

LA ATRIBUCION JUDICIAL DE LA VIVIENDA ARRENDADA (A propósito de la STC 289/1993, de 4 de octubre)

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL SUPUESTO DE HECHO RESUELTO POR LA STC 289/1993, DE 4 DE OCTUBRE. III. COMENTARIO. 1. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. 2. La atribución del uso de la vivienda arrendada en situaciones de crisis matrimonial judicialmente constatadas. A) La caracterización de la atribución de la vivienda familiar arrendada. B) Los efectos que derivan de la atribución de la vivienda familiar arrendada. 3. La solución del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos.

I. INTRODUCCION

La STC de 4 de octubre de 1993 pone de manifiesto una situación anómala y preocupante. La Sentencia, en efecto, aborda una cuestión que, pese a haber sido regulada por el legislador con cierto detenimiento, no deja de resultar polémica: la atribución del uso de la vivienda familiar titularidad exclusiva de uno de los cónyuges a su consorte, en una situación de crisis matrimonial judicialmente constatada. Ahora bien, esto, por sí solo, no justifica que el TC deba resolverla: lo que determina la intervención del TC es el hecho de que cuando la titularidad ostentada sobre la vivienda familiar deriva de una relación arrendaticia regulada por la LAU, a las dificultades que ofrece la regulación de dicha atribución, se añaden las que derivan de una legis-

lación obsoleta, promulgada en un momento en el que las crisis matrimoniales se resolvían a través de un procedimiento de nulidad o de separación y en cuya resolución no se preveía en modo alguno la posibilidad de atribuir la vivienda a un cónyuge que no fuera su titular(1).

Se plantea, así, un conflicto entre una normativa que en muchos aspectos –y éste sería tan solo uno más– ha quedado totalmente desfasada y una situación en la que en absoluto estaba pensando el legislador cuando la promulgó, y para cuya solución se recurre a una decisión del TC que sería innecesaria de ser convenientemente reformada la LAU. Mientras tal cosa no suceda se propiciará en más de una ocasión la intervención del TC; y con ello no sólo se desvirtúa su verdadera función, sino, sobre todo, se ponen en evidencia las carencias del ordenamiento jurídico español.

II. EL SUPUESTO DE HECHO RESUELTO POR LA STC 289/1993, DE 4 DE OCTUBRE

Sucintamente reseñados y destacando lo que interesa a efectos del posterior comentario, los hechos que motivaron la STC de 4 de octubre de 1993 fueron los siguientes. Don Juan José concertó un contrato de arrendamiento en el que, en cláusula adicional, se hacía constar que el piso arrendado se destinaría exclusivamente a vivienda del *arrendador* (así, en la relación de Antecedentes, 2, a), de la STC; evidentemente, debiera decir *arrendatario*) y sus familiares y que con él convivía su esposa Doña María de los Desamparados. En 1982 se declaró el divorcio del matrimonio y la sentencia atribuyó a la mujer el uso y disfrute de la vivienda conyugal. Años después, la propietaria del piso, demandando sólo a Don Juan José instó juicio de desahucio por no uso de la vivienda, la cual, por otro lado, parece no se encontraba efectivamente habitada, ni por el demandado ni por Doña María de los Desamparados. Seguido el juicio en rebeldía por no comparecer

(1) Sobre los problemas que plantea la atribución de la vivienda arrendada, cfr. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992, en particular, pp. 229 ss. y 240 ss.; vid., también, específicamente, BENAVENTE MOREDA, "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, pp. 849 ss.; ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIGA, "La atribución del disfrute de la vivienda familiar arrendada", *Boletín del Iltr. Colegio de Abogados de Madrid*, 1991, pp. 25 ss.

el demandado, la Sentencia del Juzgado de Distrito n.º 24 de Barcelona, de 16 de septiembre de 1988, decretó la resolución del contrato.

Doña María de los Desamparados y Don Juan José interpusieron conjuntamente un recurso extraordinario para que se les concediera audiencia. La Audiencia Provincial (Sección Novena), en fecha 24 de abril de 1989, dictó Sentencia declarando no haber lugar a oír al litigante condenado, sin pronunciarse sobre la audiencia a su ex esposa. Doña María de los Desamparados planteó recurso de casación y el Tribunal Supremo (Sala Primera), en Sentencia de 24 de mayo de 1991, estimó en parte el recurso, si bien declaró que no procedía oír en rebeldía a la actora.

Esta, entonces, promovió recurso de amparo alegando la vulneración de los arts. 24.1 y 14 C.E. y la similitud del supuesto planteado con el resuelto por la STC 135/1986, de 24 de octubre, y pidió la anulación de todas las resoluciones judiciales, así como que se reconociera su derecho a ser parte en proceso de cognición sobre la demanda de resolución del contrato de arrendamiento.

El TC deniega el amparo solicitado.

III. COMENTARIO

Resulta ineludible, a mi juicio, iniciar este comentario destacando, de entrada, una de las frases de la STC: existen cuestiones –dice el TC– que “han de ser dejadas a los Tribunales competentes para interpretar la ley civil y resultan irrelevantes en un proceso que sirve para proteger la integridad de los derechos fundamentales, no la observancia de la ley” (F. J. 4, párr. 2.º). Con esta afirmación, el TC recuerda una verdad evidente –cfr. art. 41 L.O.T.C. 2/1979, de 3 de octubre–, que a menudo –consciente o inconscientemente– se olvida; pero eso no va a impedir al TC realizar también determinadas observaciones precisamente en relación a la interpretación de la ley y, desde luego, excluye que pueda hablarse de contradicción –pese a lo argumentado en este sentido por la recurrente y lo alegado después por el Ministerio Fiscal en su informe– entre la presente Sentencia y la STC 135/1986, aunque una y otra difieran y lleguen a soluciones distintas en relación a dicha interpretación.

1. *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva*

La recurrente en amparo alegaba la vulneración del art. 24.1 C.E., al entender que, por más que el contrato de arrendamiento hubiera sido suscrito únicamente por su entonces esposo, al pactarse expresamente en él la destinación exclusiva del piso a vivienda familiar y habiéndole sido atribuido su uso por la Sentencia de divorcio, debiera haber sido emplazada en el juicio de desahucio. No siendo ello así, se habría producido –al decir de la recurrente– una “evidente indefensión”, que es, en definitiva, lo que trata de evitar precisamente el art. 24.1. C.E.

El Ministerio Fiscal abundará en la argumentación de la recurrente. En su informe, en efecto, el Fiscal consideró que la Sentencia que resolvió el contrato de arrendamiento vulnera el citado precepto constitucional y que la actora “debió ser llamada al proceso en unión de su marido (*rectius*, ex marido) para poder comparecer, alegar y practicar las pruebas pertinentes” (Antecedentes, 5, párr. 3.º). Con cita expresa de la STC 135/1986, el Ministerio Fiscal entendió que, al haber sido declarado en rebeldía el marido y continuar el proceso, “el Juzgado debió aplicar el litis consorcio pasivo necesario creado por el art. 96 del Código Civil entre los cónyuges en los contratos de arrendamiento celebrados en interés familiar” (id.).

Constatar si ha existido o no vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constituye, pues, presupuesto necesario para apreciar si procede o no la estimación del amparo solicitado. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, además de haberse pronunciado reiteradamente el TC, existe ya una abundante literatura(2). En esta ocasión, la STC va a resolver la cuestión partiendo de la distinción entre el *derecho a personarse* en el proceso y el *derecho a ser emplazado* personalmente a él (F. J. 4, párr. 4.º; en relación a cuándo es exigible y cuándo no el emplazamiento personal, vid.

(2) Cfr., poco después de la promulgación de la Constitución, DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980. Entre las obras de carácter general –comentarios al texto constitucional y manuales de Derecho procesal– que se ocupan del tema, debe destacarse su tratamiento exhaustivo en DE LA OLIVA-FERNANDEZ, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1992, pp. 161-223; también, pero desde el punto de vista de un civilista que fue, además, magistrado del Tribunal Constitucional, vid. las sugerentes “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, del Prof. DIEZ-PICAZO, en *Poder Judicial*, n.º 5, mayo 1987, pp. 41-49, donde –de forma gráfica– se califica a ese derecho de “derecho-estrella en el firmamento jurídico-constitucional”.

especialmente STC 133/1986, a la que, por otra parte, remite la Sentencia que se comenta): la recurrente goza del primero, pero no del segundo, derecho este último “sin duda” –afirma la STC– más limitado que aquél. Por ello, no es trasladable a este caso –dice también la STC– la doctrina de la STC 135/1986, puesto que, a diferencia del supuesto resuelto en dicha Sentencia, ninguna de las resoluciones impugnadas por la recurrente niega el derecho del cónyuge del arrendatario a personarse en el proceso de desahucio; lo que niegan es su derecho a ser emplazado personalmente y que, por tanto, su personación se aparte de la regla general, que obliga a proseguir la sustanciación del progreso en el estado en que se encuentre y fuerce a retrotraer las actuaciones al término de contestación de la demanda (F. J. 4, párr. 3.º).

Con todo, existen dos datos, ajenos en rigor a la distinción, pero que son esenciales para fundamentar su apreciación por el TC. En primer lugar, el de que “el derecho a usar la vivienda, concedido por la Sentencia de divorcio, quedó desatendido por causa imputable a ella misma (la propia recurrente), al no haber notificado al arrendador dicha resolución judicial” (F. J. 4, párr. 5.º, con cita de la STC 126/1989). En segundo lugar, el de que –como afirma la STC– los intereses legítimos de la recurrente, derivados del contrato de arrendamiento firmado por su entonces marido, “quedaron en el caso presente suficientemente protegidos por el emplazamiento efectuado en el domicilio familiar” (id.). Esto último lo había avanzado ya, con anterioridad, la propia Sentencia: “Es razonable entender que, en circunstancias normales, el emplazamiento de cualquier miembro de la familia, al menos en este tipo de procesos civiles sobre derechos patrimoniales, es suficiente para evitar la indefensión” (F. J. 4, párr. 2.º), reiterándolo en sus consideraciones finales, en las que se afirma “la convicción de que, aun si se hubiera practicado una notificación individualizada dirigida a la señora M., hubiera dado un resultado negativo idéntico al que produjo la dirigida a su ex marido”.

Por lo que respecta al primero de esos dos datos, y con independencia de la significación que deba darse a la necesidad de notificar al arrendador la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge beneficiario, parece que –en el razonamiento del TC– dicha notificación constituya circunstancia determinante del *derecho a ser emplazado personalmente*. Sin embargo, esto no es necesariamente así. Para el TC, lo decisivo para evitar que la situación de indefensión se produz-

ca, es el emplazamiento en el domicilio familiar y la posibilidad de que el cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda –sean cuales sean las consecuencias que de ese uso puedan derivarse– haya podido tener conocimiento de dicha circunstancia. En consonancia con esta idea y atendida aquella “convicción” de que ni siquiera un emplazamiento personal o individualizado hubiera podido ser atendido por la recurrente al no habitar la vivienda arrendada, el TC denegará el amparo solicitado.

Ahora bien, en cualquier caso, la distinción entre el *derecho a personarse* en el proceso y el *derecho a ser emplazado personalmente* a él presupone una determinada concepción de la configuración que deba darse a la atribución del uso de la vivienda arrendada al cónyuge titular, que difiere de la adoptada en la STC 135/1986 y que, de alguna manera, matiza la afirmación inicial realizada por el TC de que las cuestiones relativas a la interpretación y observancia de la ley civil resultan irrelevantes en un proceso que sirve para proteger la integridad de los derechos fundamentales: en mayor o menor medida, la postura que en este proceso se adopte vendrá condicionada por la que previamente se haya adoptado en relación a dichas cuestiones.

2. *La atribución del uso de la vivienda arrendada en las situaciones de crisis matrimonial judicialmente constatadas*

La atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en una situación de crisis matrimonial es una consecuencia que deriva directamente de la misma: la situación de crisis aboca a una cesación del deber de convivencia y posibilita la efectiva separación de los cónyuges. Por ello y tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, el C.C. exige que, una vez finalizados los procedimientos de nulidad, separación o divorcio y declarados éste o aquéllas, se determine a cuál de los cónyuges corresponde la vivienda familiar a partir de este momento, ya sea confirmando la atribución provisional establecida durante la sustanciación de proceso, ya sea modificándola y confiriendo la utilización de la vivienda al consorte anteriormente excluido. Esta determinación deben hacerla, en primer lugar, los propios cónyuges de mutuo acuerdo, sujeto a aprobación judicial (art. 90 C.C.); y en defecto de acuerdo o caso de no proceder la aprobación del mismo, será el juez quien decida la cuestión (art. 91 C.C.).

A) La caracterización de la atribución de la vivienda familiar arrendada

La atribución de la vivienda arrendada al cónyuge no titular del contrato de arrendamiento se rige por el criterio general que establecen los arts. 90 y 96 C.C. La aplicación de la normativa del C.C. a la vivienda arrendada se justifica por dos razones: en primer lugar, por la ausencia de disposiciones al respecto en la LAU; en segundo lugar, por el propio carácter general de dicha normativa, que la hace aplicable sea cual sea el derecho ostentado sobre la vivienda: por tanto, también si es un derecho de naturaleza personal como el arrendaticio.

Pues bien, de lo dispuesto en dichos preceptos se deduce que la atribución de la vivienda familiar que regulan se traduce, pura y simplemente, en una atribución temporal de su *uso*. Expresamente lo señala así el art. 90 B) C.C. y lo reitera el art. 96 C.C.: uno y otro ponen de relieve que lo que se atribuye o corresponde a uno de los cónyuges como consecuencia del convenio o de la sentencia es el “uso de la vivienda familiar” y no la titularidad de la misma. La calificación del beneficiario como “cónyuge no titular” (art. 96.3 y 4 C.C.) subraya esta circunstancia: el cónyuge que era titular exclusivo lo sigue siendo y a quien no lo era en modo alguno corresponde un derecho sobre la vivienda.

Estas consecuencias se producirán sea cual sea la naturaleza y características del derecho que el cónyuge titular ostente. Así, si ese derecho deriva de un previo contrato de arrendamiento celebrado con el propietario de la vivienda, el mantenimiento inalterado de la titularidad arrendaticia en el cónyuge que lo concertó significa que la relación contractual subsiste igualmente inalterada y que dicho cónyuge sigue ostentando en ella –con carácter exclusivo– la posición jurídica que originariamente le correspondía(3).

(3) Cfr. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, en particular, pp. 200 ss., 229 ss. y 240 ss. Para la situación anterior a 1981 y en relación a la atribución de la vivienda familiar contemplada por el originario art. 68 C.C. en sede de medidas provisionales, DIEZ PICAZO entendía que, siendo la vivienda arrendada, su atribución no modificaba la relación arrendaticia: cfr. “La situación jurídica del matrimonio separado”, *RDN*, 1961, pp. 32-33. En la actualidad, este criterio es compartido, entre otros, por GARCIA CANTERO, com. art. 96 C.C., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por Manuel Albadalejo)*, Madrid, 1982, T. II, pp. 411 ss.; VENTOSO ESCRIBANO, “Algunos problemas registrales y notariales en las situaciones de conflicto del matrimonio”, en *Actas del cincuentenario del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, Madrid, 1986, p. 141; SERRANO ALONSO, “La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio”, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pp. 107-108.

Esta afirmación ha sido negada desde dos puntos de vista distintos. En primer lugar, aplicando ideas y criterios propios de la legislación arrendaticia especial, se ha señalado que la atribución del uso de la vivienda arrendada al cónyuge no titular debe reconducirse a un supuesto de cesión o subrogación *ex lege* o *ex iudice*, en virtud del cual el beneficiario de dicho uso asume la condición de titular de la vivienda arrendada y sustituye a su consorte en la relación arrendaticia frente al arrendador(4).

En segundo lugar, se ha mantenido también que, como consecuencia de dicha atribución, se constituye un arrendamiento común o conjunto, al convertirse el cónyuge beneficiario en cotitular de la vivienda arrendada. Tal es la tesis que sostuvo el TC en la STC 135/1986, de 31 de octubre(5), y que alegó la recurrente en amparo, haciéndose igualmente eco de la misma el Ministerio Fiscal en su informe(6).

Ambas tesis son –sin embargo– susceptibles de crítica. La modificación de la titularidad originaria –sea adjudicándola en exclusiva al

(4) En la doctrina, esta postura ha sido mantenida, entre otro, por LUNA SERRANO, en LACRUZ BERDEJO y otros, *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, Madrid, 1982, pp. 358 ss.; LOPEZ Y LOPEZ, com. art. 90 C.C., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil*, Madrid, 1982, pp. 617-618; CASTRO GARCIA, “La intervención judicial en la aprobación, modificación y creación del convenio regulador”, en *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1984, pp. 340 ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, “La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales”, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pp. 184 ss.

En el mismo sentido parece pronunciarse el TC en la STC 126/1989, de 12 de julio, mientras en la denominada *jurisprudencia menor*, la tesis ha sido mantenida, entre otras por S.A.P. La Coruña, de 10 de noviembre de 1983 y S.A.P. Las Palmas, de 7 de febrero de 1989, que, con cita a “eminentes civilistas” y, entre ellos, J.L.L.B. y F.S.R. (obviamente, José Luis Lacruz Berdejo y Francisco Sancho Rebullida), afirma que cuando la vivienda arrendada se atribuye al cónyuge no titular se produce un supuesto de subrogación temporal.

(5) La argumentación de dicha Sentencia es sumamente confusa y las conclusiones a que llega son ciertamente opinables. Sin embargo, con posterioridad, adoptaron la misma tesis la STC 159/1989, de 6 de octubre, y diversas sentencias de distintas Audiencias; así, S.A.P. Madrid, de 22 de mayo de 1990, o S.A.P. Oviedo, de 11 de julio de 1990.

En la doctrina, la tesis del *arrendamiento conjunto*, si bien relacionándolo con el matrimonio, la había propuesto ya BATLLE VAZQUEZ, “Cuestiones de Derecho matrimonial”, *RCDI*, 1960, pp. 594-595, y la suscribió posteriormente SANCHO REBULLIDA, com. art. 68 C.C., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1978, T. II, p. 182, entendiéndose que cuando el juez –en sede de medidas provisionales– adjudicaba el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, se concentraba en él, a todos los efectos, tanto activos como pasivos, la titularidad arrendaticia.

(6) El Ministerio Fiscal, en su informe de 24 de enero de 1992, entendió que procedía la desestimación del recurso por extemporáneo; pero que, si se entraba a examinar el fondo de la pretensión de la recurrente, se había producido una efectiva situación de indefensión, vulnerándose el art. 24 C.E.

cónyuge beneficiario, sea atribuyendo a éste la condición de cotitular— como medida de protección del interés que trata de salvaguardar la concesión del uso de la vivienda familiar constituye una consecuencia excesiva, puesto que dicha finalidad de protección se alcanza suficientemente actuando sobre el contenido del derecho —legitimación posesoria, facultad de disposición— que recae sobre la vivienda, limitando las posibilidades de actuación de quien lo ostenta. Lo contrario, en cuanto supondría una restricción o una expropiación de la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, debería estar expresamente amparado por una disposición legal y no existe precepto alguno en este sentido.

Además, y por lo que respecta a la tesis que considera la atribución del uso de la vivienda como un supuesto de cesión o subrogación en la titularidad arrendaticia, el carácter temporal de dicha atribución constituye un argumento en contra de la misma, que difícilmente puede ser ignorado. La LAU, en efecto, regula dichos supuestos como supuestos de transmisión definitiva de la titularidad arrendaticia, mientras la atribución dura lo que dura la situación que —a través de la misma— trata de protegerse; ello plantea, además, la cuestión de configurar —desde la perspectiva de la legislación arrendaticia— el “derecho de retorno” del cónyuge titular, cuando se extinga el uso atribuido(7).

En cuanto a la tesis del arrendamiento *conjunto*, el argumento de que “el art. 96 del Código civil ha creado un litis consorcio pasivo necesario”(8) es más que discutible, como lo es también que la exigencia del “consentimiento” de ambos (ex) cónyuges en los actos dispositivos que afecten a la vivienda sea manifestación de una situación de cotitularidad. El “consentimiento” que requieren dichos actos no presupone la existencia de un poder de disposición —y, con él, una titula-

(7) Sobre las cuestiones que suscita la aplicación de los arts. 24 y 58 LAU, cfr. BENAVENTE MOREDA, “Problemas derivados...”, cit., pp. 867 ss.

Argumenta igualmente S.A.P. Cuenca, de 12 de diciembre de 1987, que “si bien puede decirse que de hecho el convenio produce una cesión del uso de la vivienda, jurídicamente no puede calificarse como una verdadera cesión del arrendamiento o cesión en él, pues la validez del convenio o decisión judicial no están condicionadas a la notificación al arrendador que impone en casos de cesión el art. 24 LAU, y siendo que los acuerdos pactados en el convenio son, por propia naturaleza, susceptibles de modificación cuantas veces el interés familiar más digno de protección lo haga aconsejable, por variar las circunstancias que originaron aquel acuerdo, es evidente que el arrendador no se encuentra sometido a una relación jurídica en que la persona del arrendatario sea alterada según los intereses o conveniencias de las crisis familiares, que si bien afectan al cónyuge arrendatario no tiene porqué repercutir en el arrendador”.

(8) La afirmación, que procede de la STC 135/1986 (F. J. VII), la reproduce de forma prácticamente literal el Ministerio Fiscal en su informe.

ridad– compartido, sino que resulta de la concurrencia de la declaración de voluntad negocial del cónyuge titular y del asentimiento a la misma de su consorte, reflejo a su vez, de la titularidad del primero y de la legitimación posesoria del segundo. La necesidad de que concurre el “consentimiento” de ambos cónyuges no es, pues, manifestación de la condición de cotitular del beneficiario del uso de la vivienda, sino de todo lo contrario; por esta razón y con carácter excepcional se legitima su intervención en los actos de disposición relativos a la vivienda, como medida de control o garantía de que la actuación de su consorte, titular de la misma, se ajusta al interés que la atribución trata de proteger. Una cosa es que el titular exclusivo de la vivienda no pueda disponer unilateralmente de ella, precisando el asentimiento de su consorte, y otra que, por ello, éste pueda ser considerado igualmente titular de la vivienda.

El TC, en la presente Sentencia, rechaza también la teoría del arrendamiento común o conjunto. Expresamente, hace alusión a ella cuando señala que “no procede entrar a examinar si el art. 96 del Código civil establece un litisconsorcio pasivo necesario”, toda vez que ésta constituye una de esas cuestiones que han de ser dejadas “a los Tribunales competentes para interpretar la ley civil y (que) resultan irrelevantes en un proceso que sirve proteger la integridad de los derechos fundamentales” (F. J. 4, párr. 2.º). Con todo, ello no le va a impedir destacar que “no resulta en modo alguno evidente que la señora M. tuviera derecho a ser emplazada en el juicio instado por la dueña contra el arrendatario de la vivienda, su ex marido” (id.), negando así –siquiera de forma implícita– su posible condición de cotitular de la vivienda arrendada.

En cambio, no parece que sea igualmente de rechazo la postura que el TC mantiene respecto de la teoría de la cesión o subrogación arrendaticia. Ciertamente, no existen demasiados datos que permitan averiguar la posición del TC en relación a una posibilidad a la que ni tan siquiera alude de forma expresa, pero una de las afirmaciones de la Sentencia parece referirse a ella, dándola por supuesta: “El derecho a usar la vivienda, concedido por la Sentencia de divorcio, quedó –dice el TC– desatendido por causa imputable a ella misma (la recurrente), al no haber notificado al arrendador dicha resolución judicial (STC 126/1989)” (F. J. 4, párr. 5.º). Con independencia de que la expresión “quedar desatendido” no es demasiado técnica, ni tampoco suficientemente precisa para describir las consecuencias de una omisión de la que el art. 24.2 LAU hace derivar la ineficacia de la cesión, la cita de la

STC 126/1989 induce a pensar que, en la presente Sentencia, el TC suscribe la tesis mantenida por aquélla: dicha Sentencia, en efecto, desestimó un recurso de amparo en el que el cónyuge no titular, recurrente, pretendió que la resolución judicial, por la que se le atribuyó el uso de la vivienda arrendada por su consorte, valiera como notificación, a los efectos del art. 24.2 LAU(9).

B) Los efectos que derivan de la atribución de la vivienda familiar arrendada

La subsistencia inalterada de la relación arrendaticia como consecuencia de la atribución de la vivienda al cónyuge no titular determina que su consorte, titular privado de su uso, lo siga siendo de los derechos y de las obligaciones que derivan de dicha relación y que asuma frente al beneficiario de la vivienda la obligación de abstenerse de realizar cualquier acto que pueda modificarla o extinguirla(10).

El cónyuge beneficiario de la atribución, por su parte, ostenta tan sólo una simple legitimación posesoria sobre la vivienda, que, en cualquier caso, le faculta para poseerla con carácter exclusivo y que, desde luego, debe ser respetada por el propietario de la vivienda, toda vez que, para él, la relación arrendaticia que mantiene con el cónyuge titular no ha experimentado variación alguna.

De acuerdo con las ideas que se acaban de apuntar, la legitimación

(9) Afirmó entonces el TC que la presunción de eficacia de la cosa juzgada contra terceros (y en el supuesto a que se refería, *tercero* lo era la arrendadora) que establece el art. 1.252 C.C. "sólo alcanza a las cuestiones relativas al estado civil, es decir, y en el caso, a la situación de divorcio establecida, pero no a la relación contractual de cesión (atribución de la vivienda), de carácter patrimonial" (F. J. 2).

(10) Con todo, esta obligación –cuya existencia se fundamenta en la misma necesidad cuya satisfacción justifica la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular y en la total ajenidad de éste respecto de la relación contractual establecida sobre la vivienda– plantea, caso de ser incumplida, algún problema en orden a la articulación de una eficaz defensa y protección del interés del cónyuge no titular frente al del arrendador.

En efecto, el incumplimiento de dicha obligación puede derivar, ya de la omisión o abstención por parte del cónyuge titular del ejercicio de facultades que, como tal, le correspondan frente al propietario de la vivienda, ya de la infracción por aquél de obligaciones cuyo cumplimiento puede serle exigido por éste. Pues bien, si en relación a este último supuesto el cónyuge no titular puede, en última instancia, sustituir la falta de actuación de su (ex) consorte, en cuanto la obligación incumplida no sea personalísima –así, por ejemplo, la obligación de pagar la renta–, la cuestión se presenta más problemática en relación al primer supuesto, respecto de la posibilidad de compulsión o sustitución del cónyuge titular que no ejercite aquellas facultades (por ejemplo, tanteo o retracto) que puedan beneficiar la titularidad ostentada sobre la vivienda atribuida.

posesoria de que goza el cónyuge no titular no se corresponde, pues, con titularidad alguna, sin que esto signifique que carezca de fundamento; se trata de una legitimación legal, que se liga al originario carácter *familiar* de la vivienda, deriva de su anterior condición de cónyuge del titular y precisa de un título que la justifique: el convenio regulador o la propia sentencia de separación, nulidad o divorcio. El carácter legal de la legitimación posesoria del cónyuge no titular determina, por otra parte, que su existencia, contenido y extensión se establezcan *per relationem*, a partir y en función de la titularidad de su consorte, excluido del uso de la vivienda familiar: por ello, el cónyuge no titular ejercita su posesión en el mismo concepto posesorio correspondiente a dicha titularidad –en el presente supuesto, en concepto de arrendatario– y, por ello, también su subsistencia depende de ésta(11).

Esta legitimación posesoria permite, pues, el uso de la vivienda familiar a quien carece de todo derecho sobre ella, desaparecido, además, el vínculo conyugal que le ligaba al titular de la misma y cuya existencia justificaba su posesión constante matrimonio(12). Ahora bien, esta legitimación no atribuye simplemente una facultad que puede ser ejercitada por el cónyuge no titular, sino que constituye, al mismo tiempo, una carga: el cónyuge al que se atribuye la vivienda, no sólo puede usarla con carácter exclusivo, sino que tiene también que hacerlo de acuerdo con la finalidad que motivó la atribución: el no uso o el uso de la vivienda familiar que contradiga el interés que se pretende proteger a través del mismo, extinguen la situación posesoria creada y determinan que la posesión de la vivienda pueda ser recuperada por su titular(13).

(11) De ahí que, para protegerla, se arbitre también un mecanismo de defensa, igualmente de carácter legal: para disponer de la vivienda, el cónyuge titular requiere del consentimiento de su consorte o, en su caso, autorización judicial (art. 96.4 C.C.). Sobre las cuestiones que suscita la disposición de la vivienda atribuida, en las que aquí no se va a entrar, cfr. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, pp. 236 ss. y pp. 251 ss.

(12) Por lo que respecta a la configuración de la vivienda familiar en esa situación, cfr. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, pp. 89-192.

(13) El caso se planteó y fue resuelto ya por S.A.P. Cuenca, de 12 de diciembre de 1987, negando “que el hecho de que la esposa (no titular de la vivienda arrendada, a la que le había sido atribuido su uso) del demandado depositara en el Juzgado las llaves de la citada vivienda –de la que sólo tenía el uso o derecho de ocupación– (...) no significa renuncia a la prórroga forzosa concedida por el art. 57 LAU” (F. D. I) y que, consiguientemente, “el hecho del no uso de la vivienda en cuestión por la esposa del demandado (...), no puede significar sino renuncia o abandono del derecho de ocupación que le había sido otorgado, carente de virtualidad para generar la causa 3.ª, art. 62 LAU, por la elemental razón de no ser ella la titular del contrato arrendaticio, sino el demandado, al que retornó de nuevo la facultad de disfrute en virtud de la renuncia de aquélla a su uso”.

La consideración del cónyuge no titular al que se atribuye el uso de la vivienda arrendada como simple poseedor de la misma, determina, además, que no sea necesario comunicar al arrendador dicha atribución, toda vez que la notificación fehaciente que prescribe el art. 24.2 LAU obedece precisamente al cambio operado en la titularidad correspondiente al inquilino. En este sentido, conviene puntualizar la afirmación de la STC, manifestando que “el derecho a usar la vivienda, concedido por la Sentencia de divorcio, quedó desatendido por causa imputable a ella misma (la recurrente), al no haber notificado al arrendador dicha resolución judicial” (F. J. 4, párr. 5.º). Con ella, el TC parece entender que la atribución judicial de la vivienda arrendada constituye un supuesto de cesión que debe ser puesta en conocimiento del arrendador; pero no, sin que ello sea demasiado congruente con dicha consideración, que de la notificación de esa circunstancia derive necesariamente el derecho del cónyuge beneficiario del uso a ser emplazado personalmente. En rigor, la tesis de la presente STC es la de que, habiéndose atribuido la vivienda arrendada al cónyuge que no intervino en el contrato y con independencia de cuáles sean las consecuencias que comporte esa atribución, basta el emplazamiento de su consorte en el domicilio familiar para evitar la indefensión. Si esto es así, cabe preguntarse qué efectos derivan entonces de la notificación al arrendador de la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda arrendada y en qué consiste ese “quedar desatendido” el derecho a su utilización que comporta su omisión.

Del mismo modo que la atribución de la vivienda al cónyuge no titular no constituye un supuesto de cesión o subrogación en la titularidad arrendaticia, tampoco la privación de su uso que ello representa para su consorte –cónyuge titular– afecta a la subsistencia de su derecho, provocando su extinción (cabe pensar, por ejemplo, en una posible denegación de la prórroga forzosa por no ocupar –art. 62.3.ª LAU– la vivienda arrendada): la misma disposición –convencional o judicial– que excluye del uso de la vivienda arrendada al cónyuge titular en beneficio de su consorte, justifica en tal caso la falta de utilización por su parte de la misma e impide una posible extinción de su derecho por tal causa. Cosa distinta es que el cónyuge no titular no utilice la vivienda:

Por lo mismo, y con carácter general, no ostentando derecho alguno sobre la vivienda, carecerá de eficacia cualquier actuación que pueda realizar el cónyuge no titular a quien se atribuye el uso de la vivienda arrendada en perjuicio de la titularidad que sigue conservando su (ex) consorte.

ello no sólo constituye –como ya se dejó apuntado– circunstancia extintiva de su legitimación posesoria, sino que, además, faculta al propietario –si el cónyuge titular tampoco la utiliza– para instar el juicio de desahucio, como sucedió en el supuesto resuelto por la presente Sentencia.

Ahora bien, ¿frente a quién debe interponerse en tal caso la demanda? Al TC le parece evidente que “el Juzgado emplazó correctamente a quien había sido demandada por la parte actora en el pleito civil, que era la persona que aparecía como titular del derecho sometido a litigio” (F. J. 4, párr. 2.º), negando a la recurrente el derecho a ser emplazada personalmente.

De acuerdo con las ideas que se han esbozado en este comentario, debe llegarse a idéntica conclusión, por más que el razonamiento que la justifique sea distinto. En efecto, la consideración de que el cónyuge titular lo sigue siendo –con carácter exclusivo– de los derechos y obligaciones que derivan de la relación arrendaticia tiene una evidente repercusión procesal: el cónyuge no titular, al que se atribuye el uso de la vivienda arrendada, carece de la condición de *parte* en relación a cualquier proceso que se entable entre su consorte y el propietario de la vivienda, en el que se discutan cuestiones referentes a la relación jurídica existente entre ellos y esto con independencia de quién ocupe en dicho proceso la posición de demandante o de demandado. No existe, pues, una situación de litisconsorcio necesario, sin que ello signifique que el cónyuge no titular se encuentre o pueda encontrarse en una situación de indefensión. La legitimación posesoria que ostenta le confiere un interés cuya defensa posibilita su presencia en el proceso en calidad de interviniente, produciéndose, así, un supuesto de intervención adhesiva simple(14), que no sólo permite la comparecencia del cónyuge no titular en el proceso en el que interviene como parte su (ex) consorte, sino también y una vez introducido en el mismo, su actuación con idénticos poderes y facultades que los reconocidos a aquél(15).

(14) El tema de la intervención de terceros en el proceso adolece de falta de regulación legal y no ha merecido tampoco excesiva atención en la doctrina procesalista. Existe, con todo, alguna excepción: cfr., así SERRA DOMINGUEZ, “Intervención de terceros en el proceso”, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 207 ss., y “Llamada en garantía”, en *NEJS*, T. XV, pp. 734 ss.; MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona, 1972; más recientemente, LOPEZ FRAGOSO, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Madrid, 1990.

(15) Tal vez no sea ocioso recordar que, en el caso resuelto por la STC 135/1986, el cónyuge no titular, recurrente en amparo, solicitó su comparecencia en el juicio de

3. *La solución del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos*

El régimen de la atribución de la vivienda arrendada que se desprende de la legislación vigente y que se acaba de esbozar en las líneas precedentes, se verá modificada por las disposiciones de la LAU, si se aprueba el proyecto de ley elaborado por el Gobierno(16). El art. 15 Proy., en efecto, establece lo siguiente: "1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario adquirirá también y de forma solidaria dicha condición por ministerio de ley, cuando le corresponda el uso de la vivienda arrendada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código civil. 2. La adquisición de la condición de arrendatario deberá ser comunicada al arrendatario (*sic*) en el plazo de un mes desde que tuvo lugar, acompañando copia de la resolución judicial correspondiente o de la parte de la misma que afecte el uso de la vivienda". Para los arrendamientos vigentes a la entrada en vigor de la Ley, la D. T. 2.^a, 2, prevé la aplicación de idéntica disposición. Por su parte, la Exposición de motivos, 2, párr. 3.º, la explica señalando que "se reconoce *ex lege* a dicho cónyuge (no titular) la condición de coarrendatario, lo que permite garantizar la situación de éste y, al mismo tiempo, la del arrendador frente a quien continúa respondiendo el arrendamiento original".

La LAU, pues, adoptará la tesis del arrendamiento común o conjunto, que se entenderá constituido a partir de la resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Con esta solución, el proyecto acoge la que había propugnado la STC 135/1986, desechando, en cambio, la que suscribe la Sentencia objeto del presente comentario y la que –discrepando de una y otra– se mantiene en el mismo; que el proyecto gubernamental no recoja esta última no la desvirtúa en absoluto, porque –a mi juicio– ésa es la que mejor se ajusta a la normativa actualmente vigente. Que, a partir de la nueva LAU y caso de entrar ésta en vigor, la solución deberá ser distinta es algo indudable; pero lo que en ningún caso podía admitirse era que, sin disposición

desahucio promovido contra su (ex) consorte, no como parte, sino instando el reconocimiento de su condición de interesada en el proceso, lo cual permitiría su intervención en el mismo. La desestimación de tal petición por el Juzgado de Distrito –luego confirmada por el de Primera Instancia– constituyó el fundamento del recurso interpuesto ante el TC y la STC, al otorgar el amparo solicitado, fue más allá de las pretensiones de la propia recurrente, reconociéndole su derecho a ser tenida como *parte*.

(16) La referencia al proyecto se hace a partir del texto publicado en el mes de enero de este año.

legal alguna que la respaldase, una solución similar a la que el proyecto ahora recoge, fuese ya de aplicación.

Con independencia del juicio que el proyecto de LAU pueda merecer, lo que sí debe reconocerse es lo que tiene de intento de solucionar y subsanar una situación que carecía de regulación y ya sólo por eso su valoración tiene que ser positiva. Por lo demás, no es éste, ciertamente, momento ni lugar más adecuados para realizar un comentario en torno a la solución que propugna el texto del proyecto; pero sí quiero destacar algunas cuestiones en torno a la misma.

La novedad más sobresaliente que introducirá la regulación de la LAU es la modificación de las disposiciones del C.C. relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando ésta haya sido arrendada. Correspondiendo dicho uso al cónyuge no titular, la atribución no le conferirá una simple legitimación posesoria, sino también la condición de cotitular de la vivienda; se producirá, pues, un cambio en la titularidad arrendaticia, que, de corresponder exclusivamente a uno de los cónyuges, pasará a estar ostentada por ambos. De ahí, en consonancia con ello, la necesidad de comunicar la resolución judicial al arrendador: éste no podrá oponerse, pero sí desconocer la atribución del uso, caso de que no le haya sido notificada. Por otra parte, y dado el carácter temporal de dicha atribución, parece que –por más que el proyecto guarde silencio en torno a este punto– cuando cesen las circunstancias que la determinaron o haya transcurrido el plazo fijado para la misma, se extinguirá la situación de cotitularidad y el cónyuge originariamente titular recuperará dicha condición con carácter exclusivo, siendo preciso también comunicar dichos extremos al arrendador.

La consideración de ambos cónyuges como cotituladores de la vivienda arrendada incidirá, además, en el régimen que, para los actos de disposición que recaigan sobre ella, establece el art. 96 C.C. Como se sabe, este precepto impide que el cónyuge titular privado del uso de la vivienda pueda realizar dichos actos por sí solo y condiciona su eficacia al asentimiento de su consorte o, en su caso, a la autorización judicial⁽¹⁷⁾. Presupuesto que, por lo que respecta a la vivienda arrendada, ambos cónyuges sean cotitulares de la misma, el *consentimiento* que exige el art. 96.4 C.C. lo será en sentido estricto: manifestación de sendas declaraciones de voluntad que operan a un mismo nivel. Pero no se trata sólo de que la declaración de voluntad del cónyuge originariamente

(17) Sobre la significación del art. 96.4 C.C., cfr. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar*, cit., pp. 236 ss.

no titular adquiriera una significación distinta, sino de que, con ello, se acoja también la posibilidad de que éste pueda asumir la iniciativa en la realización del acto dispositivo, posibilidad ésta que, no siendo titular, en ningún caso puede ser admitida.

Con relación a esta cuestión, llama especialmente la atención, además, la configuración de la cotitularidad arrendaticia como solidaria. Evidentemente, no se trata de que tal configuración no sea admisible –que sí lo es– sino de las consecuencias que pueden derivar de esta afirmación. El proyecto parece haber pensado sólo en una solidaridad pasiva, tendente a garantizar la situación del arrendador y a asegurar el pago de la renta (cfr., en este sentido, Exp. mot., 2, párr. 3.º). Pero la consideración de ambos cónyuges como arrendatarios en régimen de solidaridad les atribuye, también, una legitimación indistinta sobre la totalidad de la propia posición jurídica que ostentan, que permitirá a cualquiera de ellos disponer de la misma sin necesidad del consentimiento del otro. A esto podrá objetarse que una actuación en ese sentido infringe los límites establecidos por el art. 6º Proy. (buen fe, abuso de derecho y fraude de Ley); pero no por ello deja de ser criticable la configuración de la cotitularidad arrendaticia como solidaria, puesto que, no respondiendo a ninguna necesidad concreta, más suscitará la creación de problemas que ayudará a solucionarlos.

