*, entre otros, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 127 y sigs.; RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, *op. cit.*, págs. 186 y sigs., y «Comentario a la Resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1990», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 25, enero-marzo 1991, núm. 661, pág. 27; GIMÉNEZ DUART, T.: «LOS bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1982, pág. 121.

(73) No estamos de acuerdo con GUBLARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *op. cit.*, pág. 141, cuando afirma que la conclusión de que el contrato de arrendamiento celebrado por un cónyuge vigente el régimen de separación será de su exclusiva titularidad «puede quedar desvirtuada por el juego del artículo 1.319 del Código Civil, aplicable a cualquier tipo de régimen económico-matrimonial, y en cuya virtud es posible sancionar que la actuación individual repercuta sobre ambos cónyuges creando una cotitularidad arrendaticia que no se disciplinará desde la óptica de la ganancialidad, sino de la proindivisión que el artículo 1.441 prevé».

sólo será titular el que contrató (74). Por otra parte, si lleváramos a estos límites el carácter conjunto del arrendamiento, la aplicación de las normas especiales de la LAU (arts. 12, 15 y 16) terminaría dependiendo de la voluntad del arrendatario (75).

Lamentablemente, a pesar de la necesidad de aclarar de una vez por todas este problema y de que su promulgación hubiera sido una ocasión propicia para solucionarlo, la nueva LAU se mantiene en silencio al respecto y su regulación es compatible con las dos posturas expresadas sobre el carácter ganancial o no del arrendamiento.

El artículo 1.319 CC establece que cada cónyuge puede realizar actos dirigidos a atender las necesidades ordinarias de la familia. La palabra «ordinarias» cumple en este precepto la misión de delimitar cuáles son esas necesidades: son las necesidades de carácter habitual, en el sentido de periódicas, que se repiten, ya sean vitales o no. Pero también la expresión «ordinarias» limita el *quantum* del gasto que la satisfacción de tal necesidad representa: ha de ser un gasto módico (vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 284). Nosotros pensamos que, además, el vocablo citado se refiere al carácter habitual, periódico y repetitivo, no ya de la necesidad en sí, sino del acto (negocio o contrato) que ha de realizarse para satisfacer esa necesidad, lo cual justifica que en estos casos se levante la exigencia de que actúen ambos esposos para obligar el patrimonio común y los privativos, en régimen comunitario, o el de cada cónyuge, en régimen de separación. (Piénsese que la potestad doméstica originariamente se refería a las compras que hiciese la mujer de cosas que por su naturaleza estuvieran destinadas al consumo de la familia —anterior art. 62 CC—). Otra limitación de la potestad doméstica viene determinada por la expresión «encomendadas a su cuidado»: las atenciones familiares han de estar encomendadas al cuidado de uno solo de los cónyuges, precisamente aquel que actuó, por los usos sociales o el acuerdo de ambos.

Pues bien, volviendo al supuesto que nos ocupa, observamos que la de vivienda constituye una necesidad vital y habitual de la familia. Sin embargo, el *quantum* que supone satisfacer tal necesidad a través de la celebración de un contrato de arrendamiento no creemos que pueda calificarse de moderado, sobre todo si tenemos en cuenta adonde ha llegado el precio de los alquileres en general, y especialmente en algunas ciudades, y lo multiplicamos por el número de meses en que habrá que pagar esas rentas. Además, ¿hasta qué punto los usos sociales conceden a uno solo de los esposos la facultad de decidir por sí solo la vivienda que será arrendada para ser habitada por la familia? Lo normal es que la elección de la vivienda y las condiciones, del arrendamiento sean meditadas por ambos, aunque por razones de comodidad el contrato lo firme uno sólo.

Con base en estos argumentos, estimamos que la celebración del contrato de arrendamiento no puede calificarse de acto de administración ordinaria, sino extraordinaria. De esta misma opinión es LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV: *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 285.

(74) No ocurre así en el Derecho francés o belga, en los que los artículos 1.751 y 215, respectivamente, de sus Códigos Civiles imponen el carácter común de cualquier arrendamiento de vivienda familiar, independientemente del régimen vigente en el momento de su celebración e, incluso, de que aún no se hubiese celebrado el matrimonio.

(75) Así lo afirmaba BENAVENTE MOREDA, P.: «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar...», *op. cit.*, pág. 878, si bien refiriéndose a los artículos 24 y 58 de la LAU anterior.

Si se piensa, como es nuestro caso, que el arrendamiento celebrado por uno de los esposos en régimen de gananciales es ganancial, aún podrían adoptarse las siguientes posiciones:

- Entender que el artículo 12 no puede aplicarse como tal porque se refiere únicamente al supuesto de que sólo uno de los cónyuges sea arrendatario material, y aquí lo son los dos. Sin embargo, ¿habría que aplicar, a pesar de todo, las formalidades del artículo 12 LAU? El desistimiento o la no renovación será nulo si falta el consentimiento del no titular; como este consentimiento puede ser tácito o posterior al acto (pues cabe la posibilidad de confirmarlo), al arrendador le convendrá requerir al no titular para ver si consiente o no el acto dispositivo de su esposo y exigir la salida de la vivienda del no titular en el segundo caso; además, este requerimiento servirá para que el esposo del arrendatario tenga conocimiento de la conducta de su cónyuge, pues podría ignorarla. Si no contesta en el plazo de quince días se entiende que está de acuerdo con el acto de su consorte y el arrendamiento se extinguirá.

Por su parte, el abandono de la vivienda por el titular formal del arrendamiento no puede implicar la extinción del mismo cuando no se notifica al arrendador tal situación, quedando uno de los titulares materiales en la vivienda arrendada.

Entender que el artículo 12 llama arrendatario al que lo sea formalmente, es decir, al que firmó el contrato, independientemente de que también el otro lo sea desde el punto de vista material. Entonces la aplicación del artículo 12 permitiría:

- En caso de desistimiento o no renovación, la conversión del arrendamiento ganancial en privativo, con la posibilidad de que con base en el artículo 1.322 CC se solicite la anulación del acto y las cosas queden como estaban.
Desde esta perspectiva, el abandono daría al esposo no titular la posibilidad de convertirse en único titular material y formal del arrendamiento, siguiendo los pasos del artículo 12 LAU, o dejar las cosas como estaban si no lo hace, ya que es difícil justificar por qué si no se abandona la vivienda por uno de los titulares materiales y no se notifica el abandono del otro se tenga que extinguir el arrendamiento. Por consiguiente, estamos ante verdaderos resultados dispositivos del arrendamiento: el Derecho pasa materialmente de un patrimonio conyugal a otro.
- Entender que en las hipótesis de desistimiento o no renovación el arrendamiento sigue siendo ganancial (importante a efectos de liqui-

dación y partición: sobre todo, por ejemplo, si el que ha abandonado la vivienda lo ha hecho porque le era imposible soportar a su esposo o sencillamente porque éste le había echado de casa), pero su titular formal pasa a ser el otro cónyuge (importante a efectos de subrogación, pago de las rentas, 1.384 CC —acto de administración del derecho—...)- A estos efectos habría que cumplimentar las formalidades exigidas por el precepto, so pena de extinción. Se mantiene así ganancial el arrendamiento, pero adecuado a la nueva situación de separación de hecho de los cónyuges, lo cual favorece también al arrendador. Esta podría ser la mejor solución y ante ella no cabría pedir la nulidad del acto (art. 1.322 CC) porque el titular con su conducta no pretendería disponer del arrendamiento, sino de su titularidad formal.

En caso de abandono, también habrá que seguir los pasos del artículo 12 LAU, so pena de extinción.

Se observará que hasta ahora sólo hemos hablado de arrendamiento de vivienda familiar (76). Sería posible, sin embargo, pensar en otros arrendamientos que pudieran estar incluidos en el artículo 2 de la LAU (77) y de los que fuera titular un solo cónyuge (por ejemplo, el de la vivienda que por motivos laborales habita uno de los esposos por tener su lugar de trabajo en localidad distinta a aquella en la que se encuentra el domicilio familiar). Respecto de estos otros arrendamientos, ¿tendría el cónyuge no arrendatario las facultades que en caso no renovación, de desistimiento o de abandono por el titular atribuye el artículo 12 de la LAU? No lo creemos así, puesto que en estos supuestos no se da la *ratio* que justifica que el legislador, a pesar de haber suprimido las cesiones del artículo 24 de la anterior LAU, siga atribuyendo el derecho de subrogarse al esposo no titular: proteger al cónyuge e hijos que habitan la vivienda que constituye el hogar familiar, de modo que no queden desamparados a causa de actos arbitrarios del arrendatario. Por tanto, el esposo que no tiene vinculación alguna con la vivienda de cuyo arrendamiento se ha desistido

(76) Según DE LA CARCABA FERNÁNDEZ, M.: «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1.320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1441, la vivienda habitual de la familia «es aquel bien, en la mayoría de los casos inmuebles, donde se desarrolla con regularidad la vida de familia basada en un matrimonio en tanto sea ocupada por cualquier familia en sentido estricto y en tanto no se haya solicitado o producido la separación legal, nulidad o divorcio del matrimonio o su disolución por muerte».

(77) Vid. DÁVILA GONZÁLEZ, J.: «Artículo 2. Arrendamiento de vivienda», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 24; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Artículo 2. Arrendamiento de vivienda», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 44.

o respecto a la cual se ha producido el abandono no podrá subrogarse en el lugar del que era titular.

V. ATRIBUCIÓN DE ESTAS FACULTADES A LOS COMPONENTES DE LAS PAREJAS QUE CONVIVEN *MORE UXORIO*

El legislador, haciéndose eco de la solución por la que el Tribunal Constitucional se había decantando en las últimas resoluciones (78), en el sentido de extender, con base en el artículo 39.1 de la Constitución, a las parejas que hubieran convivido maritalmente sin haber mediado matrimonio (79), los derechos que el artículo 58.1 de la LAU anterior concedía

(78) Vid. STC 222/1992, de 11 de diciembre, *BJC*, núm. 141, enero de 1993, págs. 18 y sigs.; STC 6/1993, de 18 de enero, *BJC*, núm. 142, febrero de 1993, págs. 53 y sigs.; STC 47/1993, de 8 de febrero, *BJC*, núm. 143, marzo de 1993, págs. 120 y sigs. La primera resuelve un recurso de inconstitucionalidad; las siguientes, sendos recursos de amparo. Vid. también, defendiendo el criterio de estas SSTC, GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. I.: «La inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (La subrogación *monis causa* del cónyuge superviviente y del que hubiera convivido *more uxorio* con el arrendatario). Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la familia, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial», *Actualidad Civil*, núm. 4/24-30 enero 1994, Doctrina, págs. 49 y sigs., especialmente págs. 72 y sigs., que tras manifestarse de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que con estas sentencias dicho Tribunal se desliga del mandato del artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (puesto que a la inconstitucionalidad del art. 58.1 LAU no sigue su nulidad) y crea una situación de inseguridad jurídica derivada de la integración en dicho precepto de nuevos supuestos —para evitar su inconstitucionalidad— sin determinar las circunstancias de efectividad de la norma integrada, lo que podría llevar a una inconstitucionalidad mayor que la propia inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Sin embargo, la solución de la STC 222/1992 citada, en un principio no fue considerada como la más acertada por este mismo autor, puesto que en su opinión suponía prolongar aún más la eficacia legal indefinida del artículo 57 LAU anterior, referente a la prórroga forzosa. Vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C: *La interpretación y reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos operada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Colección doctrina y jurisprudencia, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, págs. 63 y sigs.

Tampoco convencen los argumentos del Tribunal Constitucional en estas sentencias a CHINCHILLA MARÍN, C: «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Aranzadi Civil*, junio 1995, págs. 29 y sigs.

De todos modos, acordemente con la doctrina del Tribunal Constitucional en estas sentencias, el artículo 161.b) de la nueva LAU ha recogido expresamente este derecho de subrogación *mortis causa* en favor de las parejas que hubiesen convivido *more uxorio*, determinando expresamente los requisitos que han de concurrir para su aplicación.

(79) Vid. sobre las parejas de hecho en general: ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Cívitas, Madrid, 1986, págs. 51 y sigs., y 351 y sigs.; PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: «Las uniones extramatrimoniales (Doctrina del Tribunal Constitucional. Aplicación del art. 96 del Código Civil. Cuestiones proce-

a los cónyuges (80), extiende en el último número del precepto que estudiamos lo dispuesto en los apartados anteriores a las uniones de hecho (81).

Lo primero a destacar del texto definitivo, frente al del Proyecto, es que ha introducido una especificación que impide el surgimiento de dudas respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la norma, ya que aclara expresamente que la pareja conviviente puede ser de personas de distinto sexo o de homosexuales (82), pues es esto lo que ha de entenderse con la expresión «con independencia de su orientación sexual».

También hemos de destacar aquí que en el número 4 del artículo 12 LAU se concede el derecho de subrogación al conviviente sólo en los casos de desistimiento y abandono, sin mencionar el de no renovación. Creemos que esto se debe a un olvido del legislador. En el Proyecto de Gobierno de febrero de 1994 únicamente se dispensaba protección al arrendamiento de vivienda familiar mediando no matrimonio, frente al desistimiento y el abandono. En la redacción definitiva se incluyeron los supuestos de no renovación en el número 1, es decir, para cuando existiera matrimonio; pero al llegar al número 4 la obsesión del legislador por extender las facultades concedidas al cónyuge, también al conviviente *more uxorio*, «independientemente de su orientación sexual», hizo que olvidase incluir los casos de no renovación, manteniendo en este punto la redacción del artículo 13.4 del

sales)», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, op. cit., págs. 433 y sigs.; ALBERDI, C.: «Las uniones de hecho», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, op. cit., págs. 59 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, 1989, págs. 392 y sigs.; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, op. cit., págs. 91 y sigs., y LASARTE ALVAREZ, C., en el prólogo a la obra citada en último lugar, págs. 11 y sigs., especialmente págs. 12-15; CHINCHILLA MARÍN, C.: «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», op. cit., págs. 21 y sigs.

(80) Por su parte, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: *Las uniones matrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1994, págs. 156, 160 y sigs., con anterioridad a la nueva LAU, había abogado no sólo por el derecho del conviviente no titular a subrogarse por muerte de su compañero arrendatario (art. 58 LAU anterior), sino por la aplicación de todos los derechos que se reconocen al cónyuge no titular (por ejemplo: sería aplicable el art. 24 LAU de 1964; si el no titular fuera la parte más necesitada de protección o se quedara con los hijos comunes, podría obtener de los tribunales que se le concediera continuar con el uso de la vivienda —art. 96 CC—; sería necesario demandar a ambos convivientes en caso de desahucio).

(81) Dice el último número del artículo 12 LAU: «4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

(82) Esta equiparación del matrimonio a la pareja de hecho, incluso a las uniones de personas del mismo sexo, ha sido objeto de una crítica general por los autores. Vid., entre otros, SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9-16», op. cit., pág. 134; FINEZ, J. M.: «Artículo 12», op. cit., págs. 181-182.

Proyecto. Sin embargo, creemos que ha de llevarse a cabo una interpretación correctora del precepto y entender incluidos también estos supuestos en caso de uniones de hecho.

Como puede observarse, los requisitos de convivencia son más rigurosos que de haber mediado matrimonio en cuanto se exige que ésta haya durado al menos dos años si no hubieran tenido descendencia común, caso en el que no se requiere plazo alguno.

Los dos años de convivencia no es preciso que se desarrollasen en la vivienda arrendada, pues con tal exigencia se pretende asegurar que realmente se está ante una pareja estable. Lo que sí es necesario es que en el momento del desistimiento, no renovación o abandono se conviva en la vivienda arrendada (83).

Creemos además que aunque el artículo 7 LAU se refiere al cónyuge y no al compañero, si se quiere ser coherente con la intención del apartado del que tratamos habrá que entender también a los supuestos de convivencia *more uxorio* las observaciones que sobre la necesidad de crisis conyugal hicimos al tratar del abandono. De lo que no cabe duda es de la aplicación del artículo 7 LAU cuando existen hijos dependientes del conviviente arrendatario en la vivienda arrendada.

De todos modos, el problema principal que suscitará la aplicación de este número del artículo 12 será precisamente el de la prueba (84) de la fecha en que comenzó la convivencia y el de su duración, a lo cual pueden contribuir los Registros de parejas creados recientemente en algunos municipios. Dicha prueba corresponderá, evidentemente, al conviviente que pretenda continuar con el arrendamiento.

Por último, en los supuestos de desistimiento y no renovación, si el arrendador desconoce la existencia de la persona del conviviente, de éste deberá partir la iniciativa de notificar a aquél su voluntad de continuar o no en el arrendamiento, puesto que no cabe esperar el requerimiento a que se refiere el número 2 de este artículo 12 LAU (85).

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ
Profesora Ayudante de Facultad
Universidad de Valladolid

(83) Vid. FINEZ, J. M.: «Artículo 12», *op. cit.*, pág. 182.

(84) Puesto que, a diferencia de lo que ocurre cuando existe matrimonio, aquí no se presume la convivencia.

(85) Seguimos en este punto a FINEZ, J. M.: «Artículo 12», *op. cit.*, pág. 183.