

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA:  
POSICIÓN DEL CÓNYUGE DEL FIRMANTE DEL  
CONTRATO. FORMA DE PRACTICAR  
LA SUBROGACIÓN**

**M.<sup>a</sup> DEL MAR CABREJAS GUIJARRO**  
*Magistrada*

**Palabras clave:** arrendamiento de vivienda, subrogación, cónyuge del arrendatario.

### **ENUNCIADO**

Se formula acción de resolución de contrato arrendaticio de 1965 sobre una vivienda contra la viuda del firmante del contrato, por entender que se ha producido una subrogación inconstentida tras el fallecimiento del arrendatario en el año 1989. Por la demandada se alega, en primer lugar, que no era necesaria la realización de la subrogación, al entenderse que, como cónyuge del firmante del contrato en la fecha de la firma, ha de entenderse extendida a la misma su condición de arrendataria; subsidiariamente, se opone a la resolución, por entender que el arrendado conoció el fallecimiento del firmante, y consintió el mantenimiento de la viuda en el uso de la vivienda, aceptando así la subrogación.

### **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Posición del cónyuge del firmante del contrato de arrendamiento.
2. Forma de practicar la subrogación.

### **SOLUCIÓN**

Por lo que a la primera de las cuestiones se refiere, se plantea en numerosas ocasiones, ante una demanda de resolución de contrato por subarriendo inconstentido, que cuando un arrendamiento

de vivienda se pacta constante matrimonio, ello supone que los dos cónyuges son coarrendatarios de dicho inmueble y por dicha razón, cuando se produce el fallecimiento de uno de ellos no puede hablarse de subrogación de quien no firma el contrato en el lugar de su cónyuge, desde el momento en que ambos son arrendatarios y no debe hablarse de cambio de inquilino, pues el supérstite ya era arrendatario anteriormente.

Siguiendo la Sentencia de 19 de enero de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup> procede recordar que «Como bien dice la sentencia apelada, no es pacífico en el ámbito doctrinal ni judicial la solución a tal problema y ello porque tampoco es uniforme la solución adoptada en el tema de si los arrendamientos urbanos con destino a vivienda concertados constante matrimonio tienen o no una naturaleza ganancial. Así aunque para un sector de la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas sentencia del Alto Tribunal de 11 de diciembre de 2001, por citar una de las mas recientes) vienen declarando ese carácter ganancial aunque siempre referido al ámbito interno de las relaciones entre los cónyuges, otro sector doctrinal estima que no pueden reputarse gananciales los arrendamientos sometidos a la legislación especial, desde el momento en que en esta ultima tanto en el régimen del texto refundido del año 1964 (arts. 24 y 58) como en la actualidad artículos 12, 15 y 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) de 1994, la participación del cónyuge que no suscribió el contrato en la titularidad del arrendamiento se hace siempre por el mecanismo de la cesión *inter vivos* o *mortis causa*, esto es, deriva de la convivencia y no de la ganancialidad. La polémica doctrinal y judicial aún se complica más si cabe cuando por los partidarios de la primera tesis se aborda el problema de determinar si esa naturaleza ganancial que afirman impide la aplicación de la normativa de la legislación especial sobre subrogaciones, pues mientras unos siguen el criterio de estimar que tal carácter ganancial es incompatible con la citada normativa, lo que les lleva a afirmar que al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, el sobreviviente no tiene el carácter de subrogado, por el contrario otro sector, partiendo del hecho de que el precedente criterio lleva al absurdo de dejar sin contenido la normativa sobre subrogaciones contenida en la LAU, en cuanto solo se aplicaría a los matrimonios no sujetos al régimen de gananciales, salva esa dicotomía entre ganancialidad y régimen de subrogación legal reputando que este último, contenido en la actualidad en los artículos 12, 15 y 16 de la vigente LAU, al igual que el precedente de la LAU del año 1964, es independiente de la relación de comunidad interna del bien arrendado entre los cónyuges, en cuanto solo atiende al titular del derecho que resulta de la celebración del contrato.

Ello ha llevado a estimar que la legislación especial arrendaticia no ha querido entrar en tal debate doctrinal y judicial, en cuanto prescinde del mismo y se limita a regular la problemática que se había suscitado al respecto en los supuestos de crisis matrimoniales (arts. 12 y 15 de la LAU de 1994) y en el artículo 16, abordar el supuesto de muerte del arrendatario. Prescinde así tal regulación legal a dar solución al tema de si el cónyuge no firmante del contrato es o no titular del mismo –sin duda porque en ello no puede influir la existencia de un determinado régimen económico matrimonial al que es ajena por completo la propiedad de la vivienda que la arrienda–, para atender exclusivamente a la titularidad externa resultante de la celebración del contrato, de ahí que en el seno de tal regulación la posibilidad de acceder a la titularidad arrendaticia la tiene el cónyuge supérstite, no en su condición de miembro de la sociedad de gananciales, sino en cuanto cónyuge y conviviente del titular originario del arrendamiento que ejercita el derecho de subrogación reconocido en la misma.

La norma del artículo 16 constituye una excepción a la regla general de la extinción del arrendamiento por muerte del arrendatario. Excepción que está supeditada en el mismo al cumplimiento de una serie de requisitos, entre otros y por lo que aquí interesa, al de la notificación al arrendador de la subrogación en plazo hábil que igualmente alcanza al cónyuge viudo. Si ello es así y se trata el arrendamiento litigioso de un contrato de vivienda concertado con anterioridad al 9 de mayo de 1985, al que, por ello es aplicable la regulación de la subrogación *mortis causa* establecida en la disposición transitoria segunda.9, de la vigente LAU, que remite al artículo 16 de la misma en cuanto al procedimiento y orden de prelación, es evidente que con tal remisión al procedimiento se hace referencia, entre otros extremos, al plazo para poner en conocimiento del arrendador el hecho del fallecimiento y el propósito de subrogarse. El arrendamiento es en sí una relación obligacional o crediticia y por ello afecta en principio –con las salvedades que luego se harán– solo a quien aparece como titular del mismo, de acuerdo con la doctrina del párrafo primero del artículo 1.385, en relación con el más general artículo 1.257, ambos del Código Civil (CC). Por otra parte, es claro que vincular la situación arrendaticia con la sociedad de gananciales supondría hacer de peor condición a los matrimonios que viven bajo otro régimen conyugal y ello sin razón legal alguna. En todo caso, parece evidente que el fundamento de derecho positivo de tal tesis, que son los artículos 96 y 1.320 del Código Civil, no se inscriben dentro de la regulación de la sociedad legal de gananciales, sino al margen de la misma, con lo que el legislador parece, incluso desde el punto de vista sistemático, haber tratado por todos los medios de separar derechos sobre la vivienda habitual y régimen de gananciales en el ámbito que nos afecta, aunque su esfuerzo quizá no se haya visto recompensado totalmente con el éxito. Los derechos que a un cónyuge le puedan corresponder en relación con una vivienda familiar de la que no es titular no proceden, pues, de su régimen económico matrimonial, sino del hecho del matrimonio. Este desencadena una serie de consecuencias en relación con esa vivienda que se traducen, por ejemplo en la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario que estableció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 135/1986, y que fue matizada con mucho menos eco en la Sentencia del Tribunal Constitucional 289/1993, de 4 de octubre, o en la prohibición de disponer unilateralmente de dicha vivienda el cónyuge titular, pero ello no quiere decir que necesariamente cuando hay un matrimonio ambos esposos sean cotitulares, en igual medida y con los mismos derechos sobre el inmueble. Del mismo modo, si uno de los esposos no concierta el arrendamiento, ello no se traduce en que sea sin más coarrendatario; tendrá derechos en relación con ese inmueble –y entre ellos el que le establece la ley de subrogarse–, pero no será contratante en el arrendamiento. Pese a lo que pudiera parecer en una primera lectura, lo dicho no es contrario a lo mantenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1989, de 6 de octubre, la cual no entra a considerar los efectos de la sociedad de gananciales en cuanto a la titularidad arrendaticia; lo que hace el Tribunal de Amparo, precisamente en su fundamento jurídico séptimo, es dejar sin efecto las sentencias recurridas, pero por ser incoherentes con su propio razonamiento, desde el momento en que dichas resoluciones judiciales parten de que marido y mujer eran cotitulares de un arrendamiento y, sin embargo, establecen que hay cesión o subrogación a un tercero ajeno al arrendamiento cuando ese tercero ya era arrendatario. Por otra parte, el Tribunal de Amparo no ha puesto ninguna objeción a la resolución judicial que declaró haber lugar a la resolución arrendaticia en un supuesto que guarda una cierta relación con la hoy examinada, sobre todo por la tesis de la demandada, por el juego de los artículos 8.º, 12 y 16 de la vigente LAU. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio, admite la resolución acordada por causa de que, en un supuesto de juicio matrimonial, en que no se adjudicó el bien arrendado al arrendatario, sino a su cónyuge, este incumplió su obligación de notificar establecida en el artículo 24 de la Ley de 1964, lo que

hubiera sido innecesario, como hubiera sido innecesario el artículo 15 de la Ley de 1994 si el cónyuge no contratante hubiera sido arrendatario. Del mismo modo, sería incoherente pensar lo contrario si se tienen en cuenta las continuas sentencias del Tribunal Constitucional que han defendido el derecho de quien convive maritalmente con el arrendatario para subrogarse en las mismas condiciones que el cónyuge, pues carecería de sentido considerar tal subrogación en quien ya era arrendatario en la hipótesis que no se comparte. Solo en un supuesto este criterio puede ser puesto en duda y es al que parece referirse la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1989, de 6 de octubre; son los casos de arrendamiento concertado por el marido cuando, de acuerdo con una determinada concepción sociológica y jurídica de la familia, el esposo era el representante de la esposa, quien no podía obligarse sin su consentimiento –piénsese en la primitiva redacción de los arts. 60 y 61 del CC–. En estos casos, (en los que puede pensarse en un contrato concertado por el marido por sí y como representante de su esposa, con lo que esta devendría, de derecho, en arrendataria), se halla el de autos, pues el contrato se concertó antes de la vigencia de los artículos 62 y 63 del Código Civil redactados por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que confirió la «mayoría de edad legal» a la mujer, dejando de existir la representación legal del marido respecto de la misma».

En relación al segundo punto, la subrogación del cónyuge, se hace también necesario recordar que tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, el día 1 de enero de 1995, y a tenor de su disposición transitoria segunda apartado B) los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes de 9 de mayo de 1985, como el de autos «continuaron rigiéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del TRLAU de 1964, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes» y entre ellas, la nueva regulación de la subrogación *mortis causa*, diferenciando el apartado B) de la citada disposición transitoria en cuanto al derecho a subrogarse, las personas a favor de las que tal se concede y los plazos en distintos supuestos, si bien condiciona el ejercicio de tal posibilidad, en todos los casos, la acreditación de la convivencia con el arrendatario fallecido y el respeto al procedimiento y orden de prelación del artículo 16 de la LAU de 1994, por lo que resulta de aplicación la sanción prevista para su incumplimiento, de extinción del contrato que no prevenían los artículos 58 y 59 de la LAU de 1964, que cuando exigía la notificación al arrendador del hecho del fallecimiento y de la identidad del subrogado, su incumplimiento no conllevaba sanción alguna, a no ser que el arrendador le hubiera requerido al presunto subrogado en tal sentido, y no hubiera obtenido respuesta en el plazo de 30 días (art. 58 núm. 4 LAU).

Pues bien, a la demandada, como persona beneficiaria del derecho a subrogarse se le imponen unas obligaciones formales: en primer lugar la acreditación, cuando proceda, de la convivencia con el fallecido, la cual debe haber sido habitual y en la vivienda arrendada, acreditación que no procede al no ser negada por la parte actora; en segundo lugar, el cumplimiento del procedimiento del artículo 16, que establece que en caso de muerte del arrendatario, quienes pretendan subrogarse en su posición deberán comunicarlo por escrito al arrendador, notificación que habrá de tener el contenido en el mismo reflejado, y que si no procediesen de esa forma en el plazo de tres meses desde el óbito el contrato se extinguirá.

Efectivamente, la iniciativa no corresponde ahora al arrendador como le imponía el artículo 58 número 4 de la LAU de 1964, sino que quien crea que tiene tal derecho será quien deba comunicar al arrendador que el bien no se libera de la carga que entraña el contrato de arrendamiento, despejan-

do la duda de si continúa o no el mismo, de manera que la sanción a la falta de tal notificación, (en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario, realizada por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse), es clara al así establecerlo el propio precepto citado, la extinción del contrato de arrendamiento, tal y como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 21 de septiembre de 2001, en consonancia con las resoluciones de otras Audiencias, tales como la de Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.<sup>a</sup>, la de 7 de noviembre de 2001, o la de la Sección 7.<sup>a</sup> de 3 de julio de 2001; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.<sup>a</sup> Sentencia de 28 de noviembre de 2001; Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Sección 1.<sup>a</sup> Sentencia de 15 de julio de 2000, o la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 4.<sup>a</sup> Sentencia de 19 de enero de 2000, entre otras.

La parte actora fundamenta su pretensión en la falta de notificación fehaciente de la subrogación a partir del fallecimiento del arrendatario, fallecimiento que afirma haber desconocido hasta que se puso de manifiesto en el juicio de desahucio, y en los tres meses siguientes como establece el artículo 16 antes citado.

A la vista de las manifestaciones de la demandada, quien afirma que el arrendador conoció el fallecimiento y la voluntad de la misma de continuar en el contrato de arrendamiento, hemos de valorar la prueba practicada y ello teniendo presente que el efecto de la falta de notificación en la forma estricta establecida en el antes citado artículo 16 ha sido moderado cuando, aun faltando una notificación por escrito, existe constancia de que la propiedad ha conocido el fallecimiento, de que sabe de la existencia de persona con derecho a subrogarse, y de actos posteriores de los que tácitamente se desprenda que consiente la subrogación. Moderación que se opera ya sobre la base de una interpretación teleológica de la norma ex artículo 3.º 1 del Código Civil, que propugna que lo trascendente es que el arrendador quede enterado de la voluntad y circunstancias del subrogado, ya al carácter *ad probationem* de las formas impuestas en el artículo 16, ya con fundamento en la doctrina jurisprudencial que admite la declaración de la voluntad tácita también en el ámbito de los arrendamientos urbanos (STS de 25 de octubre de 1993), ya en atención a la doctrina de los actos propios y a la prohibición del abuso de derecho. Con argumentos como los citados y otros de similar índole se han pronunciado en esta misma línea antiformalista de entendimiento del artículo 16 LAU las Audiencias Provinciales de Burgos (7 de mayo de 1998), Gerona (17 de junio de 1999), Las Palmas (29 de enero de 1998), La Coruña (16 de enero de 1998), Cantabria (10 de septiembre de 1997), Toledo (17 de julio de 1997), Tarragona (3 de diciembre de 1999) o Barcelona (19 de enero de 2000) entre otras.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2003 establecía que «Cuestión distinta, como ya se indicó en la Sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 2001, es la posible interpretación laxa que pueda darse al cumplimiento del requisito de la comunicación escrita, pues si con ello se trata de que el arrendador vea despejadas sus dudas sobre la continuación del contrato, sobre la persona obligada al pago de la renta, y en definitiva pueda oponerse a la pretensión de subrogación si estima que tal no procede, parecería que pudiera entenderse cumplido de otra forma si se respeta el plazo y el conocimiento de lo que con ella se pretende por el legislador, compartiendo esta Sala lo que al respecto, y recogiendo el sentir jurisprudencial en la materia lo

que establece la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.<sup>a</sup> en su sentencia de 3 de julio de 2001. Otra cosa es cómo se ha de producir la notificación pues si bien es cierto que la Ley exige que sea por escrito, especificando el contenido mínimo de las circunstancias que deben darse a conocer, evidentemente, nada se opondría a que, aun ausente tal medio formal, pudiese producirse la subrogación si propiedad y beneficiario son contestes en ello. Y es que, sobre este extremo, el análisis de la doctrina de nuestros Tribunales depara que haya dos criterios en liza: uno formalista, que exige, para la efectividad de la subrogación el cumplimiento estricto y exquisito de los requisitos formales de la Ley (SAP de Santa Cruz de Tenerife 15 de julio de 2000) aun cuando el arrendador conociese del fallecimiento y el pretendido de subrogación hubiese manifestado verbalmente su propósito de continuar el arriendo (SAP de Barcelona 12 de mayo de 2000), otro de corte espiritual, atento al hecho de que, efectivamente, llegue el arrendador a conocer el ejercicio del derecho por el beneficiario protegiendo a la propiedad de toda incertidumbre indeseada sobre la continuación o no de la relación arrendaticia (SAP de Cantabria 2 de febrero de 2000, Barcelona 19 de enero de 2000 y 19 de octubre de 1999, Cádiz 19 de julio de 1999 o Tarragona 3 de diciembre de 1999), criterio en el que la dificultad reside en adquirir la certeza de que, efectivamente, aquella comunicación para la subrogación se produjo y llegó a conocimiento de la propiedad y, además, que aquella expresión de voluntad se hizo en forma seria y definitiva (pues, se comprende, la naturaleza trágica y desestabilizante para la tranquilidad del ánimo y espíritu del hecho de la subrogación y que ello puede provocar múltiples comentarios o manifestaciones que no siempre respondan a un propósito de futuro debidamente meditado)».

De lo expuesto se deduce que la jurisprudencia no viene aplicando de manera estricta e inflexible la forma de práctica de la notificación establecida en el artículo 16 de la LAU para entender operativa la subrogación preceptiva, debiéndose en cada caso acreditar, o bien que el arrendador conoció el fallecimiento y consintió el mantenimiento del cónyuge en el uso de la vivienda, o bien que la notificación se realizó de otra forma a la documental fehaciente.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 96, 1.257, 1.320, 1.385.
- Ley 29/1994 (LAU), arts. 15 y 16.
- Decreto 4104/1964 (TRLAU), arts. 24, 58 y 59.
- SSAP de Toledo de 17 de julio de 1997; de Cantabria de 10 de septiembre de 1997 y de 2 de febrero de 2000, de Las Palmas de 29 de enero 1998, de La Coruña de 16 de enero 1998, de Burgos de 7 de mayo de 1998, de Gerona de 17 de junio de 1999, de Cádiz 19 de julio de 1999, de Barcelona 19 de octubre de 1999, (Secc. 4.<sup>a</sup>) de 19 de enero y de 12 de mayo de 2000 y de 19 de enero de 2005; de Tarragona 3 de diciembre de 1999, de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.<sup>a</sup>) de 15 de julio de 2000; de Asturias (Secc. 4.<sup>a</sup>) de 7 de noviembre de 2001 y (Secc. 7.<sup>a</sup>) de 3 de julio de 2001; de Murcia (Secc. 3.<sup>a</sup>) de 28 de noviembre de 2001; de Vizcaya (Secc. 5.<sup>a</sup>) de 25 de febrero de 2003.