

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2010 DEL TSJ DE ARAGÓN: ARRENDAMIENTO Y CONSORCIO FORAL

Gabriel GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La STSJ de Aragón de 14 mayo 2010 trata de un caso frecuente de subrogación mortis causa del viudo en el arrendamiento de la vivienda familiar otorgado por el otro cónyuge vigente el matrimonio. A nivel nacional y en la jurisprudencia de las AP predomina un injustificado prejuicio formalista heredado de la legislación especial al exigir el cumplimiento estricto del artículo 16 LAU 1994, que también adopta la sentencia comentada. El comentarista prefiere, conforme al bien razonado Voto particular, una interpretación más correcta que respete el derecho a la vivienda del viudo y sea más conforme con el espíritu y la letra de la Ley aragonesa 2/2003 y del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (CDFA).

Palabras clave: Arrendamiento de vivienda familiar, calidad de arrendatario, subrogación mortis causa del viudo, derecho a la vivienda.

ABSTRACT

The judgment of the High Court of Aragón, of 14th of May of 2010, deals with a frequent case of mortis causa subrogation of the widower in the lease of the family home granted by the other spouse whilst the marriage was still effective.

On a national level and in the jurisprudence of the provincial courts, an unjustified formalistic prejudice prevails inherited from special legislation whereby it demands the strict fulfilment of article 16 of the Spanish Law of Lease of Urban Property of 1994, an approach also adopted by the judgment which is commented. The commentator prefers, in conformity with the very well reasoned dissenting judgment, a more correct interpretation which respects the right to a home of the widower and which is more in accordance with the spirit and the letter of Aragón Law 2/2003, regarding marital regime and widower's pensions.

Key words: Lease of family home. Quality of lessee. Mortis causa subrogation of the widower. Right to a home.

SUMARIO

HECHOS. ARGUMENTOS DEL TSJ DE ARAGÓN PARA CONSIDERAR MAL HECHA LA PRETENDIDA SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* A FAVOR DEL VIUDO. ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A FAVOR DEL RECURSO DE CASACIÓN: A) EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 28.2.I DE LA LEY ARAGONESA 2/2003 (ART. 210.2.I CDFA), ESTABA EN VIGOR DURANTE LA COMPILACIÓN ARAGONESA DE 1967; B) CARECE DE RELEVANCIA DISCUTIR SI LA ESPOSA, AL TIEMPO DE CONTRATAR EL ARRENDAMIENTO, ACTUABA A NOMBRE DEL ESPOSO; C) LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA ESPECIAL SIGUE IGNORANDO EL EFECTO DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL DE COMUNIDAD EN SITUACIÓN DE NORMALIDAD EN EL RÉGIMEN DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. ARRENDAMIENTO ESPECIAL DE VIVIENDA *VERSUS* CÓDIGO CIVIL. LA STS DE 3 ABRIL 2009 INTERPRETA ERRÓNEAMENTE LA JURISPRUDENCIA DEL TC. CONCLUSIONES SOBRE LA STSJ DE ARAGÓN DE 14 DE MAYO DE 2010.

HECHOS

Doña I.R.M. de estado casada con don M.R.C. y profesión sus labores, contrata en arrendamiento una vivienda el 1 junio 1972 a doña D.C.E., viuda de 74 años. La propiedad de la vivienda ha conocido varias transmisiones hasta que la empresa P.I. compra por escritura pública de 29 marzo 2007, la casa en su totalidad compuesta por dos viviendas familiares, y con idéntica fecha comunica mediante carta la adquisición del inmueble a la arrendataria, indicándole la domicialización bancaria para abono de sucesivas rentas. La arrendataria fallece en estado de casada el 13 julio 2007. No consta que don M.R.C. haya notificado a la nueva titularidad dominical su voluntad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. Presentada una demanda de desahucio por subrogación incontentada, ante el JPI n.º 3 de Zaragoza, éste por sentencia de 3 septiembre 2009 desestima la demanda. Apelada por la empresa P.I., la sec. 5.ª de la AP por sen-

tencia de 1 diciembre 2009, estima el recurso y resuelve el contrato de arrendamiento. Interpuesto recurso de casación por D. R.M.C. la sentencia de 14 mayo 2010, del TSJ de Aragón lo desestima, confirmando así la sentencia de la AP, si bien hay un extenso Voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Dado que la Disposición Transitoria 2.^a de la LAU 1994 exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 16 de la LAU 1994 para que se produzca la subrogación *mortis causa* a favor del cónyuge del arrendatario de vivienda cuando el contrato es de fecha anterior a la ley en vigor, la *quaestio iuris* consiste, *prima facie*, en decidir si resulta preferentemente aplicable al caso el artículo 28.2.i de la Ley 2/2003 de Aragón (art. 210.2.i CDFa). En apariencia, se trata aquella disposición de un ordenamiento especial estatal, de aplicación general, en fase actual de claro debilitamiento (véase la legislación arrendaticia urbana especial, últimamente por Ley 19/2009, de 23 noviembre, dictada en favor de los intereses del arrendador), confrontado a un ordenamiento civil, territorial o foral, en fase de evidente expansión normativa (legislación de Aragón). Y como telón de fondo, aunque no invocado, –extrañamente–, ni por las partes ni por los Tribunales –pese al aforismo *iura novit curia*–, el novísimo derecho subjetivo a la vivienda del que, sin ningún género de dudas, es titular el cónyuge viudo de la arrendataria, derecho subjetivo plenamente actuable al amparo del artículo 24 CE, y por tanto de base constitucional, de naturaleza social, y recientemente normativizado en el ordenamiento español, aplicable al supuesto del recurrente ante el TSJ de Aragón, en fase de conservación de lo que bien calificarse de *ius habitationis*.

ARGUMENTOS DEL TSJ DE ARAGÓN PARA DECLARAR MAL HECHA LA PRETENDIDA SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* A FAVOR DEL VIUDO

En el 4.^º FD el TSJ de Aragón concentra la *ratio decidendi* para desestimar el recurso interpuesto por el viudo de la arrendataria. En éste se argumenta la aplicación errónea que hace la AP del artículo 28.2.i de la Ley aragonesa 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad (art. 210.2.i CDFa), que incluye entre los bienes comunes *los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio*, sosteniendo que dicha norma es aplicable en razón de la Disp. Transit. 1.^a de aquélla. En efecto, ésta dispone que *las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes*. Sostiene el recurrente que el legislador ha querido aplicar el criterio del efecto inmediato de la Ley del 2003, produciendo sus efectos sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor; de este modo evita que matrimonios celebrados con anterioridad y que continúan su vida en común durante el tiempo posterior pudieran mantener para el futuro un régimen jurídico ya derogado, y que su regulación pudiera ser claramente contraria al derecho ahora vigente, produciendo así un islote jurídico de larga pervivencia.

Pero el TSJ replica que esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la ley a terceros que contrataron con uno de los cónyuges en 1972, o a aquellos que sucesivamente se subrogaron en la condición de arrendadores. La Compilación de Derecho civil de Aragón, en su redacción entonces vigente de 1967, no atribuía expresamente la condición de bienes comunes a los derechos del arrendatario, por contratos celebrados durante el consorcio. Ciertamente es que la doctrina jurídica venía considerando ese efecto, mas no era expresa disposición legal, ni la consideración doctrinal gozaba de la necesaria seguridad jurídica.

Respecto a las obligaciones contraídas por el arrendador, es de aplicación el artículo 1257 Cc., conforme al cual los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos. Así, no constando en el contrato que la arrendataria interviniese en representación de su cónyuge, o para la sociedad conyugal –de haberlo hecho, esa actuación hubiera sido en su momento anulable, pero no nula de pleno derecho–, no podemos concluir que la parte contratante como arrendadora se viese compelida a aceptar que los derechos arrendaticios correspondientes a la arrendataria eran de titularidad de ella y otra persona que no contrataba, y a la que ni siquiera se nombraba en el contrato, pues ello no derivaba del contrato, de la buena fe, del uso o de la ley (art. 1258 Cc.). Por otra parte, el pretendido carácter consorcial al que se quiere dar efecto retroactivo, no debe olvidarse que sólo produce efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató exclusivamente con uno de los cónyuges.

Por tanto, a modo de conclusión, el 4º FD afirma categóricamente que *no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003 (art. 210.2.1 CDFA) y la LAU, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles.*

A efectos de las costas, el 5º FD muestra exquisito tacto al decir que *habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido contradictorio, y siendo el tema jurídico controvertido objeto de discusión, no procede hacer imposición de las costas devengadas en este recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación ambos con el 394.1, ambos de la Lec, ya que el Tribunal aprecia que el caso presentaba serias dudas de derecho.*

ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A FAVOR DEL RECURSO DE CASACIÓN

El razonamiento del Voto particular a la sentencia se basa en los siguientes argumentos:

1. La apelación del recurrente al artículo 28.2.i de la Ley aragonesa 2/2003 (art. 210.2.i CDFA) es posible por cuanto su contenido se deducía igualmente de la anterior regulación de la Compilación, tanto por las facultades de gestión y disposición como por su naturaleza de bien consorcial.

2. Carece de relevancia la discusión sobre si, al contratar, la esposa actuaba también en nombre del esposo, como si sólo tal hipótesis hubiera permitido considerarle a él como coarrendatario. Los esposos no necesitaban manifestar que la contratación se hacía en nombre propio y en el del otro, pues ambos disponían por ley de esa capacidad de gestión y disposición y dada su condición de casados expresamente indicada en el contrato, éste así celebrado se integraba en el consorcio formado por ambos.

3. La legislación arrendaticia especial sigue ignorando, tras su nueva regulación en 1994, el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el contrato de arrendamiento de vivienda. En nuestro derecho resulta equivocada la equiparación de la suscripción individual del contrato con la titularidad individual y la suscripción conjunta con la cotitularidad. Todo arrendamiento de vivienda familiar realizado constante matrimonio es un arrendamiento consorcial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges.

A) EL CONTENIDO DEL ART. 28.2.1 DE LA LEY ARAGONESA 2/2003 (AHORA ART. 210.2.1 CDFR) ESTABA EN VIGOR DURANTE LA COMPILACIÓN DE 1967

Desde la perspectiva de la comunidad entre el marido y la mujer, según una expresión del artículo 1 de la citada Ley que era plenamente vigente en el año 1972, ambos cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio conyugal (art. 2) y ambos ejercen la dirección de la vida familiar por corresponder a ambos el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar (art. 4) y, siendo consciente de que ésta es la regulación actual, por lo que habrá de estudiarse su aplicación al caso presente, el Magistrado discrepante propone este enfoque porque las decisiones sobre la vivienda familiar no pueden ser tratadas como una mera cuestión de la titularidad del contrato (en los casos de arrendamiento) ni exclusivamente desde su perspectiva y efectos patrimoniales, aunque sea en este ámbito donde su regulación jurídica se refleja de forma más visible. El vigente artículo 7 abona la tesis de que el arrendamiento de un piso que constituye la vivienda familiar, concertado por uno sólo de los cónyuges, no puede señalar sólo a él como único titular de los derechos arrendaticios si, en beneficio del arrendador, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas por uno de ellos, además de resultar obligado el patrimonio consorcial.

La esposa fallecida suscribió el contrato de arrendamiento expresando en el mismo su condición de casada y en el apartado de la profesión la de *sus labores*, lo que no resulta carente de importancia pues fácilmente se deduce que no haría frente a las obligaciones del contrato con sus ingresos propios sino que contaría principalmente con los del esposo, quien, sin embargo, no firmó; cabe conjeturar que la parte arrendadora contó seguramente con tal circunstancia.

En la fecha del contrato estaba en vigor el artículo 48 de la Compilación de 1967, cuyo primer apartado disponía que *el marido es el administrador de la comunidad*, declarando el siguiente que *la mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar*. De la regulación del Cc. cabe destacar

en su artículo 62 la denominada por la doctrina, potestad doméstica de la mujer casada cifrada en aquellas *cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas*, norma que la doctrina y la jurisprudencia interpretó de modo razonablemente amplio.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por los actos realizados por los cónyuges, hay que referirse a los artículos 41 y 42 de la Compilación, y 1408 del Cc. Respecto a los bienes comunes y privativos, había que tener en cuenta los artículos 37, 38 y 40 de la Compilación, siendo de notar la excepción que el artículo 38.6 establecía respecto de los bienes adquiridos por derecho de retracto ejercido por el arrendatario de vivienda, que no se incluían entre los bienes privativos. A la vista de lo dispuesto en los paralelos preceptos del Código civil, se concluye que las regulaciones no eran iguales en lo relativo a las posibilidades de actuación de cada cónyuge, ni tampoco en las consecuencias de sus respectivos actos y a los efectos sobre los patrimonios. Las institucionales familiares aragonesas, particularmente la comunidad conyugal continuada y la viudedad universal, prolongaban la comunidad legal y la dotaban de reglas sobre su gestión, e incluso disposición, más allá del fallecimiento del primero de los cónyuges, y dotaban al viudo de una protección especial.

Por lo que se refiere al contrato de arrendamiento suscrito por la esposa en 1972, no cabe duda de que el marido era el administrador de la comunidad (art. 48.1) y que, en principio, él obligaba por sus actos a los bienes comunes frente a terceros (art. 42.1), pero la mujer participaba en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar (art. 48.2) y obligaba a los bienes comunes cuando legalmente administrara. Resulta perfectamente defendible que el arrendamiento de la vivienda familiar, en este caso con el evidente –aunque tácito– consentimiento del esposo, se encontraba dentro de sus facultades para el buen gobierno del hogar pero, aunque se entendiera que iba más allá de tales facultades, se hubiera tratado de un contrato anulable para la que sólo hubiera podido accionar la arrendadora (difícilmente el esposo si había consentido, lo que parece evidente), pero ninguno de ellos lo hizo y el contrato resultó plenamente eficaz durante todo este tiempo de modo que la esposa había contratado eficazmente el arrendamiento de la vivienda familiar y, *con toda seguridad, había obligado el patrimonio común al cumplimiento de las obligaciones contraídas*. El contenido del contrato arrendaticio suscrito por uno sólo de los cónyuges y sufragado a costa del caudal común, con sus derechos y obligaciones había quedado integrado en el patrimonio común, aunque específicamente no estuviera así expresamente contemplado, como lo hace ahora el art. 28.2.i de la ley en vigor (ahora art. 210.2.i CDFR).

La modificación de la Compilación de Aragón operada por Ley 3/1985, de 21 de mayo, para la adecuación del Derecho civil aragonés a la CE, estableció que *la administración y disposición de los bienes comunes y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro*, estando legitimado cada cónyuge frente a terceros para *realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial*, a diferencia del artículo 1375 Cc., tras la reforma de 1981, que atribuyó la gestión y disposición de los bienes gananciales a los cónyuges conjuntamente. Es importante

resaltar que según la Disp. transit. 2.^a de aquella ley de reforma, *serán aplicables los preceptos de la presente ley sobre responsabilidad, gestión y disposición de los bienes consorciales y los privativos, y sobre disolución de la comunidad legal cualquiera que fuese la fecha de la celebración del matrimonio.*

Así pues, el contrato de arrendamiento celebrado en 1972 por uno sólo de los cónyuges (en este caso, la esposa) con el consentimiento del otro había sido otorgado dentro de las facultades de gestión, obligando los bienes comunes frente a terceros de buena fe (art. 42, modificado en 1985), y los derechos derivados del mismo quedaron integrados en el consorcio conyugal. Esta situación es sustancialmente la misma que resulta de la actual regulación tras la Ley 2/2003 (ahora art. 210.2.i CDFIA), aparte de la especial protección de la vivienda familiar que la reforma de la Compilación no abordó, salvo en el artículo 51, porque se trataba solamente de su adaptación a la CE, y la protección de la vivienda familiar se abordaba fundamentalmente en los supuestos de conflicto conyugal en los artículos 90 y ss. Cc., de aplicación general para toda España.

Por todo ello, la apelación al artículo 28.2.i de la Ley 2/2003 (art. 210.2.i CDFIA) es posible por cuanto su contenido se deducía igualmente de la anterior regulación de la Compilación, como hemos visto, tanto por las facultades de gestión y disposición como por su naturaleza de bien consorcial. Así se viene a decir en el apartado VI del Preámbulo de dicha norma, como reconoce la sentencia de la que discrepo –subraya el Magistrado disidente–, aunque hace la matización de que siendo doctrina admitida no era segura. En mi opinión, según los anteriores argumentos, era suficientemente segura.

B) CARECE DE RELEVANCIA DISCUTIR SI LA ESPOSA, AL CONTRATAR EL ARRENDAMIENTO, ACTUABA EN NOMBRE DEL ESPOSO

Carece de relevancia la discusión sobre si, al contratar, la esposa actuaba también en nombre del esposo, como si sólo tal hipótesis hubiera permitido considerarle a él como coarrendatario. Los esposos no necesitaban manifestar que la contratación sea hacia en nombre propio y en el del otro, pues ambos disponían por ley de esa capacidad de gestión y disposición y, dada su condición de casados expresamente indicada en el contrato, éste así celebrado se integraba en el consorcio formado por ambos. El artículo 1257 Cc. se limita a recoger la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos pero de ella no se deriva que no puedan producir efectos en otras personas distintas de quienes los suscriben. En la compraventa de un bien por uno sólo de los cónyuges actuando como casado, y constando así expresamente, los derechos y obligaciones derivados del contrato se extienden a ambos cónyuges y no podrá el vendedor oponer su condición de tercero frente al cónyuge no firmante, particularmente para hacer efectivo el precio frente a los bienes comunes e incluso en algunos casos frente a los propios de quien no firmó. No se entiende que el contrato de arrendamiento no haya de seguir los mismos principios. El arrendador, de la misma forma que el comprador, no es un tercero frente al cónyuge no firmante si al tiempo de contratar conoció la circunstancia de casado del arrendatario (en esta ocasión, de

profesión sus labores) y obligó al patrimonio común para el cobro de las rentas. Este es el sentido del artículo 1258 Cc. al exigir la adecuación del cumplimiento de los contratos a las exigencias de la buena fe, el uso y la ley. Entiendo más bien contrario a la buena fe el que, tras una vigencia del contrato de más de 35 años, en los que el arrendador disfrutó de una amplia garantía para el cobro de las rentas (pues el marido subvenía a las cargas de la familia exclusivamente con su trabajo), argumente su condición de tercero frente al cónyuge no firmante para extinguir el contrato por no cumplir el requisito formal de la falta de comunicación del fallecimiento en un plazo de tres meses desde ocurrido el mismo. Y no se trata de una razón de justicia material sino que, con toda seguridad, el viudo no pudo suponer, después de ese tiempo de ocupación de la vivienda, pagando las rentas con su sueldo y, en definitiva, en su creencia de su condición de arrendatario, que a los efectos de la LAU era un tercero. Los efectos de la buena fe exigible al arrendador, conocedor de la situación, deberían llevar a otra conclusión.

Resultan llamativas las inexorables consecuencias previstas en el artículo 16 LAU en el caso de no comunicar el cónyuge la voluntad de subrogarse que, según parece desprenderse de la sentencia recurrida, podrían haber resultado flexibilizadas de haberse acreditado el conocimiento del fallecimiento por parte del arrendador a través de las conversaciones que, según el viudo, mantuvieron las partes, sin permitir siquiera, como en otros supuestos, que, a falta de notificación, el arrendador requiriera al viudo para conocer su intención respecto al contrato. La STS de 13 enero 2010, en un caso de subrogación por jubilación del arrendatario de un local de negocio, entiende que la falta de notificación no comporta la posibilidad de ejercicio de la acción resolutoria, y dulcifica los efectos de tal falta. No parece que resulte menos digno de protección el viudo cuyo cónyuge suscribió, constante el matrimonio, el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar.

C) LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA ESPECIAL SIGUE IGNORANDO EL EFECTO DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL DE COMUNIDAD EN SITUACIÓN DE NORMALIDAD EN EL RÉGIMEN DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Se constata en la STS de 3 abril 2009, dictada con la expresa intención de servir de criterio unificador en una materia tan polémica y motivo de jurisprudencia contradictoria, que prima la literalidad de la legislación arrendaticia especial; así el artículo 16 de la Ley 29/1994, que específicamente prevé el supuesto de la muerte del arrendatario (parece que en el caso de ser único arrendatario, no varios, y al margen de otras circunstancias, como el matrimonio), dado que en tal situación prevé la posibilidad de subrogación del cónyuge, en primer lugar. La citada sentencia contrapone frontalmente esta legislación con la contemplación del régimen económico del matrimonio, en situación de normalidad, como elemento que permite señalar la existencia de más de un titular en el contrato de arrendamiento que sólo ha sido firmado por uno sólo de los cónyuges, al decir que el contenido de este contrato no tiene relación con el régimen de bienes pues las posiciones contractuales de los cónyuges no forman parte de la

sociedad de gananciales porque, además, se trata de derechos personales. No era así en la mente del legislador aragonés de 1967 para el régimen matrimonial de la Compilación.

El consorcio conyugal no es persona jurídica ni sujeto de derecho y la titularidad de los bienes corresponde a ambos cónyuges en mano común, pero es centro de imputación de derechos y obligaciones de forma que los derechos sobre los bienes que lo integran corresponden a ambos por igual, y titulares de la masa consorcial son ambos cónyuges. Por ello, el cónyuge aragonés que contrata como arrendatario lo hace para sí y para su cónyuge de forma que, si se produce el fallecimiento de uno, el otro continuará en el uso de la vivienda sin que el contrato quede vinculado de forma fatal al simple requisito de comunicar el arrendador el fallecimiento.

La legislación arrendaticia especial sigue ignorando, tras su nueva regulación, el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el contrato de arrendamiento de vivienda. O, quizás, se trata de un planteamiento propio del derecho sucesorio, y no de derecho de familia que es donde debe enmarcarse con arreglo a la normativa aragonesa. Sin embargo la LAU de 1994 ha regulado situaciones patológicas en las que dispensa a los cónyuges de los titulares del contrato una especial protección, con independencia de quien suscribiera el contrato, lo que pone de manifiesto una desigualdad de trato que no tiene justificación. En efecto, el artículo 12 de la Ley 29/1994 permite al cónyuge del arrendatario oponerse a la decisión del primero de poner fin al contrato, o continuar con el mismo en caso de abandono del titular, también para todos los supuestos de convivencia de pareja, y el artículo 15 permite la continuación en el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario y, sin embargo, no se admite similar protección para el cónyuge viudo, no ya en el supuesto del no titular del contrato, salvo por la vía de la subrogación, sino en el supuesto de contratación de la vivienda durante el matrimonio. No se encuentra razón para la diferencia del tratamiento salvo en la expresa declaración de la STS del 3 abril 2009, de que se trata en tal caso de la protección de otro interés distinto del familiar, el del viudo, sólo admisible por la vía de la subrogación, porque en ellas se tiende a proteger la vivienda familiar, lo que no resulta de aplicación en el supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges porque entonces ya no tiene la característica de vivienda familiar al haber desaparecido la familia por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Se trata –opina el Magistrado discrepante– de una afirmación muy tajante que admite matizaciones pues por el fallecimiento de un cónyuge se extingue el vínculo conyugal, pero no la familia, y aun el sólo interés del cónyuge debe conceptuarse como familiar.

Por ello no se ve razón para que la protección de la vivienda familiar no se aplique a los supuestos como el que ocupa, en que uno de los cónyuges arrienda la vivienda para dicho uso, en nuestro caso prescindiendo de aplicar la subrogación porque el derecho arrendaticio, en realidad, es titularidad de ambos cónyuges. Así se ha entendido en algunas legislaciones extranjeras, como el artículo 1751 párr. 1.º, Cc. francés, o el artículo 215.II, Cc. belga, que impone la cotitularidad arrendaticia sobre la vivienda familiar. En nuestro derecho resulta

equivocada la ecuación en la que se equipara la suscripción individual del contrato con la titularidad individual y la suscripción conjunta con la cotitularidad. Todo arrendamiento de vivienda familiar realizado constante matrimonio es un arriendo consorcial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges. El hecho de que la legislación arrendaticia no se haya ocupado de este supuesto no significa que la subrogación del artículo 16 haya de aplicarse inexorablemente. Tal posibilidad podría quedar reservada, como señala la sentencia de 1ª instancia a los contratos celebrados por un cónyuge antes de la celebración del matrimonio y a aquellos otros en los que el régimen sea distinto del consorcial y aun en tales casos habría de contemplarse el actual régimen de protección a la vivienda familiar.

Los anteriores razonamientos llevan a la estimación del recurso de casación por infracción del artículo 28.2.i de la Ley 2/2003, de 12 febrero (actual art. 210.2.i CDFJ).

ARRENDAMIENTO ESPECIAL DE VIVIENDA VS. CÓDIGO CIVIL

En mi opinión, y haciendo un planteamiento más general que el que presupone la sentencia comentada, no ha terminado todavía de analizarse en su integridad la recíproca interrelación de efectos entre el Cc. y las leyes especiales que, con mayor o menor intensidad, han convivido en España a lo largo del siglo pasado y siguen todavía conviviendo. Superada ya la polémica acerca de la *desco-dificación civil*, prolongada entre nosotros después de que IRTI rectificara su inicial postura, –viniendo a reconocer a la postre, con la mayoría de la doctrina italiana, el valor central de los Códigos civiles– está todavía por investigar la conveniencia de la posible incorporación al Cc. de 1889 de algunos aspectos del régimen especial locativo de la vivienda que una larga experiencia durante el siglo pasado aconsejan conservar. Me parecen claros algunos puntos: 1º) El primitivo régimen codicial del arrendamiento de viviendas ignoró cualquier regulación de su destino, a saber servir de habitación a una familia, principal, –aunque no exclusivamente–, basada en el matrimonio; 2º) Por razones temporales aquel régimen no pudo contemplar el desarrollo de la denominada potestad doméstica de cada cónyuge (art. 1319 Cc.), ni las exigencias de protección de la vivienda principal de la familia introducidas ambas por la Ley de 1981 (art. 1320 Cc.); y 3º), por iguales razones también desconoció la minuciosa regulación de las consecuencias patrimoniales de las crisis matrimoniales en relación con la vivienda familiar, que ahora acoge el artículo 15 LAU de 1994.

Aceptando la descripción contenida en el artículo 2.2 LAU 1994, podría insertarse en el Cc. que se considera arrendamiento de vivienda aquel que recaer sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario y su familia. Noción que ha de completarse con los requisitos básicos de la edificación enumerados en el artículo 3.c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, así como con el artículo 27, f) LAU 1994 que establece la sanción

resolutoria cuando la vivienda deja de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Fijando la atención en los aspectos subjetivos de la locación de vivienda me parecería sumamente conveniente que se recogiera y diera solución a los aspectos personales del mismo que sólo transversal e incompletamente han tenido en cuenta las sucesivas leyes especiales, pero que reiteradamente ha resuelto contradictoriamente la jurisprudencia de las AAPP, hasta el punto de que la STS de 3 abril 2009 se ha visto obligada a sentar jurisprudencia (a mi juicio, desacertada).

Parece razonable proponer que el arrendamiento de una vivienda celebrado por cualquiera de los cónyuges deba ser contemplado a la luz del artículo 1319 Cc. por tratarse de las necesidades ordinarias y primordiales de la familia, contrato realizado conforme a sus circunstancias (entre ellas, su nivel de ingresos). De aquí que sean posibles varias modalidades de concertarlo, aunque con identidad de efectos: coarrendamiento con la intervención conjunta de marido y mujer; arrendamiento celebrado individualmente, sea por el marido sea por la mujer, con la indicación de su estado civil; arrendamiento concertado por uno con poder del otro. Si el arrendamiento de la vivienda se pacta antes de la boda, no bastaría, a mi juicio, con la mera manifestación de uno de que próximamente contraerá matrimonio con X, sino que ambos deberán intervenir y contratar conjuntamente, manifestando expresamente su voluntad. Si se concierta el arrendamiento después de dictada sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, en principio, estaríamos fuera de la hipótesis aquí contemplada, salvo que ambos cónyuges o ex-cónyuges actuaran precisamente para ejecutar el convenio regulador o la sentencia que ha resuelto la crisis matrimonial (por ej. una vivienda propiedad del marido deja de servir de tal a la mujer y a los hijos menores por pretender aquél enajenarla, por lo cual ambos cónyuges acuerdan sustituirla en su finalidad por otra vivienda perteneciente igualmente al marido).

Ya se comprende que calificar de coarrendamiento el supuesto normal implica eliminar la aplicación de la subrogación *mortis causa* del cónyuge del arrendatario, mantenida en todas las leyes especiales y últimamente, –aunque con mucho menor alcance práctico–, en el artículo 16 LAU 1994. Adviértase que, a partir de la LAU 1944 y hasta la LAU de 1964, dicho mecanismo fue uno de los pilares de la protección de los arrendatarios, junto al bloqueo de las rentas, ya que podía asegurar, sin excesivas complejidades, la continuidad en el contrato locativo hasta de tres generaciones de arrendatarios. A nadie extrañaba, por tanto, que el legislador exigiera estrictos requisitos formales para su aplicación. Por otro lado, recurrir a dicho mecanismo legal, evitaba profundizar en los problemas –veces, complejos–, del coarrendamiento, que pocas veces se invocaba ante los tribunales. Ahora bien, mantener en 1994 un estricto formalismo para aplicar los escasos efectos de la subrogación *mortis causa*, carece de razón de ser, especialmente si se pretende hacerlo con supuestos de auténtico coarrendamiento que no debieran regularse en ningún caso por el artículo 16 LAU 1994.

En la ley vigente se han incluido otras normas para el arrendamiento de vivienda que, en sí mismas, carecen de explicación suficiente si no se recurre a

la figura del coarrendamiento, aunque hay que reconocer que la normativa dista de ser clara. Dice el artículo 12.1 que 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*. En mi opinión no es norma que pueda calificarse de innecesaria por estar meramente implícita –y no expresa– la regla de presunción legal a favor del correndamiento, siendo también útil que se ratifique la aplicación al supuesto del artículo 1320 Cc., el cual, por formar parte del régimen matrimonial primario se aplica *con independencia del régimen económico matrimonial de los cónyuges arrendatarios*. Pero las formalidades se dulcifican de algún modo en relación con el artículo 16 pues en la hipótesis contemplada hace recaer sobre el arrendador la carga de requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad de continuar con el arrendamiento de la vivienda (art. 12. 2), subsistiendo el contrato de no hacerlo. Pero en el supuesto del artículo 12.3 vuelve a imponerse al cónyuge del arrendatario que con él conviva, la obligación positiva de notificar por escrito su voluntad de continuar el arrendamiento, extinguiéndose el contrato por falta de notificación.

LA STS DE 3 ABRIL 2009 INTERPRETA ERRÓNEAMENTE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

A mi juicio la STS de 3 abril 2009, que ha tratado de unificar la jurisprudencia contradictoria de las AAPP en la materia que nos ocupa, no interpreta adecuadamente la jurisprudencia del TC. Aquélla resuelve el recurso de casación contra la sentencia de la sec. 3.^a de AP Murcia, de 23 febrero 2004, que revocó la de primera instancia apoyada en la STC de 31 octubre 1986, y las SSAAPP de Pontevedra de 5 mayo 2003, de Alicante de 5 marzo 2002, de Santa Cruz de Tenerife de 5 febrero 2001 y de Cáceres de 25 mayo 2000, sentando que «*fallecido el esposo, uno de los titulares del arrendamiento solidario, subsiste el contrato con la otra titular; la esposa, demandada, por derecho propio y no en virtud de subrogación prevista legalmente, conclusión que no se contradice ni con la actuación acreditada de la demandada, que continuó pagando los recibos conforme a la titularidad formal del contrato, ni con su respuesta al requerimiento de la demandante, manifestándole su intención de subrogarse*». El TS trata de diferenciar su argumentación de la doctrina de la STC 135/1986, de 31 octubre, a la que puede añadirse la 159/1989, de 6 octubre, doctrina que el TS considera inaplicable al caso. Así la 135/1986 resuelve un recurso de amparo en el que el piso arrendado por el marido se había adjudicado a la esposa y a los hijos en el procedimiento de separación matrimonial, y ante el desahucio por falta de pago [impago movido, probablemente, por un *animus nocendi* por parte del marido: G.G.C.], la mujer había pretendido comparecer en el procedimiento, lo que le fue denegado por los tribunales inferiores, pero el TC (Pte: Excmo. Sr. DE LA VEGA BENAYAS) consideró un supuesto asimilado al litisconsorcio necesario, al ser los cónyuges copo-

sesores de un bien arrendador en beneficio de la familia, por lo que admitió el amparo. La STS 159/1989 consideró que había un trato desigualitario en la derogada LAU cuando solamente preveía la sucesión por causa de muerte del local de negocio y no en los casos de separación. La STS de 2009 afirma que en las transcritas sentencias el TC tiende a proteger la vivienda familiar con base en los artículos 39 y 47 CE, pero no se puede aplicar en el caso que nos ocupa porque la vivienda ya no tiene la característica de familiar al haber desaparecido la familia por el fallecimiento del marido. En definitiva se sienta la siguiente doctrina: 1.º) Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y, por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan contraído no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales. 2.º) El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario. Y 3.º) La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el art. 16 LAU 1994, aplicable en este caso en virtud de la disp. trans. 2.ª, ap. B) de aquélla.

CONCLUSIONES SOBRE LA STSJ DE ARAGÓN DE 14 MAYO 2010

Tratándose de una cuestión debatida jurisprudencialmente, el TSJ de Aragón ha optado por seguir la dirección marcada por la STS de 2009. Yo creo que, en términos generales, la sentencia ha omitido profundizar en lo que en el ordenamiento postconstitucional español en su conjunto significar concertar una locación urbana con destino a las necesidades primordiales de la familia, y ello con base en los artículos 39 y 47 CE, y arts. 1319 y 1320 Cc. Ello significa que tal contrato no está en función del régimen económico bajo el que vive el matrimonio (pues los preceptos se aplican con independencia del mismo) en el régimen del Cc., aunque las ulteriores consecuencias patrimoniales internas pueden diferir según se trate de un régimen de separación o de comunidad, sino que afecta estructuralmente al momento constitutivo del arrendamiento. Ello significa que, de un contrato locativo en el que únicamente interviene una persona que actúa para sí, hay que pasar normalmente a un arrendamiento solidario, que sólo se extinguirá cuando fallezca el último de los cónyuges, y ello sin olvidar el régimen específico de las crisis matrimoniales que aquí no consideramos específicamente. Importante resulta destacar que no procede aplicar el régimen de la subrogación *mortis causa*, antiguo mecanismo protector del arrendatario, reducido hoy a su mínima expresión, del que no hay razón convincente actualmente para conservar a ultranza su rígido formalismo.

Pero si surgiera alguna duda sobre la desestimación del recurso de casación interpuesto por la empresa arrendadora, bastaría para disiparla la consideración

del derecho subjetivo a la vivienda que todos los ciudadanos españoles gozan en los términos del artículo 4. a) TR Ley del Suelo de 2008, en conexión con el artículo 47 CE (que también menciona, –curiosamente–, la STS de 2009), y que en el presente caso hubiera podido alegar el viudo, en su dimensión conservadora, al objeto de reforzar su posición jurídica en el pleito, ratificando así su plena cualidad de arrendatario¹.

En resumen, el contrato locativo celebrado por la mujer en 1972, anulable eventualmente en su momento, no fue impugnado, a lo largo de su vigencia, por ella misma como única persona legitimada, quedando su validez plenamente ratificada o convalidada en el momento de su fallecimiento. Sobreviviéndole su viudo, bajo la perspectiva de la legislación especial, de aplicación general, no podía menos de considerársele coarrendatario con derecho a disfrutar del piso como tal hasta su muerte. A mayor abundamiento, su indudable derecho a conservar la vivienda que le otorga el TR de la Ley del Suelo de 2008, permite eliminar las posibles dudas que pudieran surgir sobre su derecho a continuar como arrendatario. Y si además se toma en consideración su cualidad de aragonés, hay que adherirse plenamente al Voto particular formulado y argumentado exhaustivamente por el Magistrado Ilmo. Sr. Don Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA.

¹ Me remito a mi amplia recensión titulada «¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?», RJNot, abril-junio 2010, pp. 491 ss., del vol. coord. por LÓPEZ RAMÓN, «Construyendo el derecho a la vivienda», 2010.