

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SUBROGACIÓN DEL
ARRENDATARIO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN LA LEY
DE ARRENDAMIENTOS URBANOS**

ÍNDICE

- 1.- Introducción.
- 2.- Fallecimiento del arrendatario.
- 3.- Personas que tienen derecho a subrogarse.
 - a) Planteamiento introductorio.
 - b) La subrogación del cónyuge viudo.
 - c) La subrogación del conviviente de hecho.
 - d) La subrogación de los descendientes.
 - e) La subrogación de los ascendientes.
 - f) La subrogación de los hermanos.
 - g) La subrogación de los parientes hasta el tercer grado en línea colateral que sufran minusvalía.
- 4.- Existencia de varias personas con derecho a subrogarse.
- 5.- La notificación de la subrogación.
- 6.- La exigencia de un principio de prueba.
- 7.- Pago de las rentas por extinción del contrato.
- 8.- Recepción por el arrendador de varias notificaciones de subrogación.
- 9.- Acuerdo de no subrogación en el contrato.
- 10.- El artículo 15 de la LAU. La no subrogación en el contrato.

1.- Introducción.

En principio el arrendamiento, por generar un derecho de índole personal, debería quedar extinguido con la muerte del arrendatario. Sin embargo, de forma excepcional se permite que el contrato continúe a favor de determinadas personas que tienen algún vínculo con el arrendatario. De esta manera, cuando éste fallece, otra persona se coloca en su lugar y se convierte en arrendatario subrogado, adquiriendo todos los derechos y obligaciones que vinculaban al arrendatario fallecido con el arrendador. Por tanto, con la subrogación se produce un cambio en la persona del arrendatario. De la subrogación en el contrato de arrendamiento cuando se produce la muerte del arrendatario se ocupa el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante LAU).

El precepto establece el orden prelativo de subrogación en caso de muerte del inquilino. En defecto de tales personas, el arrendamiento se extingue, pero si existen varias de la misma clase, descendientes, ascendientes, hermanos o parientes minusválidos en grado

más lejano, determina unas reglas para señalar la preferencia. En todo caso, es necesaria una notificación al arrendador en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario.

La subrogación *mortis causa* solo podrá tener lugar durante el período contractual restante, a diferencia de lo que sucedía en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante LAU de 1964).

A pesar de que se trata de una subrogación *mortis causa*, algún autor ha considerado que no es un supuesto de subrogación, sino una sucesión arrendaticia¹. Incluso se ha señalado que se trata de una sucesión *mortis causa* de carácter excepcional, establecida por la ley, nunca por testamento, pues el causante no puede disponer del derecho de arrendamiento². Para GONZÁLEZ PORRAS estamos ante un beneficio legal establecido para asegurar la estabilidad en la vivienda del arrendatario fallecido, que se logra mediante una sucesión legal a título particular en el contrato, diferente de la sucesión por causa de muerte. Los que se subrogan en la posición del arrendatario lo hacen no en virtud de un derecho sucesorio, sino *iure* propio fundado en la LAU³. Según otros autores, en la subrogación legal del artículo 16 de la LAU el causante no tiene capacidad para designar a la persona que deba subrogarse, pues este derecho no se encuentra dentro de los derechos del arrendatario, por lo que no se halla en su patrimonio en el momento de su fallecimiento⁴.

La LAU de 1994 tan solo contempla la posibilidad de que se produzca la subrogación *mortis causa*, no pudiendo tener lugar *inter vivos*. Si quiere cederse el contrato o si se quiere subarrendar, es preciso el consentimiento por escrito del arrendador, de acuerdo con las reglas generales del derecho de contratos, tal y como ha señalado LASARTE⁵.

La subrogación no implica la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento de vivienda entre el subrogante y el arrendador, sino que la persona que se subroga asume la posición que antes le correspondía al arrendatario, continuando la relación arrendaticia en los mismos términos que hasta entonces. Tan solo se produce una novación subjetiva de la persona del arrendatario. Ello no es óbice para que el arrendador y el nuevo arrendatario formalicen la nueva situación documentalmente, pero no será un nuevo arrendamiento, sino un documento en el que conste claramente la continuación del anterior contrato en virtud de la subrogación producida.

A pesar de que posteriormente se analizará con mayor detalle, no está de más apuntar ya en este lugar los requisitos que la ley exige para que se produzca la subrogación en la

¹ Vid. al respecto MARTÍN CONTRERAS, L.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Ley de arrendamientos urbanos. Con las reformas de la Ley 22/2003, 23/2003 y de la LO 19/2003*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 178 y 179.

² Cfr. HIDALGO GARCÍA, S.: “Comentario del artículo 16 de la LAU”, en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV. AA., dirigidos por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 220.

³ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: “Comentario del artículo 16 de la LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, VV. AA., coordinados por LASARTE ÁLVAREZ, C., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 457.

⁴ Vid. en este sentido PRATS ALBENTOSA, L.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV. AA., coordinados por VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 150 y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Arrendamientos urbanos, Vol I, Estudio teórico práctico*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 185.

⁵ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, Tomo III, Contratos*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 8ª ed., 2004, pág. 319.

posición del arrendatario. En primer lugar, debe tratarse de un contrato de arrendamiento vigente. En segundo lugar, debe producirse la muerte del arrendatario. En tercer lugar, tienen que existir, al tiempo del fallecimiento, alguna de las personas que contempla la ley con la facultad de subrogarse. En cuarto lugar, que esas personas convivan al tiempo del fallecimiento con el arrendatario. En quinto lugar, que la persona que pretende subrogarse lo notifique al arrendador. Además, en determinados casos se exigirá una convivencia mínima a los familiares que pretenden subrogarse en el contrato.

Conviene también tener presente que lo preceptuado en el artículo 16 de la LAU solo se aplicará a los contratos de arrendamiento que se hayan celebrado a partir del 1 de enero de 1995. Se trata de un artículo imperativo para los arrendamientos de viviendas ordinarias, mientras que en las viviendas suntuarias es de carácter supletorio solo para el caso de que los contratantes no hayan dispuesto otra cosa. También es posible que si lo quieren las partes lo apliquen a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

Asimismo, es posible que a pesar de que el contrato de arrendamiento se encuentre en suspenso (artículo 26 de la LAU⁶) se produzca la subrogación prevista en el artículo 16 de la LAU.

2.- Fallecimiento del arrendatario.

Es requisito imprescindible que para que se produzca la subrogación fallezca el arrendatario. Por ello, surgen dudas sobre si es posible la aplicación de lo previsto en el artículo 16 de la LAU al supuesto de que se haya realizado la declaración de fallecimiento del arrendatario. Es decir, si puede equipararse, a los efectos de producirse la subrogación en el contrato, la muerte con la declaración de fallecimiento. La doctrina no es unánime al respecto. A mi modo de ver, la subrogación se produce tanto con la muerte del arrendatario como con la declaración de fallecimiento, pues ésta produce los mismos efectos que la muerte natural. Sin embargo, esta postura no es unánime en la doctrina, pues GONZÁLEZ PORRAS considera al respecto que si expresamente el legislador no incluyó en el tenor literal del precepto la declaración de fallecimiento, es porque tan sólo se producirá la subrogación con la muerte natural, cierta y comprobada, y nunca con la declaración de fallecimiento⁷.

Pero no solo es preciso para que se produzca la subrogación, que acontezca la muerte o la declaración de fallecimiento del causante, pues debe existir además en ese momento

⁶ Este precepto establece lo siguiente: “*Habitabilidad de la vivienda*. –Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario opción de suspender el contrato o de desistir del mismo sin indemnización alguna”.

⁷ Vid. más ampliamente GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: “Observaciones acerca de la subrogación en el arrendamiento de vivienda en el caso de declaración de fallecimiento del arrendatario”, *Revista Jurídica Sepin*, nº 153, noviembre 1995, pág. 12 y en GONZÁLEZ PORRAS: “Comentario...”, cit., págs. 49 y ss. Sin embargo, considera que se aplica el artículo 16 de la LAU cuando se produce la declaración de fallecimiento del arrendatario SERRANO ALONSO, E.: “Comentario del artículo 16 de la LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, VV. AA., dirigidos por O’CALLAGHAN, X., EDERSA, Madrid, 1995, pág. 168 y DÍAZ VALES, F.: *La subrogación legal en la ley de arrendamientos urbanos*, Montecorvo, Madrid, 2001, págs. 111 y ss., aunque este autor entiende que habrá supuestos en los que no podrá producirse la subrogación en la posición del arrendatario que ha sido declarado fallecido en aquellos casos en los que se exija la convivencia con el arrendatario en los dos últimos años, pues evidentemente, esta circunstancia no se cumple.

alguna de las personas que el artículo 16 de la LAU contempla en los apartados a) a f), pues si a la muerte o declaración del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el contrato de arrendamiento quedaría extinguido.

3.- Personas que tienen derecho a subrogarse.

a) Planteamiento introductorio.

El artículo 16 de la LAU protege a la familia no en sentido nuclear, sino amplio, pues no sólo concede el derecho a subrogarse a padres e hijos. Las personas que aparecen enumeradas en este artículo tienen el carácter de *numerus clausus*, es decir, no se puede subrogar ninguna persona que no esté contemplada en esa enumeración, por lo que en ese caso se extinguiría sin más el contrato. Hasta tal punto es así, que tampoco podrán subrogarse los herederos del arrendatario.

CARRASCO ha entendido que las partes del contrato no pueden predeterminar en el mismo un orden diverso de subrogaciones, pues el derecho de subrogación no se adquiere por vía hereditaria, sino que se trata de un derecho potestativo de adquisición, intransferible a terceras personas que no sean aquellas a las que beneficia el artículo 16 de la LAU. Es un derecho indisponible, que nace con la muerte del arrendatario y del que no pueden disponer si quiera los beneficiados por él⁸.

Sin embargo, se ha considerado que es posible que haya una subrogación convencional, es decir, que el arrendador pacte expresamente con el arrendatario la posibilidad de que personas distintas a las legalmente reconocidas como beneficiarias de este derecho se subroguen en la posición del arrendatario, pero para ello lógicamente el arrendador debe consentir esta subrogación, recayendo la carga de la prueba del consentimiento del arrendador a la subrogación sobre la persona que pretende subrogarse⁹.

No obstante, para CARRASCO sería totalmente posible que si no hay beneficiarios legales, o si éstos renuncian a su derecho a subrogarse, que el arrendador y arrendatario pactasen que el derecho arrendaticio pasase por vía sucesoria a los herederos del arrendatario¹⁰.

Además, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior, pueden producirse todas las subrogaciones que sean posibles, mientras el contrato de arrendamiento esté vigente y existan personas con derecho a subrogarse. Estas personas con derecho a subrogarse han aumentado con la ley locativa actual. Sin embargo, en los artículos 58 y 59 de la LAU de 1964 la subrogación en el contrato de arrendamiento podía producirse durante el plazo de tiempo equivalente a la vida de dos personas. En la actualidad, a pesar de que caben más de dos subrogaciones, el plazo es menor, pues el arriendo se extinguirá una vez transcurrido el plazo pactado y el correspondiente a las prórrogas legales de

⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV. AA., coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Navarra, 3ª ed., 2002, págs. 370 y 371.

⁹ Cfr. VÁZQUEZ BARROS, S.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Ley de arrendamientos urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre. Comentarios, formularios y jurisprudencia*. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 130.

¹⁰ Cfr. CARRASCO PERERA: “Comentario...”, cit., págs. 370 y 371.

duración limitada, es decir, máximo tres años, según lo previsto en el artículo 10 de la LAU. La subrogación solo opera durante la duración del arrendamiento.

Asimismo, en la legislación anterior solo podía producirse la subrogación cuando moría el arrendatario original, subrogándose en su lugar las personas legitimadas para ello, y en la siguiente subrogación, a su vez la persona que se había subrogado sólo podía subrogar a su nuevo cónyuge o a sus descendientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de la LAU de 1964. En cambio, en la actualidad podrán causar la subrogación tanto el arrendatario primitivo como aquel que se haya subrogado posteriormente en su posición, en virtud de la aplicación de los artículos 8, 12 o 16 de la LAU de 1994, siempre y cuando se encuentre vigente la duración inicialmente pactada del contrato¹¹.

La subrogación debe ser individual, no pudiendo darse una subrogación conjunta, pues el legislador siempre se refiere al “subrogado”, y además el artículo 400 del Código Civil muestra una clara aversión a las situaciones de comunidad. Así lo ha mantenido GUILARTE GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ PORRAS¹². Sin embargo, este pensamiento no es unánime en la doctrina, pues LOSCERTALES considera que para amparar la persistencia en la vivienda de todas las personas que con anterioridad convivían con el arrendatario, es posible que se produzca la subrogación conjunta a favor de todos los pertenecientes al mismo grupo si hay acuerdo unánime entre ellos. Se crearían derechos y obligaciones solidarias entre todos los que se subrogasen. Pero si perteneciesen a diferentes grupos, no sería posible una subrogación mixta¹³.

b) La subrogación del cónyuge viudo.

Cuando se produce la muerte del arrendatario, la persona que primero tiene derecho a subrogarse en el contrato es el cónyuge viudo. Tiene una posición privilegiada, al estar en el primer orden de prelación. No se le exige un mínimo de convivencia con el arrendatario para que opere la subrogación, a diferencia de lo que ocurre con otros parientes. Será suficiente la mera convivencia de los cónyuges, ya que en el artículo 69 del Código Civil la convivencia de los cónyuges se presume. Sin embargo, al conviviente *more uxorio*, además de colocársele en el segundo lugar en el orden de prelación (bien es cierto que cuando hay cónyuge no habrá conviviente *more uxorio* y viceversa, al menos a los efectos arrendaticios), cuando no tenga descendencia en común con el arrendatario fallecido se le exigirá una convivencia con el mismo al menos de dos años.

Por lo que respecta a la convivencia exigida al cónyuge, como es lógico durante el plazo previo al fallecimiento del arrendatario debe haber una convivencia entre éste y su

¹¹ GUILARTE GUTIÉRREZ entiende que con la aplicación del artículo 15 de la LAU se produce la subrogación en el contrato de arrendamiento por parte del cónyuge, extendiendo también la posibilidad de que nos encontremos ante un arrendatario que no era el inicial al originado con el artículo 15 de la LAU. Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 186. Sin embargo, discrepo de esta opinión, pues considero que en el supuesto previsto en el artículo 15 de la LAU no se produce una subrogación en el contrato de arrendamiento.

¹² Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 187; GONZÁLEZ PORRAS: “Comentario...”, cit., págs. 451 y 491.

¹³ Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Los arrendamientos urbanos. Nueva edición adaptada a la LEC 1/2000*, Sepin, Madrid, 3ª ed., 2000, pág. 209. Se muestra a favor de la subrogación conjunta porque esa fue la doctrina jurisprudencial anterior respecto a los locales de negocio.

cónyuge, pues para que se produzca el derecho de subrogación la convivencia debe ser marital y efectiva. Aunque no ha faltado quien ha considerado que como la Ley solo exige que conviva “al tiempo del fallecimiento”, puede que sea la convivencia de un solo día¹⁴. La prueba de la convivencia debe aportarla la persona que la alega. En todo caso, debe tratarse de una convivencia habitual, excluyéndose la meramente accidental.

Es necesario que se produzca una continuidad en la convivencia, pero lo que no se exige es que la residencia sea legal (piénsese, por ejemplo, en el caso de los inmigrantes), y tampoco se precisa que la convivencia sea pública y socialmente conocida¹⁵.

Este primer lugar que ostenta el cónyuge a la hora de subrogarse cede en los casos en los que exista un acuerdo unánime entre los sujetos beneficiarios de la subrogación en contrario que altere el orden establecido por el legislador, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

En los casos en los que los esposos estén divorciados, no podrán subrogarse en el contrato de arrendamiento de su cónyuge, pues ya no son cónyuges, aunque continuaran conviviendo (pero en este supuesto de convivencia, sería de aplicación lo relativo al conviviente *more uxorio*, que está en el segundo lugar del orden de prelación).

Si hay nulidad matrimonial, se puede producir la subrogación en el arrendamiento siempre y cuando se haga antes de la declaración de nulidad, pues tras la fecha de la sentencia de nulidad no será posible la subrogación, pues ya no existe relación conyugal.

Por lo que respecta al matrimonio putativo, que es aquel matrimonio que es nulo desde su celebración, pero que produce efectos civiles hasta que se declare nulo, si ya se ha ejercitado la acción de nulidad el cónyuge del arrendatario no podrá subrogarse, pero si se produce la subrogación de éste, y posteriormente se declara la nulidad del matrimonio, la subrogación tendrá plena eficacia y validez, pues se ha producido mientras el matrimonio todavía no se había declarado nulo¹⁶.

Sin embargo, en los supuestos de separación de hecho o judicial, la subrogación en principio podría ser posible, pues continúa vigente el vínculo matrimonial entre los esposos. Pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la LAU, para que pudiera subrogarse el cónyuge separado de hecho o judicialmente, es preciso que conviva con el arrendatario en el momento de su fallecimiento. No se ha previsto ningún plazo mínimo de tiempo de convivencia previa, a diferencia de lo que sucede con las parejas de hecho, lo cual ha llevado a que se califique este precepto como de fraude. Incluso podrían surgir problemas en relación con el conviviente *more uxorio*, pues de acuerdo con este precepto, podría darse la situación de que el cónyuge separado de hecho o judicialmente se subrogase en el arrendamiento si convivía al tiempo del fallecimiento con el difunto, incluso en diferente domicilio. La importancia de esta cuestión radica en que puede existir un conviviente *more uxorio* que viviese con el finado en la vivienda arrendada, por lo que en casos de conflicto, puesto que el legislador parece que prima el dato de la convivencia, deberá subrogarse en la posición del arrendatario no el cónyuge separado legalmente o de

¹⁴ Cfr. LOSCERTALES FUERTES: “Comentario...”, cit, pág. 210.

¹⁵ Así lo ha entendido CARRASCO PERERA: “Comentario...”, cit., pág. 374.

¹⁶ Vid. en este sentido GONZÁLEZ PORRAS: “Comentario...”, cit., págs. 476 y 477.

hecho que al tiempo del fallecimiento conviviera con el arrendatario, sino el conviviente *more uxorio* que convivía con él¹⁷.

Para evitar todos estos inconvenientes, habría sido necesario que se reformase este precepto en el sentido en el que se ha reformado la legítima del cónyuge viudo, pues la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ha modificado el artículo 834 del Código Civil, precepto muy criticado doctrinalmente porque el artículo 834 del Código Civil establecía antes de la reforma producida por la Ley 15/2005 que el cónyuge tendría derecho a legítima siempre y cuando no estuviese separado en el momento de abrirse la sucesión de su consorte. Uno de los problemas que había planteado este precepto era que no aclaraba convenientemente si se refería a la separación judicial o si podía también englobar a la mera separación de hecho conyugal. Sobre esta cuestión han corrido ríos de tinta en la doctrina. Pero este no es el único problema que planteaba el precepto, pues también se producía una colisión con el artículo 945 del Código Civil, referido este último a la sucesión intestada, que sí contemplaba que no tendría lugar el llamamiento intestado si el cónyuge estuviera separado judicialmente o de hecho¹⁸. En la actualidad, tanto en el artículo 834 como en el 945 del Código Civil se excluye del llamamiento a la legítima y a la sucesión intestada al cónyuge que estuviera separado judicialmente o de hecho. Por ello, habría sido muy conveniente que se hubiera reformado también la ley locativa en el sentido de excluir expresamente al cónyuge separado tanto judicialmente como de hecho, de la posibilidad de subrogar a su consorte en el contrato de arrendamiento.

En este sentido, para GONZÁLEZ PORRAS el cónyuge separado de hecho o judicialmente y el divorciado no podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento, puesto que con la separación de hecho y con la declarada en sentencia judicial cesa la presunción de convivencia conyugal de los artículos 68 y 69 del Código Civil, y salvo reconciliación según lo previsto en el artículo 84 del Código Civil, se produce definitivamente la suspensión de la vida en común, por lo que el hecho de la convivencia es lo que determina la posibilidad de subrogarse en el arrendamiento, y tal convivencia no se producirá en estos casos de separación y divorcio. Además, en estos casos, de concurrir cónyuge sobreviviente que no convive y conviviente no casados, el cónyuge no tendrá derecho a subrogarse, sino que lo podrá ejercitar el conviviente, pues lo que se prima en estos casos es la convivencia y no el concepto de familia¹⁹. Igualmente, GUILARTE GUTIÉRREZ considera que no se produce la subrogación en los casos de separación, nulidad o divorcio

¹⁷ Cfr. PÉREZ UREÑA, A. A.: *El arrendamiento de vivienda: subrogación "mortis causa"*, Comares, Granada, 1999, págs. 188 y 189. Considera que también podrá subrogarse el cónyuge separado que tras haber cesado la convivencia en común mantiene su vida en el domicilio conyugal o la reanuda temporalmente en él, habida cuenta del mantenimiento del vínculo conyugal, PRATS ALBENTOSA, L.: "Comentario...", cit., pág. 152. He incluso se ha entendido que podrá subrogarse también en el arrendamiento el cónyuge separado legalmente que al tiempo del fallecimiento conviviera con el difunto, aunque sea en diferente domicilio, así como el cónyuge separado que hubiera tenido en su domicilio a su cuidado al esposo durante el período inmediatamente anterior a su muerte con motivo de su enfermedad, y ello a pesar de que ésa no sea la *mens legislatoris*. Vid. LEÓN-CASTRO, J., COSSÍO, M. de.: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995, pág. 97.

¹⁸ Este precepto también ha sido modificado por la Ley 15/2005, ya que antes establecía que "no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente".

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS: "Comentario...", cit., 475 y 476.

planteados jurisdiccionalmente, así como tampoco en los casos de mera separación de hecho, por no haber una convivencia actual²⁰.

Pero HIDALGO GARCÍA entiende que los matrimonios separados de hecho pero que convivan en la misma vivienda, el cónyuge no arrendatario superviviente tiene derecho de subrogación, porque el artículo 16 de la LAU solo exige para ello ser cónyuge y convivir en el arrendatario. Incluso entiende que lo mismo podría ocurrir en el caso de separación judicial si siguen conviviendo en la vivienda arrendada²¹.

No obstante, mientras no se produzca esta reforma, para saber quién se subroga en el contrato, si su cónyuge o el conviviente de hecho, habrá que tener en cuenta el dato de la convivencia, es decir, se subrogará la persona que conviva con el arrendatario en el momento del fallecimiento.

La cuestión de la convivencia tiene tal importancia, podría decirse que es una *condictio sine quanon*, ya que en el caso del matrimonio contraído *in articulo mortis* sin previa convivencia, no dará lugar a la subrogación del cónyuge por muerte del arrendatario, pues a pesar de que exista relación sentimental, nunca hubo convivencia, aunque se contrajese el matrimonio horas antes de producirse el fallecimiento del arrendatario²². En cambio, sí sería posible equiparar este supuesto, si previamente hubo convivencia, al de los convivientes de hecho.

La convivencia deberá ser habitual, pero en ningún caso se exige que se haya desarrollado en la vivienda arrendada, ni tampoco que convivan en la vivienda en el momento en el que se produce el fallecimiento, pues el requisito que se exige de convivencia para lo único que sirve es para determinar que la convivencia ha sido relevante, habitual y no accidental, pero no para que el legislador valore la vinculación personal o familiar que las personas con derecho a subrogarse tienen respecto de la vivienda arrendada. De estimarse lo contrario, no podría haber subrogación del cónyuge en los casos de nuevo arrendamiento, cuando el arrendatario falleciese en seguida sin que el otro cónyuge hubiese llegado a vivir en la vivienda arrendada²³. Además, en la LAU de 1964 se exigía expresamente que la convivencia se hubiera realizado en la vivienda arrendada, circunstancia que ahora no se exige, por lo que podrá realizarse la subrogación aunque la convivencia no se hubiera realizado en la vivienda arrendada.

Sin embargo, en cuanto al lugar donde debe haberse producido esa convivencia mínima, un sector doctrinal ha considerado que debe producirse en la vivienda arrendada, debido a que la persona que pretende subrogarse tiene necesidad de la vivienda arrendada²⁴. Y

²⁰ Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 187. En el mismo sentido PRATS ALBENTOSA: “Comentario...”, cit., pág. 152 y FÍNEZ, J. M.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Comentario a la ley de arrendamientos urbanos*, VV. AA., dirigidos por PANTALEÓN PRIETO, F., Civitas, Madrid, 1995, pág. 218.

²¹ Cfr. HIDALGO GARCÍA: “Comentario...”, cit., pág. 211.

²² Cfr. CABALLERO GEA, J. A.: *Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre. Síntesis y ordenación de las sentencias de las Audiencias y tribunales, adaptadas al nuevo ordenamiento, estudio de los artículos del Código Civil y Ley Hipotecaria a los que hace referencia, procedimientos: juicios de cognición, desahucio, verbal, arbitraje. Formularios*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 162 y 163.

²³ Vid. SERRANO ALONSO: “Comentario...”, cit., pág. 168; CARRASCO PERERA: “Comentario...”, cit., pág. 372; GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 187; GONZÁLEZ PORRAS: “Comentario...”, cit., págs. 462 y 463.

²⁴ Cfr. HIDALGO GARCÍA: “Comentario...”, cit., pág. 201. Vid. en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de marzo de 2002 (LA LEY JURIS 1139242/2002).

en el mismo sentido FUENTES LOJO entiende que en el caso del cónyuge la convivencia debe hacerse en la vivienda arrendada, pero para el caso de los descendientes no sujetos a patria potestad ni a tutela, entiende que no se exige que se haga en la vivienda arrendada, y para el caso de los ascendientes, considera que sí debe producirse en tal vivienda²⁵.

Ni que decir tiene que la subrogación en el arrendamiento se producirá cuando el arrendatario que fallece fuese el único titular del derecho, puesto que no tendrá lugar la subrogación en los casos en los que nos encontremos ante un coarrendamiento de ambos cónyuges o bien en los casos de cotitularidad solidaria de la vivienda familiar²⁶.

c) La subrogación del conviviente de hecho.

Hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de diciembre de 1992²⁷ la doctrina y los Tribunales se planteaban la cuestión de si tenía derecho a subrogarse *mortis causa* en el arrendamiento el conviviente *more uxorio*, existiendo opiniones tanto a favor como en contra. Esto se solucionó con dicha Sentencia, pues el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 58.1 de la LAU de 1964, que limitaba al viudo o viuda el derecho de subrogación, y lo excluía de aquellas personas que hubiesen convivido maritalmente y de modo estable con el arrendatario fallecido²⁸. Por tanto, el Alto Tribunal consideró que el conviviente de hecho también tenía el mismo derecho de subrogación, pues entendió que el artículo 58.1 de la LAU de 1964 tenía como fundamento “no tanto la existencia de los lazos familiares o conyugales, sino en el hecho de la convivencia”²⁹. Además, el conviviente de hecho se beneficiaría de la prórroga legal que recogía la LAU de 1964.

Pero a pesar de que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 58.1 de la LAU, algún sector doctrinal seguía manteniendo, debido a su disconformidad con esta sentencia del Tribunal Constitucional de 1992, que no era posible la subrogación del conviviente de hecho en los derechos y obligaciones del arrendamiento, pues a pesar de cumplir el requisito de la convivencia, no cumplía el del parentesco, y además, no era procedente la aplicación analógica de la normativa sobre el matrimonio, debiendo realizarse por ello una interpretación restrictiva del artículo 58 de la LAU de 1964³⁰.

²⁵ Cfr. FUENTES LOJO, J. V.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *Comentarios a la nueva ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994 (B.O.E. del 25)*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, págs. 77 y 78.

²⁶ Cfr. PÉREZ UREÑA: *El arrendamiento...*, cit., pág. 189. Todo lo señalado en este momento sobre el requisito de la convivencia es aplicable no sólo al cónyuge, sino también al resto de parientes que aparecen en el artículo 16 de la LAU con derecho a subrogarse, que trataré a continuación.

²⁷ RTC 222.

²⁸ El artículo 58 de la LAU de 1964 vulneraba los artículos 14 y 47 de la Constitución. Este último precepto establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda adecuada y digna.

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ: *Principios...*, cit., pág. 303.

³⁰ Cfr. ESTELLES PERALTA, P.: “La subrogación arrendaticia del conviviente *more uxorio*”, *Revista General de Derecho*, marzo 1994, págs. 1721 y ss. Es por ello que la doctrina consideró que tan sólo era posible la subrogación con anterioridad a la LAU de 1994 en los casos en los que el conviviente sobreviviente hubiese convivido con el arrendatario y que no hubiese podido contraer matrimonio con anterioridad a la promulgación de la “Ley del Divorcio”, porque uno de ellos o ambos, se encontraban unidos por vínculo matrimonial a otra persona. Además, debían convivir como cónyuges, por lo que sólo sería posible la subrogación en el caso de convivientes heterosexuales (Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. y BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “Parejas no casadas y subrogación en los arrendamientos urbanos”, *Estudios de Jurisprudencia: Revista Colex*, nº 2, septiembre 1992, págs. 53 y 55).

Y aún en la actualidad, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, algún autor ha considerado que es criticable la extensión de la subrogación a los convivientes de hecho, sobre todo porque tienen preferencia frente a los descendientes menores de edad del arrendatario³¹.

No obstante, discusiones doctrinales aparte, el vigente artículo 16 de la LAU ha recogido esta doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1992, pero ha introducido ciertas modificaciones, pues admite la subrogación del conviviente de hecho con independencia de su orientación sexual. Se exige para ello que haya convivido con el arrendatario al menos durante los dos años anteriores a su fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, pues en este caso bastará la mera convivencia.

Este plazo de dos años de convivencia podría parecer excesivo, pero conviene tener presente que en el Proyecto de Ley de diciembre de 1992 se exigía un tiempo de convivencia de tres años, que a lo largo de la tramitación parlamentaria se redujo a dos. Es por ello que no tiene mucho sentido para un sector de la doctrina el requisito de la convivencia de dos años anteriores al tiempo del fallecimiento en los casos en los que no exista descendencia en común, y se ha considerado que puede plantear ciertas dudas acerca de su constitucionalidad, puesto que los dos años de convivencia no constituyen una prueba de la convivencia *more uxorio*, sino que realmente se produce una diferencia respecto al matrimonio, lo cual constitucionalmente no es correcto. La existencia de una unión de hecho no implica que haya transcurrido ningún plazo de tiempo, puesto que existe unión de hecho con independencia del tiempo de convivencia que lleve la pareja³².

En consonancia con lo previsto en el artículo 16 de la LAU, el artículo 12 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares establece que si el conviviente fallecido era arrendatario de la vivienda, el conviviente sobreviviente tendrá derecho a subrogarse en los términos que establece la legislación sobre arrendamientos urbanos. Lo mismo sucede en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña, pues se preceptúa en el artículo 18.3 para las uniones heterosexuales, y en el 33 c) para las uniones homosexuales, que si el conviviente fallecido era arrendatario de la vivienda, el sobreviviente tendrá derecho a subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos.

A la doctrina sorprende sobremanera que se conceda el derecho de subrogación incluso a la pareja homosexual, lo cual ha motivado grandes críticas, excediendo de la convivencia *more uxorio* que considera la mayoría de la doctrina³³. No obstante, conviene recordar al respecto la reciente modificación que se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se admite en nuestro derecho el matrimonio de homosexuales. En efecto, el nuevo artículo 44 del Código Civil determina que “el

³¹ Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: “Comentario al artículo 16 de la LAU”, en *LAU: comentario articulado*, Comares, Granada, 2001, pág. 115.

³² Cfr. VERDERA SERVER, R.: *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 58 y ss.

³³ Así lo han considerado, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, nueva edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 312 y LOSCERTALES FUERTES, D.: “Lagunas o defectos técnicos que pueden mejorarse en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Jurídica Sepin*, nº 141, 1994, pág. 5.

hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, por lo que se observa que el legislador ha equiparado a efectos matrimoniales a las parejas homosexuales con las heterosexuales, provocando con ello gran debate y crispación, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el social.

Pero volviendo al arrendamiento, tal y como pone de manifiesto GUILARTE GUTIÉRREZ, la subrogación en la posición del arrendatario solo se producirá en los casos de unión de dos personas, pero no en uniones convivenciales multitudinarias, pues el precepto expresamente habla en singular de “la persona que hubiere convivido con el arrendatario”³⁴.

La convivencia exigida al conviviente durante dos años, para computarla no servirán los plazos de convivencia cuando ésta se haya interrumpido, es decir, debe tratarse de una convivencia continuada en el tiempo y sin interrupciones, como mínimo, de dos años. Asimismo, si con anterioridad al fallecimiento la convivencia se hubiera roto, el conviviente no podrá subrogarse en la posición del arrendatario.

En estos supuestos en los que al conviviente que pretende subrogarse la Ley le exige un mínimo de convivencia, la carga de la prueba de esa convivencia recaerá sobre el que quiere subrogarse en el contrato.

Hay una excepción a esta exigencia de la convivencia de dos años en los convivientes de hecho, pues si tienen descendencia en común, no es preciso que dicha convivencia haya durado ese tiempo, pues la descendencia en común se considera prueba inequívoca o presunción *iuris et de iure* de la convivencia.

Para ello, es necesario que antes del fallecimiento se haya producido la concepción del descendiente, pero no es imprescindible que el nacimiento sea anterior al fallecimiento. Evidentemente, por la igualdad de todos los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, dentro de la expresión “descendencia en común” hay que incluir también a los hijos adoptivos.

Pero también esta exigencia de la mera convivencia en los casos en los que el conviviente quiera subrogarse en el contrato de arrendamiento y exista descendencia común podría cuestionarse, pues la norma otorga un trato más favorable al conviviente en detrimento del cónyuge, pues a este último se le exige además de la convivencia el vínculo matrimonial.

Una cuestión que se ha planteado es la de si es posible que pueda beneficiarse de la subrogación cualquier pareja de personas del mismo o de distinto sexo, sin que exista entre ellas una relación sexual ni de constitución de un núcleo familiar, sino que se basa en mera relación de amistad, de economía, por motivos laborales, etc., si llevan conviviendo al menos dos años. El sobreviviente, ¿tendrá derecho a subrogarse en el arrendamiento de aquel con quien conviva? HIDALGO GARCÍA entiende que sí es posible, porque tan pareja de hecho, a los efectos del artículo 16 de la LAU es la constituida con el fin de procreación o de constitución de un núcleo familiar, como la de

³⁴ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Régimen Transitorio de los Arrendamientos urbanos en la Nueva Ley*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 125.

otras personas que compartan vivienda por un periodo de tiempo prolongado, pues el artículo 16 de la LAU no exige ni relación sexual, ni cohabitación, ni fidelidad sexual³⁵.

No obstante, discrepo totalmente del planteamiento anterior, pues considero que la mente del legislador está contemplando tan solo a las parejas de hecho que conviven en análoga relación de afectividad a la de los cónyuges. Sin embargo, en consonancia con lo defendido por HIDALGO GARCÍA, el artículo 6.3 de la Ley 19/1998, de 28 de diciembre de Cataluña, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua³⁶, establece que si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los demás convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del plazo contractual si éste es inferior. Me surgen dudas sobre la constitucionalidad de esta ley, pues el artículo 16 de la LAU al referirse a los convivientes permanentes “en análoga relación de afectividad a la de cónyuge” no está englobando a las situaciones convivenciales de ayuda mutua, pues no conviven en análoga relación de afectividad a la de los cónyuges. La más que posible inconstitucionalidad se plantea porque en virtud del artículo 149.1.8ª de la Constitución, la competencia para regular la materia relativa a los arrendamientos urbanos es del Estado, por lo que la regulación autonómica no podrá excederse ni conceder más derechos, tal y como ha hecho el legislador catalán en este caso.

d) La subrogación de los descendientes.

Pueden en tercer lugar, subrogarse los descendientes del arrendatario que estuviesen sometidos a su patria potestad o tutela, o los descendientes mayores de edad y capaces (no están sujetos a la patria potestad ni a la tutela de los padres) que al menos durante los dos años anteriores al fallecimiento, hubiesen convivido con él o estuviesen conviviendo al momento de producirse la defunción. Para computar estos periodos de tiempo no se tendrán en cuenta las ausencias o falta de convivencia por motivos de estudios, vacaciones, etc. Por el contrario, para los hijos sujetos a patria potestad o tutela, no se requiere convivencia.

A efectos subrogatorios se equiparan los hijos adoptivos con los biológicos, siendo irrelevante que hayan sido adoptados solo por el arrendatario o por él conjuntamente con su cónyuge o conviviente de hecho. También tendrán derecho a subrogarse los hijos extramatrimoniales, pues tienen los mismos derechos aunque no ostenten la filiación matrimonial.

Sin embargo, las personas que están sujetas a la tutela del arrendatario pero que no son hijos de éste no tienen derecho a subrogarse en su posición a su muerte.

Por lo que respecta al *nasciturus*, o lo que es lo mismo, el concebido pero no nacido, a pesar de que el artículo 29 del Código Civil le reputa nacido a los efectos que le sean favorables, para CARRASCO en este caso no se le tiene por nacido, porque el artículo 16

³⁵ Cfr. HIDALGO GARCÍA: “Comentario...”, cit., pág. 214.

³⁶ Según el artículo 1 de la Ley, son situaciones convivenciales de ayuda mutua “las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros”.

de la LAU exige que el subrogado exista “al tiempo del fallecimiento”. Además, entiende que no se puede imponer al arrendador el gravamen de interinidad que el Código Civil considera legítimo imponer a los otros coherederos que concurran con el *nasciturus*. Por el contrario, si el nacimiento se produce antes de los tres meses que determina el número 3 del artículo 16 de la LAU y tiene lugar en ese plazo la notificación prevista por parte del representante del menor, el ya nacido podrá subrogarse en la posición del arrendatario³⁷.

En cambio, para GUILARTE GUTIÉRREZ, aunque es muy difícil que este supuesto se dé en la práctica, es perfectamente posible que el *nasciturus* se subrogue en la posición de su progenitor³⁸, resultando esta posibilidad a mi juicio más conveniente, porque el artículo 29 del Código Civil considera que el *nasciturus* ha nacido para todos los efectos que le sean favorables. Y lo mismo considera GONZÁLEZ PORRAS, según el cual para que se produzca la subrogación del concebido pero no nacido, las personas que le deberían representar legalmente como si ya se hubiera verificado su nacimiento tendrán que notificar en el plazo de tres meses por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse³⁹.

e) La subrogación de los ascendientes.

Se pueden subrogar los ascendientes del arrendatario siempre y cuando hubieran convivido con éste al menos durante los dos años anteriores al óbito. Los ascendientes deben serlo de quien en cada momento fuera arrendatario, y no de aquel que hubiera sido arrendatario con anterioridad.

Sin embargo, los parientes por afinidad no pueden subrogarse en el contrato. Es decir, si los suegros conviven con el arrendatario, no pueden subrogarse en el arrendamiento, porque no son ascendientes del arrendatario, ya que no son parientes por consanguinidad de éste.

f) La subrogación de los hermanos.

Los hermanos pueden subrogarse en la posición del arrendatario, pudiendo ser hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo, e incluso los adoptivos. Da igual que sean hermanos matrimoniales o no. En cualquier caso, se exige el plazo mínimo de convivencia de dos años que se requiere también para otros parientes.

g) La subrogación de los parientes hasta el tercer grado en línea colateral que sufran minusvalía.

Es posible que se subroguen aquellas personas que tengan una minusvalía igual o superior al 65 por 100 que sean parientes hasta el tercer grado colateral del arrendatario. Además, como requisito adicional, se les exige que hayan convivido al menos durante los dos años anteriores al fallecimiento del arrendatario con él.

³⁷ Vid. CARRASCO PERERA: “Comentario...”, cit., págs. 374 y 375.

³⁸ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 189.

³⁹ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS: “Comentario...”, cit., págs. 461 y 462.

La minusvalía tiene que acreditarla quien pretende subrogarse, es decir, tiene que tener la condición legal de minusválido, declarada así administrativa o judicialmente. Al respecto, la disposición adicional novena de la LAU determina que la situación de minusvalía y su grado deberán ser declarados por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes, de acuerdo con la normativa vigente.

La ley no dice cuándo debe concurrir la situación de minusvalía en la persona que pretende subrogarse. Acudiendo a los principios generales del derecho, de acuerdo con el nacimiento y la adquisición de todo derecho, el carácter restrictivo de las subrogaciones y la necesaria seguridad y certeza jurídica, resulta que la condición de minusválido y el grado correspondiente deben estar declarados antes de producirse la subrogación, es decir, debe concurrir la situación de minusvalía en el momento del fallecimiento del arrendatario⁴⁰.

Al igual que sucede con la subrogación de los ascendientes, solamente pueden subrogarse los parientes minusválidos consanguíneos, pero no por afinidad, por lo que los familiares del cónyuge del arrendatario no pueden subrogarse. No obstante, GUILARTE GUTIÉRREZ estima que en este caso de minusvalía y debido a la protección de la que merecen ser beneficiarios, el minusválido con parentesco colateral por afinidad puede subrogarse en el contrato de arrendamiento⁴¹.

4.- Existencia de varias personas con derecho a subrogarse.

Es posible que a la vez haya varias personas que tienen derecho a subrogarse en la posición del arrendatario fallecido. En estos casos surge la necesidad de determinar cuál de todos ellos va a ser el beneficiario de la subrogación. Para ello el legislador ha establecido un orden de prelación, que se aplicará siempre y cuando no exista un acuerdo unánime entre todas las personas que tienen derecho a subrogarse. No obstante, según CARRASCO el acuerdo no tiene por qué ser unánime, pues será suficiente con que consienta aquel que como consecuencia del acuerdo pierda el rango prevalente⁴².

En ese caso, cuando no lleguen a un acuerdo, se acude al orden de prelación previsto en la ley. Tiene que tenerse en cuenta el orden de prelación existente hasta el mismo momento en que se produzca la subrogación, pues si se producen modificaciones que puedan influir en los posibles beneficiarios porque debería alterarse el orden de prelación, una vez que la subrogación ha tenido lugar, no provocará ninguna consecuencia, no pudiendo alterarse la subrogación ya producida.

Solamente pueden subrogarse las personas que expresamente contempla el artículo 16 de la LAU, es decir, no cabe la subrogación de otros parientes del arrendatario fallecido. En cuanto al funcionamiento del orden de prelación, es evidente que los que primero tienen derecho a subrogarse excluyen a los posteriores si ejercitan su derecho.

En defecto de acuerdo, tal y como he señalado anteriormente, en primer lugar hay que estar al orden de prelación que se establece en el primer apartado del precepto, es decir, en primer término se subrogará el cónyuge no separado y en segundo lugar el conviviente

⁴⁰ Cfr. VÁZQUEZ BARROS: "Comentario...", cit., pág. 126.

⁴¹ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ: "Comentario...", cit., pág. 190.

⁴² Cfr. CARRASCO PERERA: "Comentario...", cit., pág. 378.

more uxorio que conviva con el arrendatario, en tercer lugar los descendientes, con preferencia el más próximo en grado, en cuarto lugar los ascendientes, también con preferencia el más próximo en grado, en quinto lugar los hermanos, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo sencillo, y en sexto lugar los parientes hasta el tercer grado en línea colateral que sufran minusvalía. Pero esto no sucederá así en todos los casos, pues si existen padres septuagenarios (que hayan cumplido los setenta años), serán preferidos a los descendientes, teniendo derecho a subrogarse antes que los descendientes pero por detrás del cónyuge viudo y del conviviente *more uxorio*.

Hay que matizar el orden de prelación anterior, pues si concurren personas del mismo grupo (solo puede ocurrir en el caso de los descendientes, padres, ascendientes y hermanos), tienen preferencia los que tengan una minusvalía igual o superior al 65 por 100. La concurrencia de cónyuge y conviviente de hecho no puede producirse, pues habrá uno u otro, pero no los dos, y en caso de que existan los dos, hay que tener en cuenta el dato de la convivencia, por lo que si el cónyuge no convive con el arrendatario pero sí su pareja de hecho, será éste último el que tenga derecho a subrogarse.

Asimismo, en caso de igualdad, si no hay minusvalía, tiene preferencia para subrogarse el que tenga mayores cargas familiares. CARRASCO opina que para que el criterio de las cargas familiares sea justo y objetivo debe atenderse al número de hijos o personas que vivan a cargo del beneficiario de la subrogación, no teniéndose en cuenta el gasto que cada una de estas personas realiza realmente. Sin embargo GUILARTE GUTIÉRREZ mantiene una opinión diversa, pues considera que de acuerdo con un criterio más justo, aunque de aplicación más compleja, habría que valorar la concreta onerosidad que suponen las personas que están a cargo del futuro arrendatario, pues puede resultar más gravoso el mantenimiento de menos personas. Finalmente, SERRANO ALONSO considera que en las cargas familiares no solo hay que incluir los desembolsos económicos, sino también las cargas propiamente personales, es decir, el número de personas a su cargo, el trabajo a realizar, la dificultad del mismo, etc.⁴³.

En último lugar por tanto tendrá preferencia el que tuviera mayores cargas familiares, y en última instancia, si hay varios descendientes, tiene preferencia el de menor edad, y si hay varios ascendientes, se utiliza el criterio contrario, pues se beneficiará el mayor de edad. Además, si existen varios hermanos, se preferirá al más joven.

Pero a todas luces el orden de prelación que establece el legislador, aunque a simple vista pudiera parecer minucioso, no lo es del todo, pues no cierra todas las posibilidades de prelación, ya que puede darse igualdad también entre los criterios subsidiarios de minusvalía, cargas familiares y edad. Piénsese por ejemplo en el caso de dos sobrinos con minusvalía y sin cargas familiares. El artículo 16.2 de la LAU *in fine* sólo se refiere al menor de los hijos o al menor de los hermanos, pero no al menor de los sobrinos o al menor entre varios parientes colaterales de tercer grado. En este caso, acudiendo a la analogía, debería favorecerse al de menor edad, pero la Ley no ha contemplado expresamente este supuesto⁴⁴.

5.- La notificación de la subrogación.

⁴³ Cfr. CARRASCO PERERA: “Comentario...”, pág. 377; GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 191; SERRANO ALONSO: “Comentario...”, cit., pág. 173.

⁴⁴ Así lo ha puesto de manifiesto CARRASCO PERERA: “Comentario...”, cit., pág. 377.

Se recoge esta exigencia en el número 3 del artículo 16 de la LAU. De acuerdo con este precepto, se extinguirá el contrato de arrendamiento si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe una notificación por escrito de la circunstancia del fallecimiento, a la cual debe acompañarse un certificado de defunción, así como la identidad del subrogado, indicando el parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.

Si no se produce la notificación no operará la subrogación, con lo cual se extinguirá el contrato de arrendamiento, pues la regla general es que a la muerte del arrendatario, se extinga el contrato, y siendo como es la subrogación una excepción a la regla general, es preciso que la persona que tiene derecho a subrogarse ejerza expresamente su derecho.

La exigencia de notificación al arrendador en este plazo de caducidad de tres meses es una novedad, pues en la LAU de 1964 no existía obligación de efectuar ningún tipo de requerimiento o notificación.

En cuanto a la persona que tiene que recibir la notificación, GONZÁLEZ PORRAS ha considerado que será plenamente válida y eficaz si se realiza bien al arrendador, bien al administrador de fincas que actúa en nombre de éste, bien al cónyuge del arrendador, siempre y cuando estén sometidos al régimen de gananciales, bien al cotitular de la cuenta corriente donde habitualmente se ingresan las rentas⁴⁵.

La finalidad de esta notificación es garantizar que el arrendador tenga conocimiento efectivo de la muerte del arrendatario y de la voluntad de las personas que tienen derecho a subrogarse de continuar con el arrendamiento, por lo que considero que la notificación debe hacerse de forma fehaciente, para que así quede constancia de que el arrendador ha recibido la comunicación. No obstante, el artículo 16.3 de la LAU solo exige que se haga por escrito.

Pero al respecto no hay unanimidad en la doctrina. Así, se ha dicho que será suficiente que sea por escrito, pero siempre y cuando acredite tal notificación, no siendo válido por ello, el telegrama con acuse de recibo o el burofax, pues aunque la comunicación llega a su destino, no puede ir acompañada del certificado de fallecimiento, y tampoco será válida la carta certificada o con acuse de recibo salvo que el arrendador conteste y admita su recepción, pues la recepción de la carta por sí misma no hace prueba de su contenido⁴⁶. Por el contrario, SERRANO ALONSO considera que es posible que se realice la notificación por carta, telegrama, fax, etc., es decir, a su juicio existe libertad de forma, pero debe ser escrita para así poder acreditarla⁴⁷. Y para GUILARTE GUTIÉRREZ la exigencia de notificación escrita es un requisito *ad probationem*, no *ad substantiam*, por lo que será válida la notificación verbal, de la que exista acuse de recibo por parte del arrendador⁴⁸.

La notificación debe hacerse por escrito, pues así lo exige expresamente la norma, sirviendo tanto el documento privado como el público. Debe además hacerse de forma

⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS: "Comentario...", cit., págs. 465 y 466.

⁴⁶ Cfr. LOSCERTALES FUERTES: *Los arrendamientos...*, cit., pág. 210.

⁴⁷ Vid. SERRANO ALONSO: "Comentario...", cit., pág. 175.

⁴⁸ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ: "Comentario...", cit., pág. 191.

fehaciente y adjuntando todos los documentos que establece el precepto, no siendo suficiente que el que pretenda subrogarse continúe sin más residiendo en la vivienda, incluso abonando las rentas.

En este sentido, como la ley no exige que la notificación se haga de forma fehaciente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 7 de febrero de 2000⁴⁹ entendió que era suficiente que se realizase de forma escrita.

También ha estimado necesario que se dé el requisito de la notificación al arrendador la Sentencia de la AP de Burgos de 3 de mayo de 2000⁵⁰, que ha entendido que si uno de las potenciales personas que pueden subrogarse en el contrato, abonando varios meses de renta tras el fallecimiento de arrendatario, ello solo prueba que ocupa la vivienda, pero no sustituye la necesidad de la notificación.

No obstante, algunas Audiencias Provinciales han considerado que como el arrendamiento puede finalizar sin sujeción a forma alguna, no es lógico que algo que tiene una menor importancia sí se sujete a un rigorismo formal, por lo que como el número 3 del artículo 16 de la LAU lo que pretende es garantizar que el arrendador tenga conocimiento de la muerte del arrendatario así como la voluntad de una de las personas que tenían derecho a subrogarse, de continuar como arrendatario en el contrato, no será necesario que se cumplan de forma rigurosa los requisitos formales que exige el precepto para considerar que la subrogación se ha producido.

Es decir, a juicio de algunas Audiencias Provinciales, lo que se pretende es que el arrendador tenga conocimiento de que se ha producido la subrogación, no si se ha producido la notificación por escrito o no, sino la existencia misma de la notificación, por lo que podría ser válida y eficaz la notificación realizada de forma verbal⁵¹.

Incluso la Audiencia Provincial de Asturias en sentencia de 17 de julio de 2003⁵² ha considerado que no es necesario comunicar a la parte arrendadora la voluntad de subrogarse en el contrato si esta parte conocía perfectamente el fallecimiento del primitivo arrendatario, por ejemplo, por residir en el mismo inmueble. En términos similares, la Audiencia Provincial de Navarra en Sentencia de 11 de marzo de 2003 ha considerado que habrá que realizar la notificación al arrendador salvo que se pruebe que este conocía y consentía la subrogación, por lo que en ese caso seguiría vigente el contrato de arrendamiento⁵³.

⁴⁹ LA LEY JURIS 83554/2000.

⁵⁰ LA LEY JURIS 140256/2000.

⁵¹ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de abril de 2004 (LA LEY JURIS 1680342/2004) y de 14 de julio de 2000 (LA LEY JURIS 277354/2000). Pero la gran mayoría de las Sentencias de las Audiencias Provinciales estiman que la notificación tiene que ser escrita. Vid. entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13 de junio de 2000 (LA LEY JURIS: 208907/2000), Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 17 de febrero de 2003 (LA LEY JURIS 1458002/2003); Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de diciembre de 2002 (LA LEY JURIS 1351657/2002); Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 2 de diciembre de 2002 (LA LEY JURIS 1340781/2002); Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2001 (LA LEY JURIS 997005/2001) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 10 de enero de 2001 (LA LEY JURIS 741217/2001).

⁵² LA LEY JURIS 1553422/2003.

⁵³ LA LEY JURIS 1391772/2003.

Pero el arrendador no está obligado a requerir a los potenciales continuadores del contrato para que manifiesten si quieren o no subrogarse en la posición del arrendatario.

Si no se produce la notificación se extinguirá el contrato de arrendamiento, por lo que no podrá producirse la subrogación, y esta falta no podrá ser subsanada a posteriori mediante una notificación fuera de plazo. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso previsto en el artículo 12 de la LAU para el supuesto de abandono de la vivienda arrendada por parte del arrendatario, pues la comunicación practicada por el cónyuge o conviviente que pretenda continuar con el arrendamiento se puede realizar a posteriori, dentro del plazo de un mes al conocimiento por parte de éste del abandono.

6.- La exigencia de un principio de prueba.

El apartado tercero del artículo 16 de la LAU exige que para que se produzca la subrogación del arrendatario en el contrato, además de la exigencia de que quien pretende subrogarse debe notificárselo al arrendador, tiene que acompañar certificado registral de defunción, la identidad del subrogado indicando su parentesco con el fallecido, y ofrecer, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.

Es decir, el que pretende subrogarse en la posición del arrendatario debe acreditar que cumple los requisitos necesarios para ello. Si se trata de convivientes de hecho, debe acreditar por cualquier medio de prueba tal convivencia. Si se trata de uno de los supuestos que el artículo 16 de la LAU requiere la existencia de una previa convivencia como mínimo de dos años, tiene que probarse que esa convivencia ha sido habitual.

Y en todos los casos, debe aportarse certificación de defunción del arrendatario.

La exigencia de un principio de prueba de estas circunstancias es un tanto excesiva, pues el principio de prueba no corresponde valorarlo al arrendador, sino más bien al juez, pues podría suceder que el arrendador rechazase sin más la subrogación en atención a su valoración de las pruebas presentadas en relación con la convivencia que haya tenido o no lugar. Por tanto, es más conveniente considerar que si se aporta certificación de fallecimiento y acreditación del parentesco, será suficiente para que se produzca la subrogación, sin que entre a valorar si la convivencia en los casos en los que sea requerida ha tenido lugar⁵⁴.

El principio de prueba puede aportarse a través de cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, siendo muy útil para acreditar la convivencia el certificado de empadronamiento, y para justificar el parentesco, la certificación del Registro civil sobre el matrimonio o la filiación. Para acreditar la convivencia de hecho, servirá la certificación de los registros que existen sobre uniones de hecho en las diferentes Comunidades Autónomas.

7.- Pago de las rentas por extinción del contrato.

⁵⁴ Vid. más ampliamente en este sentido GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 192.

El inciso final del número tercero del artículo 16 de la LAU determina que “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”.

De esta manera, en el caso de que se produzca la extinción del contrato, todas las personas que tengan derecho a subrogarse deben pagar solidariamente las rentas correspondientes a los tres meses que disponen de plazo para ejercitar la subrogación, hasta que se determine la persona que ocupará la posición del arrendatario fallecido. Pero al respecto GUILARTE GUTIÉRREZ y LOSCERTALES han entendido que no puede aplicarse este precepto literalmente a todos los supuestos, pues la solidaridad en el pago solo podrá exigirse cuando haya varias personas dentro del mismo grado, pero cuando solo uno puede subrogarse no habrá solidaridad. Esto sucederá en el caso del cónyuge. Así, solo estará obligado al pago de las rentas aquel que tenga facultad directa y preferente de subrogación, es decir, la solidaridad solo se producirá entre quienes se encuentren en el grado superior para poder subrogarse. Así, no es coherente que uno de los posibles beneficiarios de la subrogación, con un derecho remoto, pues su derecho depende de una hipotética renuncia de los que le anteceden en la prelación, tenga que abonar el pago de esas rentas⁵⁵.

No es necesario que el arrendador espere a que transcurran esos tres meses para poder cobrar las rentas, ya que tiene derecho a cobrar desde el fallecimiento del arrendatario a cualquiera de los que sean beneficiarios de la subrogación, salvo que renuncien a la misma. Pero si la subrogación no se produce, en la relación interna por vía de regreso, como hay solidaridad entre los posibles beneficiarios de la subrogación que se encuentren en el grado preferente, podrá reclamar lo que cada uno debía abonar. Asimismo, si la subrogación se produce a favor de una persona que no pagó, el que realizó el pago de las rentas no puede dirigirse al arrendador, sino frente a quien efectivamente se subroga en la posición de éste, reclamándole el pago de las rentas que ha satisfecho anteriormente⁵⁶.

El legislador solo ha previsto el plazo de tres meses. Pero si se ocupa la vivienda más de tres meses, el arrendador puede pedir por la vía judicial el desalojo de la vivienda, quedando obligados los ocupantes de la misma a satisfacer el importe de las rentas correspondientes a todo ese período por el uso indebido del inmueble⁵⁷.

Para que una persona que tiene derecho a subrogarse en el contrato no quede obligada al pago de las rentas, deberá renunciar expresamente al ejercicio de su derecho de subrogación en el contrato mediante notificación al arrendador. Notificación que debe realizarse incluso cuando se llegue a un acuerdo por parte de los legitimados para ello en cuanto a la persona que se subrogará. Debe practicar tal notificación en el mes siguiente al fallecimiento. Pero se ha considerado que esta exigencia de comunicación constituye un gravamen desproporcionado para quien no desea subrogarse en el arrendamiento abandonando la vivienda días después del fallecimiento del arrendatario⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. LOSCERTALES FUERTES: “Comentario...”, cit., pág. 211; GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 192.

⁵⁶ Cfr. CARRASCO PERERA: “Comentario...”, cit., págs. 382 y 383.

⁵⁷ Cfr. LOSCERTALES FUERTES: “Comentario...”, cit., pág. 211.

⁵⁸ Así lo ha puesto de manifiesto MARTÍN CONTRERAS: “Comentario...”, cit., pág. 188.

Si en el plazo de un mes todas las personas que tienen derecho a subrogarse renuncian a esta posibilidad, el legislador no ha previsto quién debe hacerse cargo del abono de la renta de ese mes. Lo lógico será que los herederos del arrendatario corran con el pago de la renta de ese mes, salvo que alguno de ellos hubiera utilizado durante ese período la vivienda, en cuyo caso el ocupante sería el obligado al pago de la merced arrendaticia.

Finalmente, en cuanto a las deudas pendientes que hubiera causado el primitivo arrendatario, no debe abonarlas la persona que se subroga en su posición, sino que como son deudas de la herencia, deben sufragarlas los herederos⁵⁹. En cuanto a la obligación de pagar las rentas que estén vencidas antes del fallecimiento y que no han sido abonadas, tanto en la LAU de 1964 como en la de 1994 el subrogante no es considerado responsable de las mismas, sino que se trata de una deuda de la herencia. No obstante, la falta de pago de las rentas puede originar una acción de desahucio que debe dirigirse contra la persona que continúa con el arrendamiento⁶⁰.

Pero tal y como señala muy acertadamente GUILARTE GUTIÉRREZ, para evitar que se produzca la resolución del contrato por desahucio por falta de pago promovido por el arrendador, la persona que se subroga deberá abonar las rentas pendientes, pudiendo pedir el reintegro de lo pagado a los herederos⁶¹.

8.- Recepción por el arrendador de varias notificaciones de subrogación.

El segundo párrafo del número tercero del artículo 16 de la LAU preceptúa que “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”.

Es decir, este precepto contempla la posibilidad de que el arrendador reciba varias notificaciones de personas distintas que se crean con derecho a subrogarse en la posición del arrendatario fallecido. En estos casos deben ser los Tribunales los que determinen a quién de todos ellos corresponde el derecho a subrogarse. Mientras lo resuelven, los que pretenden subrogarse quedan obligados de forma solidaria al pago de las rentas que se devenguen.

En este sentido, puesto que así lo determina el precepto, todas las personas que emiten la notificación de su voluntad de subrogarse en el contrato deben ser consideradas como deudores solidarios de las obligaciones que se deriven del contrato de arrendamiento durante todo el tiempo que mantengan su pretensión de subrogarse hasta que se determine cuál de ellos ocupará la posición del arrendatario fallecido.

Pero si uno de los que pretende subrogarse disfruta además de la vivienda arrendada, aunque el precepto nada diga al respecto, la lógica impone la consecuencia de que el ocupante de la vivienda sea el obligado al pago de las rentas hasta que se determine la persona que tiene derecho a subrogarse, aunque este ocupante no sea el que se subroge definitivamente.

⁵⁹ Cfr. CARRASCO PERERA: “Comentario...”, cit., pág. 384.

⁶⁰ Cfr. VERDERA SERVER: *La subrogación...*, cit., págs. 26 y 27.

⁶¹ Cfr. en este sentido GUILARTE GUTIÉRREZ: “Comentario...”, cit., pág. 193.

No obstante, si finalmente no se produce la subrogación, el contrato queda extinguido desde el mismo momento en que se produce el óbito del arrendatario, por lo que el arrendador puede desahuciar por precario a las personas que hayan seguido ocupando la vivienda.

9.- Acuerdo de no subrogación en el contrato.

El número 4 del artículo 16 de la LAU determina que “en arrendamientos cuya duración inicial sea superior a cinco años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad”.

Este apartado del precepto recoge un supuesto de extinción voluntaria del contrato de vivienda, siempre y cuando se hubiera pactado expresamente tal extinción para el caso de que se produzca el fallecimiento del arrendatario.

Se establece por tanto un pacto de no subrogación en los contratos que tengan una duración de más de cinco años, al permitirse que cuando se realice un contrato de arrendamiento superior a cinco años, se pueda pactar que pasado ese plazo mínimo, si el fallecimiento del arrendatario tiene lugar con posterioridad, no habrá derecho de subrogación para ninguna persona, produciéndose automáticamente la extinción del contrato. Sobre este particular, se ha considerado que será muy habitual que se convierta en una cláusula de estilo en los arrendamientos especialmente largos⁶².

A sensu contrario, de este apartado del artículo 16 de la LAU se deduce que en los casos de arrendamiento de duración ordinaria no podrá excluirse por el arrendador y el arrendatario el derecho a subrogarse en el arrendamiento, es decir, no podrán acordar un pacto de no subrogación. De esta manera, resulta que en los contratos de duración de cinco años o menos, no podrá pactarse la exclusión del derecho de subrogación. Del mismo modo, en aquellos contratos que sean de duración pactada inferior a cinco años y que se hayan beneficiado de las prórrogas forzosas superando tal duración, no será admisible este pacto de subrogación, pues no debe tenerse en cuenta la duración efectiva que tenga el arrendamiento, sino la duración pactada.

En estos dos casos, si se pacta la no subrogación, sería una cláusula nula, por ser perjudicial para el arrendatario y por vulnerar el artículo 6 de la LAU, que establece lo siguiente: “son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice”.

El apartado cuarto del artículo 16 de la LAU no determina el momento en que debe documentarse el pacto de no subrogación, por lo que podrá hacerse tanto en el contrato como posteriormente.

⁶² Cfr. HIDALGO GARCÍA: “Comentario...”, cit., pág. 207.

Si existe un contrato de duración superior a cinco años con una cláusula en la que se hubiera pactado la no subrogación, y el arrendatario fallece antes de haberse cumplido los cinco primeros años del contrato, se ha señalado por algún autor que éste quedará extinguido, pues a estos efectos no se tiene en cuenta la parte del contrato que se hubiera cumplido, sino tan solo si hubo o no exclusión de la subrogación⁶³.

Sin embargo, considero, al igual que sucede con el artículo 11 de la LAU, que recoge un supuesto de extinción voluntaria del contrato de arrendamiento de vivienda, que para que se produzca la extinción del contrato debe tratarse de contratos con duración pactada superior a cinco años y deberán haber transcurrido al menos los cinco primeros años de duración del contrato.

10.- El artículo 15 de la LAU. La no subrogación en el contrato.

En el artículo 16 de la LAU tiene lugar una subrogación en el contrato de arrendamiento, mientras que en el artículo 15 surgen dudas sobre si se produce o no tal subrogación en los casos de crisis matrimonial. Este precepto establece en su primer párrafo que “en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil”.

El mayor problema que plantea este precepto es que no establece una solución expresa sobre cual será la situación jurídica en la que quede el cónyuge del arrendatario al que se le ha atribuido el uso de la vivienda arrendada. Nada se dice sobre el título que le legitima a poseer la vivienda, por lo que a simple vista no se sabe si el cónyuge atributivo se convierte en arrendatario o no. En este sentido OSSORIO SERRANO afirma que se trata de una cuestión compleja, pues el texto del artículo es ambiguo y escasamente clarificador. No obstante, se inclina acertadamente por considerar que no se produce subrogación alguna en el contrato de arrendamiento, sino que continúa siendo arrendatario el que primitivamente celebró dicho contrato⁶⁴.

La cuestión radica en determinar si el derecho de uso implica o no una transmisión *ex lege* de la titularidad arrendaticia, pues el legislador tan solo ha señalado que el cónyuge “continuará en el uso de la vivienda arrendada”. A mi modo de ver, del texto del precepto parece que no puede desprenderse que el derecho de uso de la vivienda del cónyuge asignatario lo sea en calidad de arrendatario. El precepto alude al uso de la vivienda, pero no se refiere a la titularidad arrendaticia, por lo que el cónyuge atributivo no puede subrogarse en la posición del arrendatario original. Si se le hubiese querido otorgar la condición de arrendatario, el legislador lo habría previsto expresamente.

No es una situación en absoluto baladí, pues quien ostente la condición jurídica de arrendatario será quien esté obligado al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Como el artículo 15 de la LAU se refiere al derecho del cónyuge no arrendatario a continuar en el uso de la vivienda, solo se le atribuye un derecho de posesión exclusiva

⁶³ Así lo ha considerado MARTÍN CONTRERAS: “Comentario...”, cit., págs. 190 y 191.

⁶⁴ Cfr. OSSORIO SERRANO, J. M.: “Comentario del artículo 15 de la LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, VV. AA., coordinados por LASARTE ÁLVAREZ, C., Tecnos, Madrid, 1996, págs. 433 y 434.

sobre la misma tras la separación, divorcio o nulidad matrimonial. Esta atribución es de carácter provisional, frente a la estabilidad que se deriva de la titularidad arrendaticia.

Como ya he señalado al principio del presente estudio, la LAU de 1994 prohíbe expresamente la cesión *inter vivos* del contrato de arrendamiento sin el consentimiento escrito del arrendador. Por ello, lo más conveniente es considerar que el titular del contrato de arrendamiento lo sigue siendo el cónyuge inicial, y su cónyuge o ex cónyuge no adquiere la titularidad del contrato, salvo que se produzca, en virtud del artículo 8.1 de la LAU, una cesión expresa del titular, mediando consentimiento escrito del arrendador. En estos casos sí se produciría una subrogación en el contrato a favor del cónyuge adjudicatario del uso de la vivienda⁶⁵.

A diferencia de lo que sucedía con la LAU de 1964, actualmente para la cesión se requiere consentimiento escrito, mientras que antes era necesario consentimiento expreso. La ley anterior permitía el subarriendo total, pero ahora solo es posible el parcial. Además, antes se prohibía la cesión gratuita, y actualmente nada se dice al respecto, por lo que podrá ser tanto onerosa como gratuita.

Por tanto, en el artículo 15 de la LAU se produce un reconocimiento *ex lege* al cónyuge del arrendatario para que continúe en la vivienda arrendada por el tiempo que reste de contrato, pero sin que llegue a producirse una subrogación en el mismo.

⁶⁵ El tenor literal de este precepto, que lleva por rúbrica “*cesión del contrato y subarriendo*”, señala que “el contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador”. No obstante, de acuerdo con el número 2 del precepto, “la vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador”.