

RESUMEN

PRÉSTAMO

Nuestro Código Civil concibe el contrato de préstamo con el carácter de real, disponiendo el artículo 1.740 que una parte entrega, no que se obliga a entregar, y ello en contraposición a la futura obligación de restitución, tal y como mantienen las sentencias del TS de 27 de marzo y 11 de junio de 1999; no obstante, fuera de la regulación del Código Civil, existen ciertos convenios de préstamo de carácter consensual que podrían considerarse pre-contratos o pactos preliminares, según las circunstancias, como sucede en la Ley de Crédito al Consumo en que el prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo al consumidor. Paralelamente veremos que el comodato es un préstamo de uso, puesto que el comodatario no tiene intención de consumir la cosa sino simplemente de utilizarla, mientras que el simple préstamo o mutuo es el contrato por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

ABSTRACT

LOAN

Our Civil Code conceives the loan agreement as a real agreement. Article 1740 states that one party delivers, not that it undertakes to deliver, and this is done in counterpoint to the future obligation of repayment, as maintained in the Supreme Court's rulings of 27 March and 11 June 1999. Nevertheless, outside the regulation of the Civil Code, there are certain loan arrangements of a consensual nature that could be considered pre-contracts or preliminary accords, depending on the circumstances. This occurs in the Consumer Credit Act, where the lender grants or undertakes to grant a loan to the consumer. In parallel, we shall see that the commodatum is a loan of use, whereas the comodatary has no intention of consuming the thing, but merely of using it, while the simple or mutual loan is a contract whereby one of the parties delivers to the other a quantity of money or some other consumable thing on the condition that the recipient will return the same amount of the same thing of the same quality.

LA SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA DEL ARRENDATARIO
EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA EN BASE AL ARTÍCULO 16
DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

La subrogación consiste en la sustitución en la relación arrendaticia de una de las partes por un tercero que asume sus derechos y obligaciones. Vamos a centrar nuestro estudio en la subrogación *mortis causa* en la posición jurídica del arrendatario dentro del arrendamiento de vivienda, materia regulada en el artículo 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

La subrogación implica una novación subjetiva de la persona del arrendatario, pero manteniéndose el contenido de la relación arrendaticia en los mismos términos hasta entonces estipulados.

Ha sido muy discutida la naturaleza jurídica de esta subrogación *mortis causa*, considerando algunos autores que no nos encontramos ante una auténtica subrogación, sino que se trata de una sucesión *mortis causa* (1), pero que tiene carácter excepcional, ya que se defiere por ley, nunca por testamento, puesto que el causante no puede disponer del derecho de arrendamiento.

Otros autores como GONZÁLEZ PORRAS (2) consideran que «es una sucesión legal a título particular, diferente de la sucesión por causa de muerte, pues las personas beneficiarias lo son *iure proprio* y no *iure successione mortis causa*».

Es *condictio sine qua non* para que se produzca la subrogación ex artículo 16 de la LAU, que fallezca el arrendatario, en mi opinión también se produciría este efecto en el caso de declaración de fallecimiento, a pesar de su no inclusión en el tenor literal del precepto, entendiendo que el llamamiento se produce en la fecha en la que se entiende sucedida la muerte conforme al auto que la declare y a dicha fecha deberá retrotraerse la subrogación.

II. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO DE SUBROGACIÓN

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

Se exige el requisito de convivencia con el arrendatario fallecido operando en su favor la presunción de convivencia conyugal tipificada en el artículo 69 del Código Civil; en todo caso debe de tratarse de una convivencia habitual excluyéndose la meramente accidental.

Es discutible si existe derecho de subrogación en los casos de divorcio, nulidad matrimonial, separación judicial o de hecho.

Si los esposos están divorciados, no existe derecho de subrogación a favor del cónyuge, ya que el divorcio implica disolución del vínculo conyugal y lo mismo podemos decir en el caso de nulidad matrimonial, salvo que la subrogación se haya producido antes de la declaración de nulidad.

En los supuestos de separación judicial o de hecho, en principio la subrogación podría ser posible ya que subsiste el vínculo matrimonial entre los esposos, pero el artículo 16.1 de la LAU exige el requisito de convivencia, por lo que, en mi opinión, el cónyuge separado judicialmente o de hecho no podría subrogarse en el arrendamiento, ya que con la separación cesa la presunción de convivencia conyugal y se produce la suspensión de la vida en común de los esposos (arts. 69 y 83 del Código Civil).

(1) Véase HIDALGO GARCÍA, Santiago, «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 220.

(2) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario del artículo 16 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por LASARTE ÁLVAREZ, C., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 450. Similar posición adopta VÉRDERA SERVER, *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Valencia, 1997, pág. 28, al entender que la subrogación *mortis causa*, regulada en el artículo 16, es una institución *sui generis*, no es un derecho hereditario, sino una sucesión *mortis causa* en sentido amplio.

La subrogación en el arrendamiento sólo se producirá cuando el arrendatario que fallece fuese el único titular del derecho, no teniendo lugar en los casos de cotitularidad del derecho.

2. La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del 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 (3).

Siguiendo la tendencia doctrinal y jurisprudencial imperante en la actualidad, este artículo considera como beneficiarias de la subrogación a las parejas de hecho, se recoge así la doctrina del TC iniciada en sentencia de 11-12-1992 y seguida en sentencias de 18-1 y 8-2-1993, entre otras, conforme a las cuales era contrario al principio de igualdad tipificado en el artículo 14 CE excluir de la subrogación *mortis causa* a la pareja convivente con el arrendatario.

FERNÁNDEZ HIERRO (4) pone de manifiesto que la extensión de subrogación a las parejas de hecho podría afectar a terceros de buena fe, como los hijos del arrendatario fallecido, ya que en el orden prelativo del artículo 16 de la LAU son llamados después del conviviente.

3. 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.

Este derecho de subrogación opera a favor de los hijos con independencia de su filiación, ya sea matrimonial, no matrimonial o adoptiva, en base al principio de equiparación de filiaciones tipificado en el artículo 39 de la CE y en el 108 del Código Civil.

En el caso del *nasciturus*, en mi opinión podría darse la subrogación en su favor, ya que el artículo 29 del Código Civil le considera nacido para todos los efectos que le sean favorables, si bien condicionándose la subrogación a que el nacimiento se verifique con los requisitos exigidos en el artículo 30 del Código Civil, en cuyo caso las personas que le representan legalmente tendrían que notificar por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse en el plazo de tres meses.

4. Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento. No tienen derecho de subrogación los parientes por afinidad.

5. Los hermanos del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años anteriores al fallecimiento.

6. Las personas distintas de las anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario,
- y hayan convivido con él durante los dos años anteriores al fallecimiento.

(3) La demostración de la convivencia *more uxorio* y las características que ha de reunir han sido reguladas por las SSTS de 18-5-1992 y 22-1-2001.

(4) Ver FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., «Comentario al artículo 16 LAU», en LAU: *Comentario articulado*, ed. Comares, Granada, 2004, pág. 119.

Estos requisitos de minusvalía, parentesco y convivencia han de darse cumulativamente.

Respecto al parentesco, al igual que en la subrogación de los ascendientes, no se incluye el parentesco por afinidad, podemos llegar a esta conclusión en base a la falta de mención expresa así como la interpretación restrictiva predominante en la norma estudiada. No obstante, GUILARTE ZAPATERO considera que el minusválido con parentesco colateral por afinidad puede subrogarse en el arrendamiento debido a la protección de la que merecen ser beneficiario.

La enumeración que hemos expuesto de personas que tienen derecho de subrogación constituye *numerus clausus*, por ello el artículo 16.1 *in fine* dice: «Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido».

Actualmente no existe limitación en el número de subrogaciones (mientras que antes sólo se admitían dos), siempre que el contrato de arrendamiento esté vigente y existan personas con derecho a subrogarse.

Autores como CARRASCO PERERA (5) consideran que el derecho de subrogación no se adquiere por vía hereditaria, sino que se trata de un derecho protestativo de adquisición, indisponible e intransferible a terceras personas distintas de las beneficiarias a las que se refiere el artículo 16 de la LAU.

Sin embargo se admite que por vía de pacto entre arrendador y arrendatario, personas distintas a las legalmente reconocidas como beneficiarias de este derecho se subroguen en la posición jurídica del arrendatario, siempre que el arrendador consienta la subrogación y se respete la prelación establecida en el artículo 16.

En opinión de la doctrina mayoritaria, la subrogación debe ser individual, la ley siempre se refiere al «subrogado», no obstante LOSCERTALES entiende que es posible la subrogación conjunta siempre que todos los que la pretendan pertenezcan al mismo grupo, reúnan los requisitos legales y haya acuerdo entre ellos.

III. ORDEN PRELATIVO

Si existen varias personas con derecho de subrogación: Se estará, en primer lugar, al acuerdo unánime entre los interesados sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación. CARRASCO PERERA entiende que no es necesario que el acuerdo sea unánime, bastando con que consienta aquel que pierda el rango prevalente.

A falta de acuerdo, rige el orden de prelación antes estudiado, teniendo en cuenta que los padres septuagenarios son preferidos a los descendientes.

En caso de concurrencia entre descendientes y ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado.

Si concurren varios hermanos, el de doble vínculo prevalece sobre el medio hermano.

Los casos de igualdad se resolverán a favor de quien tenga una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en su defecto, de quien tenga mayores cargas

(5) Véase CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 16 LAU», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por BERKOVITZ, R., Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 370 y 371.

familiares y en último término, a favor del descendiente de menos edad, ascendiente de mayor edad o hermano más joven.

Estos criterios de prelación son automáticos y excluyentes, hay que considerarlos con relación al momento del fallecimiento del arrendatario y el arrendador carece de legitimación pasiva en los procesos que los mismos generen.

IV. PROCEDIMIENTO

NOTIFICACIÓN POR ESCRITO

La persona que quiera subrogarse debe notificarlo por escrito al arrendador en el plazo de tres meses a contar desde la muerte del arrendatario, acreditándolo con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo un principio de prueba de que se cumplen los requisitos legales para la subrogación (art. 16.3 de la LAU).

Si no tiene lugar la mencionada notificación, no hay subrogación y el arrendamiento se extinguirá.

Se ha discutido en la doctrina si la notificación tiene que ser fehaciente, el artículo 16.3 de la LAU no lo exige expresamente, sólo alude a que se haga por escrito. Los partidarios de que se haga de forma fehaciente se basan fundamentalmente en la finalidad que tiene la notificación, que es posibilitar que el arrendador tenga conocimiento efectivo del fallecimiento del arrendatario y de que existen personas con derecho de subrogación que quieren continuar en el arrendamiento, de esta manera quedaría constancia de que el arrendador ha recibido la comunicación.

O'CALLAGHAN considera suficiente que se haga por escrito, siempre que quede constancia de su recepción, y GUILARTE GUTIÉRREZ admite incluso la notificación verbal, con acuse de recibo por parte del arrendador, por entender que el requisito de notificación escrita es *ad probationem* y no *ad substantiam*.

Posición jurisprudencial:

La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales consideran que la notificación tiene que ser escrita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 2-12-2002. No obstante, otras Audiencias Provinciales entienden que lo importante es que la notificación se haya producido, es decir, que el arrendador tenga conocimiento efectivo de la subrogación con independencia de la forma en que dicha notificación se realice. En este sentido destacamos la SAP de Barcelona de 21-4-2004.

Otras sentencias consideran que no es necesario notificar al arrendador la subrogación, si se prueba que éste ya la conocía y la consentía.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Si el arrendamiento se extingue, todos los que pudieran suceder al arrendatario quedan solidariamente obligados al pago de la renta correspondiente a esos tres meses, salvo los que hayan notificado por escrito al arrendador su renuncia a la subrogación en el mes siguiente al fallecimiento del arrendatario.

Por lo que respecta a las deudas pendientes del arrendatario originario, en principio no debe abonarlas el subrogado, sino que al tratarse de deudas de la herencia, deben pagarlas los herederos; no obstante para evitar que la falta

de pago origine una acción de desahucio, el subrogado puede pagar las rentas pendientes con derecho a repetir después contra los herederos.

Si el arrendador recibe en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan la condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse, hasta que se determine cuál de ellos ocupará la posición jurídica del arrendatario fallecido.

VI. PACTO DE NO SUBROGACIÓN

El artículo 16.4 dice: «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».

Sólo se permite tal pacto en los arrendamientos con duración superior a cinco años, no en los inferiores, con la finalidad de garantizar al arrendatario y sus familiares la duración mínima del arrendamiento de vivienda por plazo de cinco años.

Entiende LOSCERTALES que en el caso de fallecimiento del arrendatario antes de transcurrir los cinco primeros años de duración del contrato, no se produce la extinción automática, una vez que se cumple el plazo de cinco años, sino que para ello es necesaria la denuncia previa del arrendador, en base al artículo 6 de la LAU, que dice: «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».

La posibilidad de introducir este pacto en contratos de duración pactada superior a cinco años supone el reconocimiento al arrendatario de un poder dispositivo sobre la facultad de subrogarse en la relación arrendaticia, que implica un cambio total respecto del criterio jurisprudencial señalado al amparo de la legislación anterior.

RESUMEN

SUBROGACIÓN ARRENDATARIO

En el presente trabajo hemos analizado la subrogación mortis causa en la posición jurídica del arrendatario regulada en el artículo 16 de la LAU, en cuya virtud el subrogado asume los derechos y obligaciones del arrendatario fallecido, se enumeran cuáles son las personas con derecho de subrogación, el orden prelativo establecido, los requisitos para que tenga lugar la subrogación, así como los efectos que de ello se derivan.

ABSTRACT

TENANT SUBROGATION

In this paper we have analysed the mortis causa assumption of the legal position of tenancy as regulated in article 16 of the Urban Leasing Act, by whose virtue a subrogee assumes the rights and obligations of a deceased tenant. We list the persons who hold a right of subrogation, the established order of priority, the requirements for subrogation to take place and the effects stemming from subrogation.