

Algunas consideraciones en relación con la disposición transitoria 2ª B), Núm. 9, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS
Universidad de Córdoba

SUMARIO

1. Consideraciones generales sobre las disposiciones transitorias como régimen de derecho intertemporal
2. La subrogación a la que se refiere el apartado núm. 9 del epígrafe sub B) de la transitoria 2ª de la nueva Ley
3. Personas legitimadas para ejercitar, en su caso, el derecho a la subrogación
4. Duración del arrendamiento en los diferentes supuestos de subrogación
5. La convivencia con el arrendatario fallecido y cuestiones que se plantean
6. Observaciones sobre procedimiento y orden de prelación para llevar a cabo la subrogación por causa de muerte

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS COMO RÉGIMEN DE DERECHO INTERTEMPORAL

Sin ser necesario entrar aquí en el estudio acerca de la esencia del llamado derecho transitorio, baste con recordar que se entiende como tal el conjunto de normas destinadas a regular el tránsito (de ahí su nombre) entre el derecho derogado y el nuevo régimen jurídico aplicable a una relación duradera o como afirmaba RUGGIERO (citado por CASTAN en Tº. I, vol. 1º, 12ª ed. 1984, pág. 612) lo bastante extensa para tocar dos momentos diversos, en que tengan vigor, sucesivamente, normas de contenido sustancialmente distinto.

Se trata, en cierto modo, de «normas de normas» sobre la manera en que debemos actuar para aplicar en el tiempo y por relación a situaciones jurídicas lo suficientemente duraderas para vivir en esos dos momentos legislativos diferentes, reglas jurídicas con contenidos normativos distintos. Toda disposición transitoria es, en cierto modo, una norma de derecho intertemporal cuya finalidad es la de resolver los problemas de concu-

rrencia y conflicto entre normas materiales de diferente tratamiento respecto de una relación social y que han de ser aplicadas en momentos sucesivos. Tratar de resolver como se ha de aplicar la norma «antes» y «después».

Ya se comprende que las relaciones arrendaticias españolas que desde 1920 se salen del ámbito liberal de la contratación tal y como las entiende el Código Civil, son terreno abonado para que entren en juego las reglas del derecho transitorio. Y posiblemente sea en este campo donde el Legislador pone más a prueba su sensibilidad y capacidad de discernimiento de la realidad social que está llamado a regular. Y esto se hace más patente en una regulación que como en la vigente Ley de 1995 llegan a coexistir hasta cinco situaciones locativas diferentes.

La vigente Ley de arrendamientos y con relación a los contratos de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 (el célebre «Decreto Boyer») establece, como regla general, el principio de irretroactividad de la Ley al afirmar que «Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán rigiéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964...».

Sin embargo tal principio de irretroactividad se dulcifica en la propia disposición transitoria 2ª al declarar seguidamente que «... salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de esta disposición transitoria». Es decir, declara aplicables a los arrendamientos de vivienda anteriores a 9 de mayo de 1985 las modificaciones que la disposición transitoria 2ª contiene. Por tanto en la vigente LAU de 1995 se establece como regla general la irretroactividad de la Ley y como excepción la retroactividad para determinados supuestos.

En este trabajo trato exclusivamente del régimen transitorio en materia de su-

brogación por muerte del inquilino tal y como se regula en el número 9 del epígrafe sub B) de la citada transitoria 2ª, advirtiendo que la Ley vigente, en este punto, trata de mantener una situación equilibrada (¿?) entre la anterior Ley de 1964 y la vigente filosofía de la regulación arrendaticia, de suerte que se mantiene el criterio de las dos viejas subrogaciones del TR de 1964, pero algo más limitada en la segunda y si bien se disminuye el número de beneficiarios (lo que habría sido excelente) se trata de una ilusión, pues en el apartado núm. 7 se da entrada y con razones que son exclusivamente sociales (aunque se haya querido vestir con otros ropajes) a las parejas de hecho tanto hetero como homosexuales.

2. LA SUBROGACIÓN A LA QUE SE REFIERE EL APARTADO NÚM. 9 DEL EPÍGRAFE SUB B) DE LA TRANSITORIA 2ª DE LA NUEVA LEY

El apartado número 9, objeto de este comentario, afirma que «Corresponde a las personas que ejerciten la subrogación contemplada en los apartados 4 y 7 de esta Disposición...» y conviene, antes de seguir, responder a qué subrogación se refiere y para ello lo lógico es leer esos apartados 4, 5 y 7 del epígrafe B) sobre «Extinción y subrogación». En los apartados 4 y 7 se habla de «fallecimiento» del arrendatario y asimismo en el apartado 6. En el apartado 5 se refiere la Ley no solamente al caso de fallecimiento del que era arrendatario (o quien no el titular originario, sino quién ya había sucedido al que lo fue inicial), sino también se hace referencia al art. 24,1 del Texto de 1964 y, en consecuencia, al caso de «cesión inter vivos».

En consecuencia la norma transitoria trata de resolver, lo mejor que puede, la situación anterior de prórroga forzosa y subrogaciones tanto «mortis causa» de los arts. 58 y 59 del derogado TR de 1964, como también la situación creada

como consecuencia de que se hubiera producido alguna cesión «inter vivos» del art. 24.1 del TR de 1964, al que se le computa como si fuera o se tratase de una primera subrogación por causa de fallecimiento del titular arrendatario, según se desprende del apartado 5 de la Transitoria 2ª.

Es una subrogación o sucesión atípica, que se opera «ministerio legis» y que en esta Disposición transitoria 2ª trata de resolver la situación de los arrendamientos de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, contratos, por lo tanto, sujetos al régimen de próroga forzosa y de ahí que la nueva Ley establezca modificaciones que le apartan tanto de lo que disponían los derogados arts. 58 y 59 del TR de 1964 como de lo que establece para los contratos nuevos al amparo de la Ley vigente que entró en vigor el 1º de enero de 1995.

La norma transitoria ofrece, se podría decir un «tira y afloja» para no adoptar posiciones excesivamente rígidas tanto en lo relacionado con la duración de esos contratos ya vigentes desde antes de 1985 como en lo relativo a la renta. En lo que toca a la duración, que es lo que aquí importa, la solución, siempre criticable, se mueve entre mantener las dos viejas y posibles subrogaciones establecidas en los arts. 58 y 59 de la ley derogada y ello aún en el caso de anteriores posibles subrogaciones que hubieran tenido lugar antes de 1º de julio de 1964, según se establecía en la Disposición Transitoria 10ª, 1 del TR de 1964. Por lo tanto en relación con los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la L.A.U. de 1995, resultará (concordando la Transitoria 2ª en su epígrafe A) Régimen normativo, 1 y B), 4) que el número de subrogaciones dependerá de lo ocurrido entre 1º de julio 1964 y 9 de mayo de 1985, y así bien pudieron agotarse las dos subrogaciones o haber usado una sola de ellas. Si no ocurrió así aún podrán llevarse a cabo dos subrogaciones (apartado 4, párrafo 3), disminuir el número de personas que pueden optar (apartado 4,1 y apartado

5) o añadir, como es habitual, a la lista de posibles beneficiarios el conviviente en pareja de hecho, tanto hetero como homosexuales (apartado 7), todo ello sin olvidar lo dispuesto en los apartados 6 y 8 de la Transitoria.

La subrogación tiene lugar al fallecimiento del titular inicial del contrato de arrendamiento (apartado 4) y también cuando se produce la muerte del que se subrogó en su situación arrendatícia que, por tanto, se había ya subrogado en lugar de quien ya había sido el primer arrendatario de la vivienda (apartado 5) y también en caso de fallecimiento de la persona que a tenor de lo establecido en el art. 24.1 del TR de 1964, se hubiese subrogado en la posición del inquilino antes de la entrada en vigor de la presente Ley. Es decir, que se trata de una cesión «inter vivos» a la que la transitoria en su apartado número 5 y a pesar de lo que establece en el Régimen normativo general (Transitoria 2ª, A), número 3), considera y computa como si se tratase de una primera subrogación «mortis causa» (apartado 5). En cuanto se refiera a las cesiones (arts. 23 y 26 del TR de 1964), la Ley vigente no dice nada, por lo que parece que se pueda dar por sentado que esos preceptos deben seguir siendo de aplicación respecto de los arrendamientos subsistentes al momento de entrada en vigor de la vigente Ley.

3. PERSONAS LEGITIMADAS PARA EJERCITAR, EN SU CASO, EL DERECHO A LA SUBROGACIÓN

Las personas a las que corresponde ejercitar el derecho para subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda si se celebró con anterioridad al 9 de mayo de 1985 no son las mismas a las que se concedía este derecho en los arts. 58 y 59 del derogado TR de 1964. La legislación ahora derogada lo establecía, en primera subrogación, en favor del cónyuge, descendientes (con pre-

ferencia de los hijos varones menores de edad, hijas solteras, mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos), ascendientes y hermanos (con preferencia de las hermanas solteras y en caso de segunda subrogación sólo al cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos y esto tanto «inter vivos» como «mortis causa».

En la nueva Ley y para los contratos de arrendamiento de viviendas celebrados antes de 9 de mayo de 1985 -que es a lo que se contrae la Disposición Transitoria 2ª, epígrafe B), Extinción y Subrogación- aunque se mantienen, como ya he dicho en el número anterior- dos subrogaciones, sin embargo la «lista» de personas con derecho a solicitarla es, en cierto modo, menor. Dar una solución a esta cuestión no era ciertamente fácil, como no lo son nunca las soluciones propias de las normas transitorias, razón por lo que, como afirma un conocido comentarista, «ésta es una de las reformas importantes, que se ha quedado corta, en opinión de algunos y que ha ido demasiado lejos, según la postura de otros». A pesar de que el legislador parece que afrontó este punto con interés y con prudencia, a mi juicio es criticable y todavía excesivamente favorable al arrendatario.

Para la norma transitoria y respecto de los contratos indicados, las personas que pueden ejercitar el derecho a subrogarse son éstas: el cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, en su defecto los hijos y en defecto de ellos, los ascendientes del arrendatario. Por supuesto y de acuerdo con la nueva política legislativa también tienen derecho a solicitar la subrogación «la persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge». El orden y las personas es éste: cónyuge, persona conviviente, hijos y otros ascendientes; si bien para estos el derecho es solamente en caso de una primera subrogación y no para una segunda. Este elenco y el orden de prelación resulta de lo que establece el apartado 9 de esta Tran-

sitoria 2ª epígrafe B) al afirmar que «Serán de aplicación a la subrogación por causa de muerte regulada en los apartados 4 a 7 anteriores, las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la presente Ley». Como puede apreciarse el orden que acabamos de indicar plantea algunas dificultades de coordinación al confrontar lo establecido en ese apartado 9, párrafo 3 con lo que se establece en el apartado número 4 de la propia Transitoria.

La normativa vigente (en los apartados 4 a 7 de la Transitoria 2ª, sub B)) para determinar quiénes y en qué orden pueden ejercitar el derecho a subrogarse parte de la siguiente y fundamental distinción de situaciones:

A) Caso en el que el arrendatario, al 1º de enero de 1995 (fue la fecha de entrada en vigor de la LAU) fuera el titular originario del arrendamiento, o lo que es lo mismo, que en 1º enero 1995 no se había producido ninguna subrogación ni «mortis causa» (arts. 58 y 59 del TR de 1964), ni «inter vivos» (art. 24, I del TR 1964).

En este supuesto, fallecido el arrendatario, las personas a las que corresponde solicitar, si quieren, la subrogación son y por su orden las siguientes: 1º) El cónyuge no separado legalmente ni de hecho; 2º) Al conviviente «more conyugalis», es decir el que vive, sin estar casado, con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de marido y mujer, con independencia de su «orientación» sexual (respecto de las cuestiones que también aquí se pueden plantear, igualmente me remito al comentario al art. 16 de la Ley); 3º) Los hijos del arrendatario, y 4º) Y a falta de todos los anteriores los ascendientes del arrendatario. Este es el orden y, lógicamente, siempre que se cumplan con todos y cada uno de los requisitos que exige la normativa vigente (Transitoria 2ª, apartado sub A y sub B).

Si comparamos el TR de 1964 con lo que establece la norma transitoria está claro que existen diferencias. En el TR de 1964 se habla de «descendientes» y en la

norma transitoria se dice que en defecto de cónyuge o conviviente se podrán subrogar los hijos y creo que los hijos son descendientes, pero no todos los descendientes son hijos. Por lo tanto los nietos quedan fuera de una posible subrogación y los descendientes de éstos. Así mismo en la situación que regula la norma transitoria segunda, han quedado fuera los hermanos (basta comparar el art. 58 del TR de 1964 y la normativa actual) siempre en relación con contratos ya subsistentes a la entrada en vigor de la nueva Ley, porque, en cambio, para los contratos que se celebren al amparo de la nueva Ley resulta que los hermanos y aún los colaterales en el tercer grado de parentesco sí están incluidos en la subrogación del art. 16. ¿Dónde está la justificación de no mantener, para estos contratos, a los que ya estaban y sí mantenerlos hasta el 3º grado colateral en los que se celebren a partir de 1º de enero de 1995?. Esta última observación llama la atención y aún más que no se limite la subrogación «hacia arriba» puesto que no se dice «los padres», sino los ascendientes y sí en la línea descendente a sólo los hijos, como queda dicho. Y que se excluyan los hermanos y se dé entrada al conviviente que, a mi juicio, no entra dentro del favor a la conyugalidad, sino a otro fenómeno social con presupuestos diferentes y que ni son parientes ni familia en sentido estricto.

B) Caso en que el arrendatario, a la fecha de 1º de enero de 1995 (entrada en vigor de la nueva ley) ya lo era por subrogación respecto del titular originario, lo que es igual, que en 1º de Enero de 1995 ya se había producido una subrogación ("mortis causa" o "inter vivos").

En este supuesto, fallecido el arrendatario, las personas a las que se concede el derecho a pedir la subrogación, son las siguientes: 1º) El cónyuge del subrogado, no separado legalmente ni de hecho; 2º) El conviviente de hecho (apartados 5 y 7 de la Transitoria 2ª y 3º) Los hijos (apartado 5).

4. DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN LOS DIFERENTES SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN

La duración del arrendamiento y de ahí su importancia, varía de acuerdo con la persona que ejerce la subrogación. No tiene igual duración si el que se subroga (cumplidos los requisitos de los apartados 4 a 7 de la Transitoria 2ª es en el caso sub A) el cónyuge o el conviviente de hecho, que un hijo o un ascendiente y de igual manera los efectos son diferentes si la subrogación tiene lugar en el supuesto que se dice en el apartado sub B), a los que me he referido anteriormente. Pero como ello corresponde al comentario de los apartados A) Régimen Normativo y B) Extinción y subrogación, números 4 a 8, queda fuera del contenido de este trabajo.

5. LA CONVIVENCIA CON EL ARRENDATARIO FALLECIDO Y CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

La convivencia con el arrendatario, tanto en la legislación derogada (arts. 58 y 59 del TR 1964) como en el art. 16 de la nueva Ley y en las normas transitorias para regular los efectos de la subrogación respecto de contratos celebrados antes de 9 de mayo de 1985, es un presupuesto inexcusable para que la subrogación se produzca. Lo que ocurre es, por una parte, que las expresiones legislativas no utilizan un vehículo gramatical uniforme y con ello han dado lugar a dudas y equívocos: así en el TR de 1964 se habla de «...que con aquel hubiesen convivido en la vivienda...» o de «...mera convivencia...» y en el vigente art. 16 de la Ley igualmente las expresiones son variadas y así la Ley habla desde "conviviera con él..." o 2ª conviviente con el arrendatario..." hasta «...mera convivencia o "...convivido habitualmente...». La Transitoria 2ª, B) guarda más severidad en el lenguaje, a salvo que en el ap. 7 habla de convivencia de «forma permanente» y no habitual.

El apartado número 9 de la Transitoria 2ª que es objeto de este trabajo afirma que «La condición de convivencia con el arrendatario fallecido deberá ser habitual y darse necesariamente en la vivienda arrendada», circunstancia que el que ejercita el derecho a subrogarse debe probar de acuerdo con lo que la Ley pida para cada supuesto.

La convivencia con el que fue arrendatario inicial o por subrogación deberá ser una convivencia habitual que, con plazo previo o no, como después veremos, supone sencillamente que debe tratarse de una vida doméstica en común, real y auténtica y de forma continuada, pues no sería suficiente algo meramente formal para poder solicitar y adquirir el derecho a subrogarse. La habitualidad no se interrumpe por el hecho de que ocupaciones profesionales, por ejemplo, obliguen a salir de la vivienda por temporadas, siempre que se mantenga ese "ánimus" de convivir. Lo que la Ley quiere indicar con la palabra «habitual» es que la vivienda sea en la que se vive por costumbre, continuamente, la vivienda normal y la que presumiblemente se seguirá teniendo en el futuro y, claro está, la que se tiene, sin plazo previo o con él, en el momento del fallecimiento del que es arrendatario. No se trata de que allí se esté «permanentemente», sino la voluntad de estar allí, pues entiendo que hay matices entre habitualidad y permanencia. Lo habitual (adjetivo) y lo habitualmente (adverbio) es lo que se hace por hábito o costumbre y la permanencia (adjetivo) o "permanentemente" es lo que permanece o es estable o incluso inmutable. La idea de habitualidad es más apropiada que la de permanencia.

La norma Transitoria 2ª, sub B), en éste número 9 exige que la condición de convivencia con el arrendatario además de habitual, en el sentido dicho, tenga lugar 2ª necesariamente en la vivienda arrendada y en este punto no coincide el texto de la Ley con lo que se regula para los contratos celebrados antes del 9 de mayo de 1985.

Una primera conclusión a la que se puede llegar es que el cónyuge, la persona conviviente de hecho, los hijos y as-

endientes del arrendatario fallecido, en todos los casos deben probar su condición de conviviente (lo es el que convive o vive en compañía de otro y no de otros ni en el matrimonio ni en las uniones de hecho ya que la estabilidad en la convivencia ha de limitarse a dos personas) y con ello la circunstancia de la convivencia y también probar que es habitual y en la vivienda arrendada, en la que necesariamente debe darse. Estas son exigencias de la Ley generales a todas y cada una de las posibles subrogaciones a que se refiere la Transitoria 2ª.

La prueba de convivencia, y de cuantos hechos deban probarse para obtener la subrogación, que pide el apartado que estamos comentando es sencillamente la que pueda suministrarse por todos los medios admitidos en derecho (documental pública y privada, testifical, etc.) desde certificaciones municipales o de otros Organismos e Instituciones hasta notificaciones judiciales o administrativas o bancarias, todo lo que constituya un principio de prueba por escrito y que, en su conjunto, pueda llevar a la convicción del Juez de que efectivamente allí se convivía con el arrendatario fallecido, pues de no ser así su derecho sucumbe y el arrendamiento queda extinguido. La prueba incumbe al que solicita la subrogación (art. 1214 del C.c.).

Acreditar realmente que se convivía con el arrendatario fallecido (y que ahora en la Transitoria 2ª a diferencia de lo que disponían los arts. 58 y 59 del TR de 1964, deberá notificarse al arrendador en el plazo de tres meses para evitar la extinción del contrato antes de la remisión que se hace al art. 16 de la Ley en el párrafo 3º del número 9 de esta Transitoria) puede ofrecer serias dificultades en el caso de las uniones de hecho y aún más si son parejas homosexuales. Por supuesto que la prueba en estos casos de convivencia «more conjugalis» no se refiere tanto al hecho de vivir juntos cuanto a su «análoga relación de afectividad a la de cónyuge». A mi juicio (se pueden ver en la reciente doctrina otras opiniones) el que la Ley hable de convivencia «habitual» en la subrogación del cónyuge, hijos o as-

endientes y de convivencia «permanente» cuando el que la ejercita es el conviviente, no supone que haya querido darle un alcance más restrictivo, sino simplemente que piensa que es igual decir una cosa que otra. Tan exigente se debe proceder en un caso como en otros y puestos a igualarlos no veo porqué se debería exigir más a unos que a otros.

La prueba de la convivencia con el arrendatario fallecido tiene un alcance diferente en unos casos y en otros. Así es en efecto.

Si el que la solicita es el cónyuge debe probar que su convivencia era habitual y en la vivienda arrendada y creo que nada más debería afirmar, no olvidándose que la palabra «cónyuge» del arrendatario nos lleva derechamente al matrimonio y de ahí a la presunción de convivencia que establece el art. 69 del C.c., puesto que si estaban separados legalmente o de hecho, en el caso de ser así, ya lo hará el arrendador. Al cónyuge la Ley no le exige un plazo previo de convivencia con el arrendatario y es lógico que sea así. Basta con presentar el certificado de casamiento. (Cfr. el apartado 4, párrafo 1º y el 5, párrafo 1º).

Cuando de conformidad con el apartado 7 de la Transitoria 2ª, se tratase de conviviente sobreviviente de una unión de hecho, además de la obligada prueba de convivencia en la vivienda arrendada, se debe probar que esa relación de análoga afectividad a la conyugal (tanto en las uniones heterosexuales como homosexuales) venía dándose desde hacía dos años, al menos, a la fecha del fallecimiento. Ya se comprenderá la dificultad de probar el día de comienzo de la relación, faltando el acta matrimonial acreditativo del estado civil de casados. Según la Ley ese plazo previo no es exigible cuando haya descendencia «en común» en cuyo caso bastará la «mera convivencia». En las parejas homosexuales ¿se entenderá descendencia común, el haber adoptado un niño?

Fallecido el arrendatario titular del contrato, sin cónyuge o sin compañera o com-

pañero o porque no tenga derecho a subrogarse, tienen derecho a ejercitar el derecho a la subrogación los hijos (no otros descendientes como nietos, bisnietos, etc., como ya he advertido antes) y éstos deben probar de acuerdo con la regla general la convivencia, teniendo en cuenta, también, la presunción de convivencia de los hijos con sus padres que viene impuesta por el art. 154 C.c., con el deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, con lo que basta con probar esa condición. En todo caso a la parte contraria incumbe probar otra cosa (art. 1214), y que se convivió en la vivienda arrendada (apartado 9, párrafo 2º) y que esa convivencia se daba desde hacía, al menos, dos años anteriores a la fecha del fallecimiento del arrendatario. Igual plazo de dos años exige la norma transitoria para el caso de segunda subrogación, es decir, en caso de subrogación del hijo del arrendatario que lo fuera por haberse ya subrogado antes de la entrada en vigor de la vigente Ley (en 1º enero 1995) y, por supuesto, cumpliendo los demás requisitos exigidos. (Apartado 5 de la Transitoria 2ª). Y todavía respecto de la subrogación de los hijos hay que hacer referencia al supuesto del párrafo 3º del apartado número 4 de esta Transitoria 2ª y también al caso de subrogación que se regula en el apartado número 8. Se puede observar que en estos dos casos no se exige plazo previo de convivencia. Es verdad que estos párrafos parece que atienden preferentemente a regular el momento de extinción del contrato, pero no es menos cierto que nada puntualizan respecto de si se exige o no plazo previo a la convivencia del hijo que se subroga y que se supone menor de edad o mayor de 65 años o preceptor de prestaciones públicas. Se podría pensar que a pesar del silencio de la Ley debe exigirse el plazo de antelación de los dos años, pero a mi juicio en estos supuestos es precisamente ese silencio de la Ley el que autoriza a pensar que basta la convivencia, sin tiempo previo de convivencia, dadas las especiales circunstancias que la Ley exige, tales como edad, minusvalías, etc. y que han de ser probadas por el solicitante para que efectivamente sea posible la subrogación.

En defecto de los anteriores, señala el número 4 de esta Transitoria 2ª, en su epígrafe B), que se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento. Para el grupo de los ascendientes es necesario señalar las siguientes particularidades: 1ª) la Ley habla de ascendientes que desde el punto de vista del parentesco con el arrendatario fallecido, no es otra cosa que la línea que liga a una persona con aquellos de quienes desciende. Por tanto son los padres, abuelos, bisabuelos y así sucesivamente del arrendatario, tanto en la línea materna como paterna y sin otras distinciones entre parentesco natural o por adopción; 2ª) los ascendientes que soliciten la subrogación han de probar que convivían con el arrendatario en la vivienda arrendada y "a su cargo", y 3ª) que llevaban conviviendo con él tres años antes de la fecha del fallecimiento.

Importa aclarar que esta subrogación es exclusivamente para el caso previsto en el art. 58 del TR de 1964, pues eso es lo que dice el apartado 4 del epígrafe sub B) de la Transitoria 2ª. Lo que quiere decir que no cabe subrogación de ascendientes -como ya he advertido en páginas precedentes- si se hubiera operado una subrogación anterior o una cesión inter vivos, pues ese caso está dentro del apartado 5 de esta misma Transitoria y epígrafe sub b) en el que quedan excluidos los ascendientes.

6. OBSERVACIONES SOBRE PROCEDIMIENTO Y ORDEN DE PRELACIÓN PARA LLEVAR A CABO LA SUBROGACIÓN POR CAUSA DE MUERTE

El apartado 9, párrafo 3º, del epígrafe sub B) de la Transitoria 2ª, objeto de este comentario, dice literalmente lo que sigue: "Serán de aplicación a la subro-

gación por causa de muerte regulada en los apartados 4 a 7 anteriores, las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la presente Ley».

Este penúltimo párrafo que estamos comentando establece una clara remisión al art. 16 de la Ley vigente para los supuestos de subrogación por causa de muerte regulado sólo en los apartados 4, 5, 6 y 7 (en el apartado primero se excluye el número 6 en orden a probar la convivencia con el arrendatario fallecido) y tal remisión al art. 16 de la Ley es exclusivamente respecto a lo que en ese precepto se dispone sobre «procedimiento y orden de prelación». Veamos, por ese mismo orden, las cuestiones que se pueden plantear.

A) Procedimiento que debe seguirse para solicitar la subrogación en contratos de arrendamiento de vivienda celebrados bajo el régimen normativo de esta Transitoria 2ª sub B).

De acuerdo con la letra y con lo que parece ser el espíritu de la norma, se trata de aplicar a estos contratos lo mismo que para los celebrados al amparo de la nueva Ley dispone el art. 16 en su apartado número 3. La doctrina más reciente estima que se trata de aplicar aquí los mismos criterios que establece ese apartado 3º del art. 16 debiendo el que se subroga notificar por escrito el hecho del fallecimiento del arrendatario, con certificado de defunción, identidad del subrogado, indicando el parentesco o situación familiar y ofreciendo un principio de prueba de que efectivamente cumple los requisitos legales para subrogarse. Pero esa misma doctrina duda acerca de si esa remisión al art. 16 es una remisión total y plena, hasta el punto de comprender también lo referente al pago de la renta de tres meses si la extinción se produce, o no la alcanza. Para GUILARTE GUTIÉRREZ esa responsabilidad solidaria no parece entrar en la remisión porque «no obstante incluirse entre las destinadas a establecer las reglas para materializar la subrogación, al no poder en rigor califi-

carse de disposición de procedimiento, acaso resulte de dudosa aplicación a las situaciones previstas en la transitoria». En cambio para CAPILLA y FINEZ sí se debe incluir en la remisión todo el apartado 3º del art. 16 de la nueva Ley respecto de situaciones arrendaticias celebradas antes del 9 de mayo de 1985 y subsistentes a la entrada en vigor de la nueva Ley.

Por mi parte no pienso así. Y ello por las siguientes razones: 1ª) porque la norma transitoria habla de remisión a las disposiciones sobre «procedimiento» y a nada más, por lo que creo que la remisión se agota precisamente en lo relativo a los requisitos para el ejercicio de ese derecho de subrogación y no a los efectos derivados precisamente de su no ejercicio y por lo tanto de extinción de la relación arrendaticia; 2ª) porque no se puede hablar de una remisión tácita a la totalidad ni del art. 16 y por lo tanto tampoco a la totalidad del apartado 3º del precepto, ya que supondría agravar la posición de quienes en el texto derogado no sufrían esa sanción y porque en tanto que para los contratos celebrados al amparo de la vigente Ley esa sanción alcanza a quienes no ejerciten el derecho o no renuncien en tiempo y forma, resulta que como en la norma transitoria se dice que «En ningún caso los beneficiarios de una subrogación podrán renunciarla a favor de otro de distinto grado de prelación», por lo menos en algunos casos no podrían renunciar y sí responder; 3ª) porque en la Transitoria no siempre la remisión al art. 16 es global o total, como por ejemplo en el caso del art. 16.2 en relación con la subrogación de ascendientes, y 4ª) porque la finalidad que se persigue es derogar el régimen establecido en el art. 58, 4 del TR de 1964 y al no ser clara la remisión, mejor dicho, al hablar la Ley solo de cuestiones de «procedimiento», estimo que no alcanza a aquella responsabilidad solidaria al pago de la renta de tres meses, ya que una cosa es el efecto retroactivo, sin olvidar que la retroactividad y la irretroactividad responden a un principio de prudencia legislativa, y otra, además, el perjuicio al derecho ya adquirido.

B) Orden de prelación que debe seguirse en los casos de subrogación por causa de muerte contemplados en los apartados 4 a 7 de esta Transitoria 2ª.

Este párrafo penúltimo del apartado 9 de la Transitoria 2ª, también remite, como sabemos, a la vigente Ley (art. 16) en lo relacionado con "... y orden de prelación establecidas...". El propio tenor literal de esta norma transitoria habla de orden de prelación reconociendo que el elenco de posibles personas, con derecho a subrogarse supone la necesidad de guardar una gradación a la que, por cierto, también se refiere expresamente el art. 16.2º de la Ley. Y prelación no es otra cosa que prioridad legalmente establecida que señala preferencia o rango con que debe ser atendido un derecho antes que otro. De modo que en el art. 16 de la Ley se establece ese "rango" o «prioridad» que resulta ser el siguiente: cónyuge, conviviente, ascendientes septuagenarios, descendientes, ascendientes que no hayan cumplido 70 años, hermanos y otros parientes colaterales hasta el 3º grado que reúnan determinadas circunstancias. Ninguno del «escalón» inmediatamente inferior al que le precede puede subrogarse a menos que renuncie el que le precede o que no pueda subrogarse por no reunir los requisitos legales y como cabe que en determinada clase de parientes del arrendatario fallecido concurren varios (ascendientes, descendientes) o incluso que coincidan todos los indicados, la Ley también permite que por acuerdo unánime, eso sí, se designe de entre ellos quién ha de resultar el beneficiario.

Pero en la norma transitoria que ahora se estudia me parece que las cosas no ocurren del mismo modo. Hay que observar que el apartado número 4 de la Transitoria 2ª cuando va señalando las personas que pueden subrogarse utiliza siempre la expresión «en defecto», de suerte que sólo en defecto de cónyuge (quiere decir la norma por inexistencia real o porque viviendo estuviera separado legalmente o de hecho del arrendatario fallecido), le corresponde al conviviente y en defecto de éste a los hijos y en defecto

abusos

abusos

abusos

to de estos a los ascendientes (también conviene destacar que respecto de estos contratos celebrados antes de 9 de mayo de 1985, no entran los padres septuagenarios preferidos a los descendientes).

Por de pronto en relación con estos contratos a los que se refiere la Transitoria 2ª, no cabe la preferencia de los padres septuagenarios respecto de los hijos, lo que si es posible en el art. 16, 2 de la nueva Ley para los nuevos contratos. Luego la remisión no se puede entender sin más a lo dispuesto en el art. 16 al comparar el texto de la Ley con el apartado 4 de la Transitoria 2ª que se refuerza con la no posibilidad de renunciar por un beneficiario en favor de otro de grado distinto (número 9, párrafo 4º).

Es decir, en relación con estos contratos celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y subsistentes a la entrada en vigor de la nueva Ley, por lo que se refiere al orden de prelación para poder entrar en el beneficio de seguir en el arrendamiento a pesar de la remisión al texto del art. 16 las cosas ocurren de otro modo. Es éste: A partir de la entrada en vigor de la Ley, la subrogación establecida en el derogado art. 58 del TR 1964 sólo puede tener lugar en favor de los hijos en defecto de cónyuge o de conviviente y los ascendientes en defecto de hijos, sin que ninguno de los llamados pueda dar entrada al siguiente renunciando, pues tal cosa está prohibida (último párrafo del número 9). Si el posible beneficiario renuncia, el contrato se extingue, que es la finalidad que persigue la Ley.

Ahora bien, cabe la renuncia en favor de personas del mismo grado de prelación, «a contrario sensu» de lo que establece el párrafo 4º del número 9 de la Transitoria 2ª objeto de este comentario.

En resumen creo que se puede entender lo siguiente:

1º) A pesar de la remisión que hace la norma transitoria al art. 16 de la Ley, el criterio en relación con la prelación no es el mismo respecto de los nue-

vos contratos de alquiler que respecto de los celebrados antes del 9 de mayo de 1985 bajo el amparo del TR de 1964, como lo demuestra la no inclusión de los ascendientes con 70 años cumplidos que no entran en el posible beneficio al negárseles este derecho.

2º) En la norma transitoria el derecho de cada clase (cónyuge, conviviente, hijos, ascendientes) opera en defecto de la anterior y no cabe acuerdo para designar a otro, pues la finalidad de la norma transitoria es distinta de la que se persigue en el texto de la Ley. En los contratos que se celebraron bajo la legislación derogada no cabe simultaneidad en la subrogación. Por eso se habla de «en defecto».

3º) Por consiguiente en la clase de beneficiarios cónyuge o conviviente, al no haber sino un solo individuo en cada una, si el anterior renuncia, el contrato se extingue, sin más.

4º) Pero en las demás clases de beneficiarios posibles (hijos y ascendientes) como pueden ser varios, entonces la norma transitoria solamente prohíbe renunciar al beneficio en favor de otro de distinto grado, entendiendo por grado no el grado de parentesco con el arrendatario fallecido, sino otra persona de la clase o grupo que le sigue y así, lo que no se prohíbe es que concurriendo varios hijos o varios ascendientes del arrendatario, no solamente se pueda dar preferencias establecidas en la Ley como las del art. 16, 2 respecto de los hijos, precisamente por la remisión que se opera, o respecto de ascendientes, y entre ellos, por razones de grado de parentesco, minusvalías o cargas familiares; sino también y de igual forma cabe, en estos supuestos, que se pongan de acuerdo y por unanimidad designen beneficiario a uno de ellos, todos dentro de la misma clase (hijos o descendientes) y ello cuando no lo impidan las diferencias por razón de preferencias legales ya indicadas.