

LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DE LA VIVIENDA
FAMILIAR Y FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES
O UNIDOS DE HECHO

*LA SUCCESSION MORTIS CAUSA OF THE FAMILY HOUSEHOLD
AND DEATH OF ONE OF THE SPOUSES OR DE FACTO PARTNERS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 600-629

Carmen
MINGORANCE
GOSÁLVEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El especial estatuto protector que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda habitual tiene su reflejo en la sucesión en este bien cuando fallece uno de los cónyuges o de los convivientes de hecho. Se plantean importantes cuestiones necesitadas de resolución, ya que nuestro Derecho civil común no se hace eco de estas particularidades en el derecho positivo de manera expresa. Es por ello que este trabajo pretende arrojar algo de luz a problemas tales como qué sucede cuando la vivienda es propiedad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, o cuando el inmueble estaba arrendado por el cónyuge fallecido.

PALABRAS CLAVE: Vivienda habitual; cónyuges; pareja de hecho; sucesión.

ABSTRACT: *The special protective status that the legal system grants to the habitual residence is reflected in the succession to this property when one of the spouses or common-law partners dies. This raises important questions that need to be resolved, since our common civil law does not expressly reflect these particularities in positive law. That is why this paper aims to shed some light on problems such as what happens when the property is owned by both spouses or only one of them, or when the property was leased by the deceased spouse.*

KEY WORDS: *Habitual residence, spouses, unmarried partners, inheritance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTUALIZACIÓN.- I. Vivienda habitual.- 2. Cónyuge sobreviviente.- 3. Parejas de hecho.- III. LA SUCESIÓN EN LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CÓNYUGE VIUDO. POSIBLES VIAS PARA MATENER LA PROPIEDAD O EL USO.- I. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.- A) Vivienda familiar propiedad del cónyuge fallecido.- B) Vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges.- 2. La sucesión de la vivienda arrendada por el cónyuge fallecido.- A) Derecho a la subrogación del contrato de arrendamiento.- B) Conocimiento y oposición del arrendador.- IV. LA SUCESIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA PAREJA DE HECHO.- I. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.- A) Titularidad común de la pareja de hecho.- B) Titularidad privativa del premuerto.- 2. La sucesión de la vivienda familiar en arrendamiento.- A) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.- B) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

I. INTRODUCCIÓN.

La vivienda familiar se considera el lugar donde realmente residen los cónyuges, la residencia habitual. Al valor económico de la vivienda como inmueble hay que añadirle, en caso de ser el domicilio conyugal, el valor sentimental que tiene para cada uno de los cónyuges. Por ello, la vivienda familiar es objeto de una regulación especial en nuestro ordenamiento dirigida, básicamente, a la protección del interés de los miembros de la familia en su ocupación. De un lado, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos que permiten el uso de la vivienda -durante la estabilidad familiar- art. 1320 CC. De otro, cuando la sociedad de gananciales se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite tiene un derecho preferente adjudicación sobre esta vivienda (art. 1406.4° CC).

Pero ¿qué sucede con la vivienda familiar si fallece uno de los cónyuges? No hay una respuesta única, dependerá de diversos factores que vamos a tratar de analizar a lo largo de este trabajo: Podemos encontrarnos en diferentes situaciones al fallecer uno de los cónyuges en función si la vivienda familiar pertenecía sólo a uno de ellos o a los dos, si estaban casados bajo el régimen económico de gananciales o de separación o participación, y si el fallecido otorgó testamento o falleció sin haberlo otorgado. También debemos tener en cuenta si la vivienda estaba arrendada. Y por último, no podemos dejar atrás el supuesto de parejas no casadas, a las que el ordenamiento jurídico también asimila en algunos casos.

II. CONCEPTUALIZACIÓN.

I. Vivienda habitual.

Existen fuertes razones en la Constitución española para justificar el especial estatuto protector de la vivienda familiar, cualquiera que sea el cónyuge propietario

• Carmen Mingorance Gosálvez

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Córdoba. Correo electrónico: mingorance@uco.es

o la naturaleza del contrato o derecho básico del que deriva el derecho al uso de aquella. De una parte, la propia Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, pero su contenido viene determinado por la función social que lo delimita (art. 33); y de otra parte, la vivienda constituye la base física indispensable para el desarrollo de la vida familiar.

A mayor abundamiento, los derechos de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, responden a un doble principio constitucional. Un principio de carácter general, el derecho a la vivienda, proclamado por el art. 47 CE¹. Y otro principio más específico, el derecho a la protección de la familia, proclamado por el art. 39.1². Además, asegura en este contexto de la protección familiar “la protección integral de los hijos” (art. 39.2 CE).

Pero centrar el término de vivienda familiar, vamos a tratar de señalar los elementos indispensables para que el hogar pueda ser calificado de familiar. Son tres elementos, a saber, edificación habitable, edificación ocupada con habitualidad, y edificación habitada por la familia.

En primer lugar, ha de tratarse de una edificación habitable. Por no serlo, deben excluirse los solares, locales de negocios y fábricas, y los garajes.

En segundo término, además, debemos estar ante una edificación ocupada de hecho y con habitualidad. Es decir, es la residencia normal y de presumible continuación, el domicilio fijado “de común acuerdo” (ex. art. 70 CC).

El adjetivo “habitual” y el adverbio “habitualmente” aparecen en distintos preceptos del Código Civil. Habitual no equivale a permanente, pero denota un alto grado de continuación temporal. En el Código Civil, la expresión vivienda habitual se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia. Pero falta en nuestra legislación civil un concepto de vivienda habitual de la familia. Por ello, debe analizarse cada caso concreto. Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados. Sin olvidar, tampoco, que las normas

1 Art. 47 CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...”

2 Art. 39.1 CE: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

fiscales atienden a un criterio temporal cuantitativo (días al año de ocupación) para la determinación de la condición habitual de la vivienda, si bien tales criterios cuantitativos no han de ser necesariamente válidos y adecuados en materia civil. En este sentido, se ha defendido que la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay.

Si bien el Código civil no define qué se entiende por vivienda habitual, el legislador otorga un tratamiento favorable en diversos ámbitos al inmueble que constituye la vivienda habitual, no sólo en el ámbito civil -como tendremos ocasión de analizar en este trabajo-, sino también en otros ámbitos como el derecho fiscal. Así, el Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, el reglamento sobre el IRPF y otras normas tributarias, regula los requisitos para que un inmueble tenga la consideración de vivienda habitual³.

Por su parte, la Resolución de 16 de junio de 2020 (3^a), de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública⁴, ha considerado -con relación al art. 91 RH y al art. 1320 CC- que, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de la circunstancia de hecho de ser o no vivienda habitual familiar, en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador, debe exigirse la manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia, para con esta manifestación obtener garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral, ex. 1320 CC.

Señala el art. 41 bis del Real Decreto 930/2013⁵, Concepto de vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones: "1. A los efectos previstos en los arts. 7.t), 33.4.b), y 38 de la Ley del Impuesto se considera vivienda habitual del contribuyente

3 Este RD, siguiendo los dictados de una Ley que desde 1 enero 2013 había eliminado la deducción por inversión en vivienda habitual, elimina la misma del Reglamento. Como señala la Exposición de Motivos: "(...) al desaparecer la regulación de la deducción por inversión en vivienda habitual y con ella el concepto de vivienda habitual, se define este concepto a efectos de la aplicación de determinadas exenciones, dando continuidad al que hasta ahora venía aplicándose".

4 Resolución de 16 de junio de 2020 (3^a), de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, (BOE de 3 de agosto de 2020).

5 Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, por el que se por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio; el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas.

2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras¹⁶.

Por último, debe tratarse de una edificación habitada por la familia. Es fundamental la connotación de "familiar". Por ello, debemos precisar en qué momento y en virtud de qué circunstancias puede perderse la cualidad de vivienda familiar. La más frecuente, como no puede ser de otro modo, es la motivada por la decisión de los cónyuges, de común acuerdo de fijar una nueva vivienda habitual, procediendo al cambio de domicilio de la familia. Pero junto a ella, podemos también encontrarnos con que la vivienda familiar pierde tal carácter en los supuestos de crisis matrimonial o ruptura de parejas de hecho, o ante el fallecimiento de uno de los progenitores.

Para los casos en que se produzca el fallecimiento o la salida de uno de los progenitores de la vivienda familiar, es necesario precisar si la unidad familiar queda compuesta por progenitor e hijos menores de edad que continúan manteniendo su residencia, en cuyo caso la salida del otro progenitor no impide que podemos seguir hablando de vivienda familiar; de aquel otro supuesto en que la vivienda permanece ocupada por los progenitores o por un solo progenitor y los hijos mayores de edad, en la que pierde la vivienda el carácter de vivienda familiar.

6 Continúa el art. 41 bis.2 y 41 bis.3: "(...)No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.

Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el apartado anterior se computará desde esta última fecha.

3. A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4. b) y 38 de la Ley del Impuesto, se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión."

Más controvertida ha sido la cuestión de aquellos casos de separación o divorcio, en que uso de la vivienda “familiar”, se atribuye a uno de los cónyuges o ex cónyuges. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 ha resuelto la controvertida cuestión de la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso⁷. El Pleno resuelve que, la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente, por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar, hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. No puede, por tanto, calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio, por lo que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial⁸.

2. Cónyuge sobreviviente.

Cuando nos referimos a cónyuge sobreviviente consideramos a aquel que procede de un matrimonio válido en el momento del fallecimiento del causante. No ha debido mediar nulidad o divorcio pues en estos casos, el legislador excluye los derechos legitimarios por faltar el presupuesto del matrimonio. Es más, en la separación, aun no disolviéndose el vínculo matrimonial, sea judicial o de hecho, el Código la equipara con relación a los derechos sucesorios legales en efectos a la nulidad y al divorcio⁹.

7 STS 20 noviembre 2018 (RJA 2018, 641). Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

8 En el mismo sentido se pronuncia también la STS 29 octubre 2019 (RA) 2019, 658), Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, relativa a la pérdida del uso de la vivienda por la esposa al comenzar la convivencia con una nueva pareja. Señala el Alto Tribunal que “debemos declarar que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. Por lo expuesto, procede estimar el motivo de casación, en aplicación del art. 96.1 del C. Civil, declarando que la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla”.

9 El art. 834 CC, tras la reforma de 1981, quedó con el siguiente texto: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”. Ahora, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, dice lo siguiente: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”. Las diferencias que se pueden apreciar son, una meramente formal al sustituir “se hallare” por “se hallase” que no tiene alcance sucesorio. Y otra que en el nuevo texto se dice “...no se hallare separado de éste judicialmente o de hecho...”, en tanto que el texto derogado se limitaba a decir “...no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto...”, aludiendo a la culpa que ahora, por coherencia con la reforma de los arts. 81 y 86 CC, desaparece. En resumen: a partir de la reforma se suprime el derecho a su legítima del cónyuge sobreviviente separado de hecho.

El art. 807 CC atribuye la condición de legitimario al viudo o viuda del causante. No obstante, para atribuir dicha condición de legitimario, la Ley establece varios supuestos que tienen que concurrir al momento del fallecimiento del causante. Estos presupuestos son dos: el matrimonio y la convivencia conyugal¹⁰.

Con respecto al primero, se exige que en el momento de morir el causante se dé la existencia de un matrimonio válido. De este modo, ni los divorciados, ni los que nunca han sido cónyuges —por haber sido su matrimonio declarado nulo—, tienen derecho a legítima².

El otro requisito para ostentar este derecho es el mantenimiento de la convivencia conyugal al momento del fallecimiento del cónyuge causante, de manera que, en virtud del art. 834 CC, tanto la separación judicial como separación de hecho excluye el derecho a la legítima por parte del cónyuge viudo. Esto es así desde la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que suprime el derecho a su legítima del cónyuge sobreviviente separado de hecho: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”²⁵.

Muchas son las cuestiones que pueden surgir entorno al actual texto normativo y las circunstancias que debe tener o reunir la separación de hecho para poder privar de la legítima al sobreviviente: ¿Es suficiente con una separación unilateral? Para que se llegue a tal consecuencia ¿esa separación ha de tener una duración mínima, lo que ahora como máximo es de tres meses de cese efectivo de la convivencia para llegar a la separación judicial o al divorcio? ¿Es necesario acreditarlo fehacientemente?

Pienso que vale tanto la separación querida por los dos cónyuges como si fue impuesta por uno de ellos. Lo importantes es probar que al momento del fallecimiento estaban separados. Y de igual modo creo que no se debe probar que la separación de hecho duraba un tiempo determinado, lo que parece irónico, pues pensemos que ni siquiera se pide plazo de cese efectivo para la separación judicial o el divorcio en caso de riesgo para la vida de uno de los cónyuges, su integridad física, libertad, integridad moral o sexual, ex art. 81.2º CC. Queda claro que serán los Jueces y Magistrados quienes tendrán que valorar las pruebas con sumo detenimiento y las situaciones pueden ser complejas, ya que juega un papel decisivo la intencionalidad, analizar el alcance del cese efectivo de la convivencia,

Con la nueva redacción del art. 834 si el cónyuge viudo está separado de hecho, no recibe su cuota legitimaria, tanto en la sucesión testada como en la intestada, pues el art. 945 del CC, también se ha reformado.

10 MANZANO FERNÁNDEZ, M.M.: *Incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión del ex cónyuge*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 28. RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones, común y foral*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 1989, pp. 320-321.

si es lo mismo no convivir que cesar en la convivencia conyugal, posiblemente situación más amplia que el hecho de convivir bajo un mismo techo..., sobre todo si se trata, como se trata, de negar derechos legitimarios²⁶.

Respecto a la polémica de si debe o no ser considerado heredero el cónyuge viudo: se le niega tal carácter a pesar de la redacción del art. 807 CC, porque el texto legal no obliga a instituir heredero al legitimario, sino a dejarle por cualquier título lo que por legítima le corresponda. Y precisamente lo que por legítima le corresponde se traduce en una atribución a título singular, ya que la Ley lo llama directamente al usufructo de una cuota. Es posible que a un heredero se le individualice su cuota concretándola en un usufructo, pero en estos casos el usufructo no estará en la disposición sino en la partición. Además el cónyuge viudo no responde personalmente de las deudas de la herencia¹¹.

Siguiendo a MANZANO FERNÁNDEZ, en atención a la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte, se pueden señalar las siguientes características: el cónyuge viudo no colaciona¹², el cónyuge viudo no responde de las deudas de la herencia¹³, el cónyuge viudo está legitimado para promover la partición de la herencia, el cónyuge viudo no podrá ser contador partidor en la herencia del premuerto¹⁴. A grandes rasgos, puede decirse que el cónyuge viudo es legitimario o, por lo menos, heredero forzoso, y su posición en la sucesión tiene los siguientes caracteres: 1) Que el viudo es heredero forzoso porque esta condición le viene atribuida directamente por la Ley. 2) Que su legítima se concreta en el usufructo de una parte de la herencia de cuantía variable, dependiendo de con qué otros legitimarios concurra a la herencia. 3) Que dicha legítima es conmutable.

3. Parejas de hecho.

La pareja de hecho o unión de hecho consiste en la convivencia pública y estable entre dos personas de distinto o igual sexo, con intereses comunes en desarrollar una vida familiar, pero que no han contraído matrimonio. Se trata de

11 MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Sevilla, 2004.

12 De la literalidad del art. 1035 CC, se impone la colación al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean. Dado que no es heredero o sucesor universal sino legatario, no está obligado a colacionar. PÉREZ GIMÉNEZ, M.T.: “¿Por qué el cónyuge viudo no colaciona?”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, enero-julio 2016, n° 8, pp. 82-100. ALBALADEJO va más allá, y señala que, aun cuando fuera instituido por el causante como heredero, tampoco colacionaría porque esta institución opera entre legitimarios del mismo grupo y, la cuota del viudo es en usufructo. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 187-188.

13 STS de 16 de diciembre de 2014: “El usufructuario de la herencia no viene obligado al pago de las deudas hereditarias frente a los acreedores”.

14 ESPEJO RUIZ, M.: *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Dykinson, Madrid, 2013. Nota 11. Espejo Ruiz. En este sentido y, sobre la posibilidad de aplicación de las normas de la partición a la elaboración del inventario en la liquidación de gananciales, puede verse MANZANO FERNÁNDEZ, M.M.: “Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge. (Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, 2023, n° 796, pp. 921-949.

un modo de relación familiar; una opción de convivencia plenamente admitida en nuestro sistema jurídico, si bien como una realidad diferenciada del matrimonio. Como señala GALLEGO DOMÍNGUEZ, esta realidad diferenciada ha permitido al legislador darle a las parejas de hecho un tratamiento diferente del matrimonio sin que tal diferencia pueda considerarse atentatoria en principio, al art. 14 de la Constitución española¹⁵.

III. LA SUCESIÓN EN LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CÓNYUGE VIUDO. POSIBLES VIAS PARA MATENER LA PROPIEDAD O EL USO.

I. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.

Para analizar la situación jurídica producida en la sucesión de la vivienda familiar debemos distinguir según la titularidad de la misma sea propiedad únicamente del cónyuge fallecido, o bien lo sea de ambos cónyuges.

A) *Vivienda familiar propiedad del cónyuge fallecido.*

Si la vivienda familiar era titularidad únicamente del cónyuge fallecido, el cónyuge sobreviviente tendrá diferentes derechos en la herencia en función de si el fallecido otorgó testamento o no, y esos derechos podrán concretarse de algún modo en la vivienda que durante la vida del matrimonio fue la vivienda “familiar”.

Hay mecanismos civiles para permitir que el no propietario siga en el uso de la vivienda. En caso de haber otorgado testamento habrá que atenerse a lo establecido en él y respetar la herencia del cónyuge sobreviviente que allí se haga constar, que nunca puede ser inferior a la legítima.

¿Tiene algún derecho el cónyuge supérstite por el mero hecho de serlo? En nuestro derecho, sobre la vivienda familiar, no, ni derecho a la propiedad ni derecho de uso....¹⁶

Sin embargo, por el juego del derecho de sucesiones, el cónyuge sobreviviente podrá llegar a tener derecho de propiedad total o parcial sobre la vivienda familiar; así como en su caso el derecho a usarla, a través de distintas vías. Pueden

15 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “Parejas de hecho y Arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2023.

16 Existen otra serie de normas en el Código Civil español, “fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber”. Esta norma es independiente de que los cónyuges estén casados en gananciales, separación de bienes o conforme a cualquier otro régimen económico: al fallecer un esposo el viudo o viuda tiene derecho al ajuar doméstico, puesto que se supone que ha sido adquirido entre los dos.

establecerse posibles derechos hereditarios, tanto por ley como por voluntad del causante.

Derechos hereditarios legales. El principal derecho que le asiste es la legítima y el llamamiento de la sucesión intestada. Además cabe que, mediante la conmutación del usufructo pueda asignarse al viudo un derecho de propiedad o de uso de la vivienda habitual.

Derechos hereditarios voluntarios. Podemos a su vez clasificarlos en derechos de atribución del usufructo, y derechos de atribución de uso (en sentido amplio). Respecto de los primeros, destacamos la cautela Socini. Respecto de la atribución de uso (en sentido amplio), el legado de habitación.

En la concreción y en la partición hereditaria podrá llegar a la adjudicación al cónyuge sobreviviente de algún derecho sobre la vivienda. Mecanismos de transmisión de la propiedad de la vivienda respetando las legítimas: el legado de cosa especial (atribuyendo la propiedad o el derecho de uso) y partición hereditaria (ex art. 1056.I CC).

Veamos los distintos supuestos:

a) Legítima viudal y conmutación del usufructo.

Como es sabido, el Código civil define la legítima en el art. 806: "Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos".

La legítima es un valor patrimonial que el causante debe atribuir a unos destinatarios determinados, pudiendo cumplir ese deber "por cualquier título": instituirle heredero, nombrarlo legatario e incluso hacerle llegar ese valor inter vivos por vía de donación. El título de atribución (sea herencia o legado) lo que hace es determinar la responsabilidad del legitimario por las deudas de la herencia. Sin embargo al legitimario le van a afectar siempre las deudas de la herencia, porque la porción legitimaria se calcula sobre el valor de los bienes que queden después de deducir las deudas. Si el saldo es negativo, la legítima no existe.

En atención a la posición del viudo en la sucesión de su consorte, se pueden señalar las siguientes características:

1ª) El cónyuge viudo no colaciona. El art. 1035 CC impone la colación al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean a la sucesión. Dado que el supérstite no es heredero o sucesor universal, sino un legatario que podríamos llamar legal, no está obligado a colacionar. Incluso instituyéndolo

el causante como heredero, tampoco resultaría obligado, puesto que la colación opera entre legitimarios del mismo grupo y su cuota lo es en usufructo.

2ª) El cónyuge viudo no responde de las deudas de la herencia (art. 510 CC).

3ª) Está legitimado activamente para promover la partición de la herencia, debiendo participar en el pago de los gastos de la misma. Lo que se justifica por su interés en que le sean satisfechos sus derechos, independientemente de la calificación de su llamamiento y, en consecuencia debe contribuir proporcionalmente al pago de los gastos que origine la partición en beneficio de todos, incluido él mismo.

4ª) No puede ser contador partidor en la herencia del premuerto. Al ser un legitimario siempre estará llamado a la herencia del causante ya que tiene derecho al usufructo de una parte de la herencia, variable en función de los legitimarios con los que concurra. No obstante, al no tratarse de una cosa determinada y siendo necesario realizar una concreción de sus derechos en la herencia por medio de la partición es evidente que existe conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y el resto de los partícipes de la comunidad hereditaria.

5ª) Su legítima es variable y conmutable. Su cuantía depende de quienes sean los otros legitimarios con los que concurre a la herencia del premuerto.

El art. 834 CC dice: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Por su parte, concurriendo el supérstite con ascendientes del premuerto y no existiendo descendientes, el art 837 CC cuantifica la legítima en "el usufructo de la mitad de la herencia". Finalmente, no existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia (art. 838 CC)

La legítima del cónyuge viudo se concreta en el usufructo de una parte de la herencia de cuantía variable, dependiendo de con qué otros legitimarios concurra a la herencia. Además, dicha legítima es conmutable.

Como señala RIVAS MARTÍNEZ depende de la "cualidad hereditaria" de las personas con las que concurre el viudo en la sucesión. Explica VALLET que, al discutirse el Proyecto de 1851, la Comisión General había concedido legítima en general y dado el carácter de heredero forzoso al viudo o viuda, aun concurriendo con descendientes suyos o de otro matrimonio del cónyuge premuerto, pero sin fijar la cuota. Ante este hecho, GARCÍA GOYENA expresó las dificultades que se plantearían, por lo que la Sección se limitó a conceder al viudo o viuda la posibilidad de heredar por disposición del cónyuge premuerto no bínubo una

cuota en usufructo de la legítima de sus hijos y atribuirle una cuota ab intestato variable según concurriera con descendientes, ascendientes o colaterales.

Finalmente, la Base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888 se aprobó de la siguiente manera: “Se establecerá a favor del viudo o viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo”.

La cuantía de la legítima que corresponde al cónyuge viudo depende de los parientes del cónyuge premuerto con quienes concurra:

Concurriendo con hijos o descendientes, establece el art. 834 CC: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”¹⁷.

Y añade el art. 835 CC “Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el art. 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos”. Por su parte, si concurriera con ascendientes, sería de aplicación lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 837 CC: “No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia”¹⁸.

Por último, si concurre con otras personas, establece el art. 838 CC: “No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”.

En la sucesión intestada, el art. 913 CC señala que “a falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado”, precepto que se complementa con los arts. 943 y ss. El art. 944 CC establece la sucesión universal del cónyuge supérstite a falta de ascendientes y descendientes. En cualquier caso, siendo herederos intestados los descendientes o los ascendientes, los mismos concurren con la legítima del cónyuge sobreviviente.

Conmutación. Finalmente, en referencia a la posibilidad de conmutación del usufructo del cónyuge viudo, el art. 839 CC permite a los herederos satisfacer al

17 Este artículo fue modificado por la Disposición Final Primera, 69 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, Ley de la Jurisdicción Voluntaria, para sustituir “separado de este judicialmente” por “separado de este legalmente”.

18 La Ley 15/2005, de 8 de julio, suprimió el párrafo segundo del art. 837 CC que señalaba “Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición”

cónyuge su parte del usufructo bien asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Para evitar los inconvenientes de la desmembración del dominio los herederos afectados por el usufructo legal del cónyuge pueden, de común acuerdo, decidir esta transformación, sin que el viudo pueda oponerse.

Si la elección de la forma de sustitución del usufructo no es una de las señaladas en el art. 839 se requiere la conformidad del cónyuge.

Pero obsérvese la elección de formas que establecen los arts. 839 y 840. El primero se refiere a un capital en dinero o las rentas de determinados bienes, nada dice respecto de la titularidad de un bien específico ni tampoco respecto de un derecho real limitativo de la propiedad. Sin embargo el art. 840, sí que hace referencia a un lote de bienes hereditarios. ¿Cabría por tanto, sustituir el usufructo viudal por un derecho de usufructo o de habitación sobre la vivienda familiar; o incluso un derecho de propiedad sobre esta? Entiendo que nada impide que por acuerdo entre legitimarios y viudo pueda pactarse una entrega diferente a la que plantea el legislador; al menos cuando sean mayores de edad. En cualquier caso, ello dependerá del valor que tuviera el patrimonio hereditario y el que le correspondiera al viudo en la sucesión.

La conmutación puede también realizarse por decisión del cónyuge (art. 840 CC) cuando el cónyuge viudo concurra a la sucesión con hijos solo del causante. ¿Cabría la conmutación del usufructo prevista por el testador? A mi juicio sí. ¿Y cabría que el testador faculte al viudo a conmutar, no concurriendo los requisitos del art. 840 CC? Creo que también. La ley no se lo prohíbe, y si el testador puede encomendar al viudo la facultad de mejorar, no podrá encomendar la facultad de conmutar? Además, no parece que sea perjuicio para el legitimario mejorado, toda vez que, si el viudo no progenitor puede conmutar, no entiendo que sea más gravoso que lo haga el viudo cuando sí es su progenitor.

El usufructo viudal es siempre susceptible de ser convertido o conmutado por otras formas distintas de pago. El Código civil prevé la conmutación del mismo ya sea a instancia de los herederos, ya a instancia del cónyuge viudo, si bien para este último es necesario que concurran determinados requisitos.

A la conmutación a instancia de los herederos se refiere el art. 839 CC que dice: "Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, u un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”.

La facultad de elegir una de estas formas corresponde a los herederos sean voluntarios forzosos, testados o abintestato. Tratándose de varios herederos facultados, habrán de ponerse de acuerdo para adoptar la decisión de conmutar y la fórmula de pago. A falta de acuerdo entre ellos deberá decidir la autoridad judicial¹⁹.

Por su parte, la posibilidad de conmutación del usufructo viudal a instancia del causante viene recogida en el art. 840 CC: “Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.

Este artículo no tiene precedentes en nuestro Derecho. Es una novedad introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y su finalidad consiste en evitar unas relaciones, como las que implicaría el derecho de usufructo, entre personas que por las circunstancias concurrentes pueden estar enfrentadas.

¿Se pudiera entender entre las facultades del contador-partidor la de acordar la conmutación del usufructo? Y el testador ¿puede imponer la conmutación en testamento? El Tribunal Supremo niega al contador-partidor tal facultad. En cuanto a la facultad de conmutar por el propio testador, resulta discutible. Algunos autores han considerado que esta decisión está fuera del ámbito de la voluntad del testador; otros han considerado posible que el testador lo imponga al cónyuge viudo, pero no a los legitimarios cuando la cuota viudal recae sobre el tercio de mejora, por entender que privarles de su libre opción significa un gravamen sobre éste.

¿Está facultado el cónyuge viudo a oponerse judicialmente a la conmutación? A mi juicio el viudo no puede oponerse judicialmente a la conmutación acordada por los herederos. Sin embargo, respecto de la forma elegida, los herederos requieren

19 Recuerda el Tribunal que en Cataluña la legítima se configura como un derecho sucesorio de carácter personal (*pars valoris*) y necesario que causa una obligación en el causante de atribuirla a determinadas personas en su sucesión.

Por eso el legislador ha optado por una garantía mínima de la legítima únicamente en términos de “valor” de modo que, aun sin previsión expresa del testador, se establece tácitamente la cautela compensatoria que permite al legitimario comprobar y decidir si le compensa aceptar las atribuciones que le ha realizado el causante a título de herencia o de legado con las limitaciones impuestas en el testamento (porque estime que estas superan el valor de la legítima en sentido estricto), o bien renunciar a ellas para obtener únicamente la legítima, en forma cuantitativa y cualitativamente preservada.

La opción supone pues escoger entre un quantum que exceda del valor de la cuarta parte de la herencia sufriendo una merma en la cualidad de lo recibido por hallarse sometido a alguna limitación, o la legítima estricta, libre de todo gravamen.

el consentimiento de este para determinar la forma subsidiaria de pago a aplicar y, en su defecto, será necesario autorización judicial.

En relación con el momento en que ha de ejercitarse la facultad de conmutar, parece que la conmutación ha de realizarse antes de quedar formalizada la partición, y ello por un doble fundamento, de un lado, para favorecer la estabilidad de la situación del viudo y de otro, porque así lo presupone el art. 839.2 CC, al decir: "Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge"²⁰.

b) *La Cautela Socini*.

Considero que debe también mencionarse el importante reconocimiento jurisprudencial que está teniendo una práctica que, si bien frecuentísima, no está dotada de específica regulación legal y que, en definitiva, sirve para morigerar los rigurosos moldes de la legítima, por lo que respecta a su intangibilidad cualitativa. Me refiero a la cautela compensatoria de legítima conocida como Cautela Socini, mediante la cual se concede al cónyuge viudo el usufructo universal sobre toda la herencia, mediante cláusulas testamentarias en las que se precisa que, si cualquiera de los hijos o descendientes impugnan tal institución, recibirán únicamente la parte que por legítima estricta les corresponde. Pese a las distintas opiniones doctrinales²¹, la jurisprudencia la ha admitido desde mediados del siglo pasado²². Más recientemente, tanto el Tribunal Supremo²³ como la Dirección General de los Registros y Notariado²⁴ habían admitido esta figura, pero las Sentencias de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014 suponen su respaldo definitivo. Este pronunciamiento expreso, otorga seguridad jurídica al usufructo universal a favor del cónyuge viudo y a otras formulaciones que sortean el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima del art. 813 CC, que prohíbe al testador imponer sobre ella gravamen, condición, o sustitución de ninguna especie. La novedad principal de las sentencias de 2014 es afirmar que la Cautela Socini no impone a los herederos o legatarios una renuncia ilegítima al derecho del art. 24.1 de la Constitución (que consagra la tutela judicial efectiva), ni tampoco la privación de la herencia o del legado en su totalidad o en lo que exceda de la legítima estricta puede

20 Mientras no se concrete o conmute la legítima viudal, todos los bienes de la herencia estarán afectos al pago de la misma (ex párrafo 2º del art. 839). Con relación a este precepto, la doctrina ha señalado que no hace falta acudir a una hipoteca legal tácita, ni a una anotación preventiva en garantía de la legítima viudal (la reforma hipotecaria de 1944-46 suprimió la anotación preventiva en garantía de la legítima viudal). Una vez realizada la concreción del usufructo, este mismo derecho, como derecho real, lleva consigo la garantía.

21 La doctrina mayoritaria española la acepta, apelando al art. 813 en relación con el 816 y 820.3 CC (así, Roca SASTRE, PUIG BRUTAU, VALLET, LACRUZ).

22 SSTS 12 de diciembre de 1958, 6 mayo 1953 y 20 septiembre 1994.

23 Cfr. SSTS 3 diciembre 2001, 10 julio 2003, 15 junio 2007, 27 mayo 2010, 21 noviembre 2011.

24 Resoluciones de 15 mayo 2002, 14 diciembre 2006 y 18 junio 2013.

considerarse una sanción impuesta por el testador por el ejercicio de ese derecho fundamental²⁵.

El Código Civil de Cataluña la regula expresamente en el art. 451-9:

Intangibilidad de la legítima

“1. El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas.

2. Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda.

3. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2”²⁶.

La denominación hace referencia al jurista italiano del siglo XVI MARIO SOCINO que emitió un dictamen favorable a su validez.

En la práctica, es frecuente la atribución al cónyuge viudo del derecho a usar y disfrutar todos los bienes de la herencia del causante mediante el llamado usufructo universal vitalicio.

Cuando en el testamento se establece el usufructo universal a favor del cónyuge superviviente se añade en la práctica totalidad de los supuestos la denominada cláusula de opción compensatoria de la legítima o cautela Socini, de manera que dejando al viudo el usufructo universal de la herencia e instituyendo a los hijos por partes iguales, se ofrece a los mismos una opción: la de admitir el usufructo universal del cónyuge sobreviviente (y por tanto recibir la legítima gravada en contra del art. 813.2 CC), o bien recibir su legítima estricta libre, no gravada con el usufructo:

25 Distingue dos planos o funciones de la legítima de los herederos forzosos: es un límite a la libertad del testador, y también un derecho subjetivo del legitimario, y concluye declarando la constitucionalidad de esta figura porque considera que no impone un obstáculo ilegítimo al acceso a los tribunales de justicia.

26 La STSJ Cataluña 12012/2014 15 diciembre 2014 resuelve la interpretación que debe darse al art. 451-9 párrafos 2 y 3 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a la conocida cláusula Socini. Dicho artículo, tras fijar la intangibilidad de la legítima en su párrafo 1, establece como excepción en el párrafo 2 que si la disposición sometida a alguna de las limitaciones tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda. Finaliza el párrafo 3 diciendo que, si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción.

se establece que si alguno de ellos mostrase su desacuerdo a esta disposición, exigiendo adjudicaciones en pleno dominio quedará entonces reducida su parte a la que por legítima estricta le corresponda, acreciendo en este caso lo que por ello dejara de percibir a los demás legitimarios que respetaran esta voluntad. Y si son todos los legitimarios los que rechazasen este usufructo universal, se prevé el legado al consorte en pleno dominio del tercio de libre disposición, sin perjuicio de reconocerle además la cuota viudal legitimaria. En este último caso, si bien es cierto que recibirían más de lo que por legítima estricta les correspondería, al ser beneficiarios del tercio de mejora, también lo es que dejan de recibir la cuota correspondiente en el tercio libre. No se trata de una imposición al legitimario, sino de una opción.

Salvando la legítima estricta de los descendientes el cónyuge viudo puede designarse beneficiario del tercio libre y del usufructo del tercio de mejora, teniendo cabida todo tipo de disposiciones. Se puede instituir heredero al cónyuge en el tercio libre o atribuirle uno o varios legados con cargo a este tercio.

Sin duda, la Cautela Socini constituye el gran mecanismo de protección del cónyuge sobreviviente que le permite mantenerlo en la vivienda familiar

c) Legado de habitación.

Dada la actual esperanza de vida, resulta muy posible que al morir el causante, el cónyuge superviviente se encuentre en situación de discapacidad.

El nuevo contenido del art. 822 viene referido a las consecuencias en el ámbito sucesorio de la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario con discapacidad, así como la creación de nuevo derecho legal de habitación que la ley atribuye al legitimario discapacitado que lo necesite y que hubiere estado conviviendo con el causante sobre la vivienda habitual de éste: (reformado levemente por ley 8/2021)

“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario que se encuentre en la situación de discapacidad que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

Este precepto otorga una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, sin computárselo en su haber, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

La reforma de la Ley 41/2003 ha venido con este artículo a ofrecer una solución a la preocupación de los padres de dar un techo a los hijos discapacitados para cuando ellos falten, máxime si se estima la situación de muchas familias que tienen una sola vivienda y varios herederos forzosos. Pero también por qué no, a los matrimonios mayores, que al fallecer uno de ellos deje al otro en situación de discapacidad. No olvidemos por otra parte que esta solución no es más que la aplicación de un mandato constitucional, en cuanto el art. 47 de la Constitución española establece que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, y dentro de los españoles existe un colectivo, los discapacitados, que por estar en una situación especial de indefensión debe estar protegido particularmente por los poderes públicos²⁷.

a) En primer lugar el art. 822 se refiere a la donación o legado de un derecho de habitación que su titular haya hecho de su vivienda habitual a favor de un legitimario discapacitado.

Esta posibilidad, como es obvio, cabía con anterioridad a la Ley 41/2003, si bien, podía plantear el problema de una posible ineficacia del mismo, en su caso. Para evitar el mismo y beneficiar al legitimario discapacitado el nuevo art. 822.1 señala que este derecho no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento constituyente y beneficiario estuvieren conviviendo en dicha vivienda.

27 La Constitución española garantiza la protección de la discapacidad en el art. 49, dentro de los Derechos y libertades fundamentales.

Del contenido de este artículo, o mejor, de la facultad que este art. 822 otorga, podríamos extraer una serie de interrogantes ¿Favorece este derecho a todos los legitimarios del art. 807 que sean personas con discapacidad? ¿Se refiere únicamente al derecho de habitación o podría incluirse también el derecho de uso? ¿Se deberá guardar el orden de prelación del citado art. 807 CC? Y si es así, ¿se entienden preteridos los padres ancianos por una ley que parece que desea otra cosa? Además, el que quepa su constitución por vía de legado o de donación, dos cauces diferentes con puntos comunes, también plantea diversas cuestiones.

b) En segundo lugar, el legislador de 2003 crea un nuevo derecho, un derecho de habitación legal, a favor de los legitimarios discapacitados que conviviendo con el causante, con relación a la vivienda habitual, derecho que igualmente no se computará para el cálculo de las legítimas.

B) Vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges.

Si los esposos estaban casados bajo el régimen de gananciales (que es el habitual en el ámbito del derecho civil común), al fallecer un esposo se producen, en realidad, dos liquidaciones distintas: en primer lugar, se disuelve la sociedad de gananciales, procediendo la liquidación de la misma, adjudicando una mitad al viudo y la otra mitad correspondiendo a la herencia del premuerto; y posteriormente, se produce la liquidación y partición de la herencia que estará compuesta de la mitad de los bienes gananciales que correspondían al fallecido y por la totalidad de los bienes propios o privativos del fallecido²⁸.

Pues bien, a la hora de liquidar el régimen de gananciales, encontramos en caso de extinción por fallecimiento de uno de los cónyuges, un importante derecho de preferente adjudicación a favor del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar en los arts. 1406 y 1407 del Código civil.

Art. 1406: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: ... 4º. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual."

Art. 1407: "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero".

²⁸ En este supuesto, la mitad del cónyuge sobreviviente continuaría siendo de su propiedad y la mitad del difunto se sometería a las reglas mencionadas en el apartado anterior.

El sobreviviente podrá pedir, a su elección si prefiere que se le atribuya la propiedad de toda la vivienda familiar o bien, que se constituya sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al que le correspondería en la herencia, deberá abonar la diferencia en dinero a los herederos²⁹.

Con esto se evita que los hijos puedan privar al cónyuge casado en gananciales del uso de la vivienda: podrán adjudicarse la propiedad de esta, pero nunca podrán dejar al sobreviviente sin el uso de la misma.

Una vez liquidado el régimen, si la vivienda se asignara al cónyuge fallecido, deberíamos acudir a lo establecido más arriba respecto de la vivienda propiedad del causante.

2. La sucesión de la vivienda arrendada por el cónyuge fallecido.

Cuando la vivienda habitual se encuentra arrendada por el cónyuge fallecido, nos encontramos con el derecho que la Ley le otorga al cónyuge supérstite para subrogarse en el contrato

A) Derecho a la subrogación del contrato de arrendamiento.

En primer lugar, respecto a la subrogación en el contrato de arrendamiento, tenemos que diferenciar dos grupos: el derecho de subrogación que se produce ante la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, al que le es de aplicación el art. 15 de la LAU, y el que se da en caso de fallecimiento del cónyuge arrendatario, al que le es aplicable el art. 16 de la LAU.

En los supuestos de nulidad, separación y divorcio del arrendatario, el cónyuge, o por analogía, la pareja no arrendataria, podrá continuar en el uso de la vivienda familiar arrendada que le haya sido atribuida en sentencia judicial. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente.

Ahora bien, ante la subrogación en el contrato de arrendamiento tras el fallecimiento del inquilino firmante del contrato, el art. 16 LAU contempla los supuestos de subrogación que pueden darse en el arrendamiento cuando fallece el arrendatario antes de la finalización del plazo de duración del contrato. Así, establece que, en caso de que no se subrogue ninguno de los sujetos a quien

²⁹ Si bien el art. 1407 CC habla de opción del derecho de uso y habitación, parece que la opción del derecho de uso casa más con art. 1406.3° CC y el derecho de habitación con el art. 1406.4° CC.

la LAU da esta facultad, o no exista ninguna de estas personas, el contrato se extinguirá³⁰.

Puede pactarse que no haya subrogación por fallecimiento del arrendatario en los arrendamientos de duración inicial superior a cinco años o siete (arrendador persona jurídica), siempre que la muerte tenga lugar transcurridos los cinco o siete primeros años del contrato. También puede acordarse que el arrendamiento se extinga a los cinco o siete años (arrendador persona jurídica) cuando el fallecimiento se hubiese producido con anterioridad. Una novedad del Real Decreto Ley 7/2019 es que no permite la renuncia por pacto al derecho de subrogación por fallecimiento del titular cuando las personas que puedan ejercitar este derecho se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y afecte a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años (art. 16.4 LAU)

30 Señala el art. 16 LAU:

“1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:

a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.

b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.

d) Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento.

e) Los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior.

f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido.

2. Si existiesen varias de las personas mencionadas, a falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, regirá el orden de prelación establecido en el apartado anterior, salvo en que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. Entre los descendientes y entre los ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado, y entre los hermanos, el de doble vínculo sobre el medio hermano.

Los casos de igualdad se resolverán en favor de quien tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100; en defecto de esta situación, de quien tuviera mayores cargas familiares y, en última instancia, en favor del descendiente de menor edad, el ascendiente de mayor edad o el hermano más joven.

3. El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación 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. Si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses.

Si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse.

4. En arrendamientos cuya duración inicial sea superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando este tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o los siete primeros años si el arrendador fuese persona jurídica, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad, o a los siete años si el arrendador fuese persona jurídica. En todo caso, no podrá pactarse esta renuncia al derecho de subrogación en caso de que las personas que puedan ejercitar tal derecho en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y afecte a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años”.

Las personas que pueden subrogarse en el arrendamiento son las que enumera el apartado 1 del art. 16 LAU. La enumeración es prelativa, de manera que habrá de seguirse el orden establecido en el precepto cuando sean varios los que deseen subrogarse en el contrato y no lleguen a un acuerdo entre ellos sobre quién será el beneficiario.

Prevé también la norma un criterio para resolver los posibles casos de concurrencia de varios parientes en igualdad de condiciones, dando preferencia a aquel que tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100 y, en defecto de esta circunstancia, a quien tuviera mayores cargas familiares, sea descendiente de menor edad, ascendiente de mayor edad o hermano más joven.

La subrogación debe notificarse por escrito al arrendador en el plazo de tres meses desde el fallecimiento del arrendatario, adjuntando certificación de defunción del Registro Civil, indicando la identidad del subrogado y un principio de prueba del cumplimiento de los requisitos que le permitan subrogarse. Cumplido el plazo de tres meses sin producirse esta notificación, el arrendamiento se extingue. Puesto que el arrendador ha debido esperar tres meses antes de poder disponer de la vivienda, por si alguno de los posibles beneficiarios hace uso de su opción, la LAU prevé que todos aquellos que hubieran podido suceder al arrendatario -salvo los que en el mes siguiente al fallecimiento notifiquen su renuncia al arrendador- quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de esos tres meses.

Si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones de posibles beneficiarios de la subrogación, podrá aquel considerarlos deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse.

B) Conocimiento y oposición del arrendador.

La Sentencia 20 de Julio de 2018 de la Sala Civil del Tribunal Supremo³¹ afecta a los asuntos relativos a extinción de contratos de arrendamiento de vivienda anteriores al 9 de mayo de 1985, y es que en ella el Tribunal Supremo ha virado el rumbo que había asentado en anteriores pronunciamientos y, en particular, en la Sentencia de 30 de mayo de 2012. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, regulaba en el art. 58 el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento de cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, al fallecimiento del arrendatario.

Por su parte, la Ley Arrendamientos Urbanos de 1994 en su Disposición Transitoria Segunda, después de señalar que "Los contratos de arrendamiento

31 RAJ 475, 2018.

de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (...)", establece el régimen jurídico para las subrogaciones al señalar que "Serán de aplicación a la subrogación por causa de muerte regulada en los apartados 4 a 7 anteriores, las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la presente ley", esto es, en la LAU actual³².

Pues bien, el procedimiento regulado en el art. 16 LAU, es precisamente el que encuentra un cambio interpretativo del Alto Tribunal en lo referido a la notificación por escrito en un plazo de 3 meses.

El Tribunal Supremo en la conocida STS de 30 de mayo de 2012, señalaba que "en los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación es imprescindible que se cumplan los requisitos formales exigidos en el art. 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT2ª LAU 1994, a saber, la comunicación por escrito, dentro del plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario del fallecimiento y de la identidad de la persona que, estando facultada para ello, tiene la voluntad de subrogarse", lo que se reiteró en la STS de 22 de abril de 2013.

Sin embargo, esta interpretación formalista es la que ha sido matizada en la reciente Sentencia 475/2018, de 20 de julio de 2018, al analizar la posibilidad que tiene el arrendador de una vivienda de oponerse a la subrogación en el contrato de alquiler cuando, pese a que no se le ha notificado por escrito, tiene conocimiento del fallecimiento del arrendatario y de la voluntad del cónyuge viudo de subrogarse. Se trata del supuesto en que, conociendo de la intención del viudo de usar el derecho a subrogarse en el contrato, no lo ha notificado convenientemente³³.

En este sentido, la referida sentencia del Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina respecto a la cuestión planteada:

32 La entrada en vigor de la LAU de 1994 provoca la posible existencia de tres regímenes distintos de arrendamientos de vivienda, por lo que, para regular y ordenar el cambio de normativa recoge unas complejas normas transitorias aplicables a las relaciones arrendaticias surgidas bajo el imperio de normas anteriores a la entrada en vigor de la LAU de 1994 en el tiempo, que aún siguen teniendo algún interés práctico, por subsistir aún arrendamientos concertados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Así, distinguía entre los contratos de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y los celebrados a partir del 9 de mayo de 1985. Con la intención de la LAU 1994 de limitar la duración de los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, suprimió la subrogación "inter vivos" a favor de ciertos familiares sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador y optó igualmente por una supresión gradual de los derechos de subrogación "mortis causa" que el TRLAU 1964 reconocía en su art. 58.

33 Supuesto en que se pretendía la extinción por falta de requisitos formales cuando previamente las partes habían mantenido contactos y negociaciones frustradas sobre la duración del contrato y las condiciones de subrogación, contrariando así la exigencia de la buena fe.

“2.- Esta sala ha venido entendiendo que, para que tenga lugar la subrogación, es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse. Así se afirmó en la sentencia 343/2012, de 30 de mayo, se ratificó en la sentencia de pleno 247/2013, de 22 de abril, y se confirmó en la sentencia 664/2013, de 23 de octubre.

3.- Ahora, reunida nuevamente en pleno, la sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC).

Por razón de buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello.

No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe”.

A nuestro juicio, esta sentencia permite una flexibilización de los requisitos formales que permita atender al caso concreto y verificar en cada situación particular si el arrendador conocía o no el hecho de la defunción y, ante todo, la voluntad de subrogación en el sujeto. Y en ambos casos, bajo el principio general de la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico.

IV. LA SUCESIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA PAREJA DE HECHO.

En el caso en que nos encontremos ante una pareja de hecho, la transmisión de la vivienda habitual difiere muy poco de lo que hemos analizado para el matrimonio. Debemos igualmente distinguir según se trate de una vivienda titularidad de uno o ambos convivientes o bien propiedad de un tercero y arrendada a estos.

I. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.

A) Titularidad común de la pareja de hecho.

Cuando la vivienda es de titularidad común (en las parejas de hecho no cabe el régimen de gananciales, por lo que estaremos ante una comunidad de bienes romana), a la muerte del conviviente la parte de este pasará a sus legítimos herederos o a quien designare en testamento.

Nuestro Código civil no reconoce derechos sucesorios legales a la pareja de hecho, ya que no son esposos. Únicamente cabe que los convivientes realicen atribuciones de carácter voluntario. En caso de que el causante fallezca sin testamento, la pareja no aparece contemplada en el sistema de sucesión intestada, por lo que nada recibiría. Por el contrario, para el caso de que el fallecido haya otorgado testamento, el testador podrá nombrar a la pareja heredero o legatario, pero debemos estar a los legitimarios existentes para calcular la parte de libre disposición por el testador³⁴.

B) Titularidad privativa del premuerto.

Cuestión distinta, se plantea cuando la vivienda habitual donde convive la pareja de hecho es titularidad privativa del premuerto. En este caso tampoco existen derechos sucesorios en el Código civil a favor del conviviente sobreviviente, sin embargo, sí se ocupan de ello alguna Ley autonómica, como lo hace la ley andaluza.

El art. 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de la Comunidad andaluza, extralimitándose en el orden de competencias en materia jurídico civil en la C.A. andaluza, señala lo siguiente: Art. 13: "Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.

En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año".

Como ya señaló GALLEGU DOMÍNGUEZ, estamos ante una cuestión de respeto de un reparto competencial de materias y de invasión de competencias estatales³⁵.

34 Sin embargo son diversas las CC.AA. que teniendo competencia en materia civil han dictado leyes o normas propias de parejas de hecho en las que atribuyen derechos sucesorios a los unidos de hecho.

35 GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 6 de diciembre, de Parejas de Hecho", en AA.VV.: *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba* (coord. por R. CASADO RAIGÓN e I. GALLEGU DOMÍNGUEZ), Tomo I, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 547 - 557.

El precepto está pensando en un derecho que surge a favor del sobreviviente sobre el patrimonio del fallecido, teniendo en mente que la vivienda sea propia del que premuere, o que éste tenga sobre ella un derecho transmisible.

Entrando en el contenido del precepto, lo primero que nos llama la atención es que hace de mejor condición a los supérstites de parejas de hecho que a los viudos o viudas: Cuando un sujeto en estado de casado fallece, el cónyuge sobreviviente no tiene derecho, en el Derecho común, por este único título, a ocupar la vivienda familiar, ni siquiera temporalmente; otra cosa es que la vivienda sea común o que sobre ella se concreten sus derechos legitimarios. De este modo en la C.A. andaluza los cónyuges resultan discriminados por haber accedido al matrimonio y haber querido formalizar de este modo su convivencia frente a los que han optado por unir su vida al margen del matrimonio. Sin embargo, el precepto transcrito, reconoce a favor del conviviente un derecho sobre el patrimonio del fallecido, sobre su herencia, y ello sitúa la figura en el Derecho sucesorio, aun cuando se trate de una sucesión especial o excepcional³⁶.

En cualquier caso, debemos precisar no se trata de un precepto de carácter imperativo, sino que es puramente dispositivo, a falta de pacto que regule la situación de otro modo, ya sea modulando el contenido o directamente suprimiéndolo.

2. La sucesión de la vivienda familiar en arrendamiento.

Por último, puede ocurrir que la vivienda habitual fuera arrendada, bien por uno o por ambos convivientes, en cuyo caso habremos de aplicarle las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No obstante, hemos de hacer aquí referencia a la LAU vigente así como a la legislación derogada, pues aunque esta no regulaba la posible subrogación de las parejas de hecho, sí que lo hizo en una interpretación laxa el Tribunal Constitucional.

A) *La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.*

Durante la vigencia de la derogada LAU de 1964, el Tribunal Constitucional al resolver sobre una cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 58 TRLAU 1964 dictó Sentencia 222/1992³⁷ en relación con el tratamiento jurídico de las uniones more uxorio, realizando un cambio de tendencia respecto a la doctrina sentada con anterioridad. Lo que hizo esta STC fue declarar inconstitucional ese precepto “en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis

36 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La inconstitucionalidad”, cit., p. 553.

37 STC 222/1992, 11 diciembre 1992 (RTC 1992/222).

causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”.

El fundamento de la STC 222/1992, 11 diciembre, se encuentra en la protección de la familia ex art. 39.1 CE en relación con el art. 14 de la CE. Cita igualmente el art. 47 CE³⁸.

Las razones que se aducen para justificar el cambio de consideración de las uniones no matrimoniales son poco convincentes.

El debate se suscita en torno a la constitucionalidad del art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (hoy derogado), considerado contrario al principio de igualdad (art. 14 CE.) y al principio de protección a la familia (art. 39 CE), al establecer la subrogación arrendaticia mortis causa a favor del cónyuge, y dejar fuera, por tanto, al conviviente de hecho. La citada sentencia declara que “el artículo 58.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (...) es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”. Ello, con base en los siguientes argumentos:

i) La regla del arto 58.1 LAU ha de ser interpretada como introductora de un beneficio legal que halla su fundamento en el arto 39 CE, según el cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Ahora bien, configurado por la ley un determinado mecanismo o expediente para la protección familiar, su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la CE y, muy específicamente, a lo que impone el principio de igualdad.

Dice así: “La norma excluyente cuya constitucionalidad está aquí en cuestión muestra (...) una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce entre el miembro superviviente de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no sólo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción además con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental”.

38 Este criterio del TC fue aplicado en inmediatas sentencias resolviendo recursos de amparo ante negativas de sentencias reconociendo tal derecho, así la STC 6/1993, 18 enero (RTC 1993/6) y la STC 47/1993, 8 febrero (RTC 1993/47).

Aplica el mismo criterio la STC 155/1998, 13 julio (RTC 1998/155) en un caso en el que tras abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario, la AP había estimado la petición del actor recurrente de resolución del contrato sobre las bases de las causas 2ª y 5ª del art. 114 del TRLAU 1964, ya se tratase de una cesión o subarriendo no consentido a favor de la ex conviviente, quien recurre en amparo ante el TC viendo estimada su pretensión.

B) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Respecto de la posibilidad de subrogarse la pareja de hecho en el contrato de arrendamiento según la LAU actual, nos remitimos a lo referido en sede del matrimonio, pues el art. 16 LAU no distingue entre cónyuge o pareja de hecho, con la salvedad del requisito de convivencia de dos años que se exige para las parejas de hecho. Señala así el apartado b) del 16 LAU: “La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1991.

ESPEJO RUIZ, M.: *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Dykinson, Madrid, 2013.

GALLEGRO DOMÍNGUEZ, I.: "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de hecho", en AA.VV.: *Personalidad y Capacidad jurídica* (coord. por R. CASADO RAIGÓN e I. GALLEGRO DOMÍNGUEZ), Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 547-559.

GONZÁLEZ COLOMA, G.: *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2019.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.M.: *Incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión del ex cónyuge*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.M.: "Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)", *RCDI*, 2019, núm. 95, n 774, pp. 1779-1806.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., "Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge. (Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, 2023, núm. 796 pp. 921 - 949.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Sevilla, 2004.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T.: "¿Por qué el cónyuge viudo no colaciona?", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, enero-julio 2016, núm. 8, pp. 82-100.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones, común y foral*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 1989, pp. 320-321.

SÁNCHEZ SOCÍAS, L.: "La constitucionalidad de la Cautela Socini y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima", *Revista El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2015, núm. 59.