

LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA “INTER VIVOS”
COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

“INTER VIVOS” SURROGACY AS A FAMILY PROTECTION
MEASURE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 476-505

Covadonga
LÓPEZ
SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En el presente trabajo se examina cuán efectiva es la subrogación arrendaticia “inter vivos” como medida de protección de la vivienda familiar y, por ende, de la familia. Para ello es obligado un estudio inicial acerca de la institución jurídica protagonista, esto es, de la vivienda familiar, gracias al cual se logra desarrollar el análisis realizado posteriormente sobre lo estipulado en los artículos 12 y 15 LAU, pudiendo concluir cuáles son los aciertos y cuáles las posibles mejoras de la legislación vigente en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; arrendamiento; subrogación “inter vivos”, protección de la familia.

ABSTRACT: *This paper examines how effective “inter vivos” tenancy subrogation is as a measure for the protection of the family home and, therefore, of the family. In order to do so, an initial study of the legal institution involved, i.e. the family home, is required, allowing us to develop the subsequent analysis of the provisions of articles 12 and 15 LAU, and to conclude which are the successes and which are the possible improvements of the current legislation in this field.*

KEY WORDS: *Family dwelling; rental contract; inter vivos subrogation; family protection.*

SUMARIO.- I. LA VIVIENDA FAMILIAR COMO INSTITUCIÓN NECESITADA DE PROTECCIÓN.- 1. La vivienda familiar: concepto y delimitación.- A) Concepción jurídica actual de familia.- B) Concepto de vivienda familiar.- 2. La protección de la vivienda familiar en el Derecho Civil. En particular, la vivienda arrendada.- A) La subrogación arrendaticia inter vivos como medida de protección.- II. LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA A RAÍZ DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA: ARTÍCULO 15 LAU.- 1. Fundamento jurídico: el artículo 96 CC.- 2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico.- A) La notificación.- 3. Posibles conflictos jurídicos en la aplicación del artículo 15 LAU: ¿puede ser revertida la subrogación?- III. EL DERECHO A CONTINUAR EN LA VIVIENDA ARRENDADA DEL CÓNYUGE Y DEL CONVIVIENTE: EL ARTÍCULO 12 LAU.- 1. Fundamento y naturaleza jurídica.- 2. Régimen jurídico.- A) Notificación.- B) Aplicación del precepto a las parejas de hecho.- IV. ALGUNAS REFLEXIONES Y CONCLUSIONES FINALES: ¿ES LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA INTER VIVOS UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EFECTIVA?

I. LA VIVIENDA FAMILIAR COMO INSTITUCIÓN NECESITADA DE PROTECCIÓN.

Con el paso de los años se ha podido apreciar cómo cada vez más familias optan por poseer la que fuera a ser su vivienda familiar en virtud de un contrato de arrendamiento y no en propiedad¹, teniendo esto consecuencias evidentes en las medidas que pudieran resultar de una eventual crisis matrimonial o de pareja.

Partiendo de esta premisa, nos disponemos en las siguientes páginas a analizar la subrogación "inter vivos" que se prevé en la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) en sus artículos 12 y 15 como mecanismo garante de la especial tutela que esta figura requiere del ordenamiento. Para esta labor, sin embargo, es condición necesaria comenzar por ahondar en el concepto de aquello que se protege, esto es, de la vivienda familiar.

I. La vivienda familiar: concepto y delimitación.

No son pocas las obras de gran importancia y extensión que ha dedicado la doctrina hasta el momento a la vivienda familiar²: institución cuya relevancia está fuera de toda duda, a la que se refieren en multitud de ocasiones diversas

1 Tal y como avala el INE en su nota de prensa de 22 de febrero de 2023 sobre la Encuesta de Características Esenciales de la Población y Viviendas del año 2021 (disponible en https://www.ine.es/prensa/ecepov_2021_feb.pdf), en la que afirma que "la tendencia a vivir en régimen de alquiler se ha incrementado en los 10 últimos años".

2 Entre otros pueden mencionarse: CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; GARCÍA MAYO, M.: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019; AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021; o AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

• Covadonga López Suárez

Investigadora Predoctoral FPU en Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: covadonga.lopez@uca.es

normas del ordenamiento jurídico español [desde el Código Civil³ -en adelante, CC-, hasta la LAU, como ya se ha mencionado, o el Reglamento Hipotecario⁴ (en adelante, RH)], pero de la que no existe a día de hoy una delimitación por parte del legislador⁵, una definición que guíe, "grosso modo", sobre sus aspectos más importantes al intérprete de la norma⁶.

Como decíamos, la concreción de qué se entiende por vivienda familiar es prioritaria al abordar el tema de su protección por cuanto para ello se coartan los derechos de unos (en este caso, del arrendador que sufre la novación subjetiva en el contrato sin poder negarse a ello) en pro de los derechos de otros (la familia tutelada)⁷. De esta forma, si no se lograra acotar con precisión dicho término, podría suceder que los derechos de unos fueran coartados injustamente en pro de los derechos que otros no ostentan legítimamente.

A) Concepción jurídica actual de familia.

Un primer acercamiento a la vivienda familiar nos permite apreciar con nitidez la importancia de en qué sentido concreto se haya de entender la "familia" en este contexto, ya que, en sí, el adjetivo "familiar" es el que justifica que se dé un trato especial a un determinado inmueble⁸.

3 Dedicándole los artículos 90.1.c); 91; 96 párrafos 1º y 4º; 103.2º; 1320 párrafos 1º y 2º; 1321; 1357 párr. 2º; y 1406.4º CC.

4 Vid. GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L. "Vivienda familiar", *Cuadernos de estudios manchegos*, 2011, núm. 36, pp.43-60.

5 Por el contrario, tal y como advierten autores como CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de derecho de la familia*, Vol. 3 (*Los regímenes matrimoniales (I)*), (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 289, a ello se suma la "indeterminación terminológica" de la que hace gala el legislador al hacer referencia a esta figura, empleando para ello expresiones tales como "domicilio familiar", "hogar familiar" o "domicilio conyugal", sin aclarar si estos vocablos se refieren o no a la misma realidad. La autora relata la relación entre los conceptos "vivienda familiar", "domicilio conyugal" y "domicilio familiar", manteniendo que el domicilio conyugal tiene su origen en una unión matrimonial, mientras que el domicilio familiar se constituye en relación a los hijos, sin importar el vínculo existente entre los progenitores. Además, afirma que la vivienda familiar es su "base física". En este mismo sentido se pronuncia ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992, p.42; y GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, REUS, Madrid, 2013, p.11.

6 De ello se hace eco la doctrina, poniéndolo de relieve casi en su totalidad al llevar a cabo su estudio. Ejemplo de ello serían BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, p. 1358; CUENA CASAS, M.: "El régimen", cit., p.290; GÓMEZ LINACERO, A.: "Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida", *Revista Actualidad civil*, 2021, núm. 2, p.12; GÓMEZ VALENZUELA, M. A.: "La convivencia de los suegros del progenitor no custodio en la vivienda familiar: análisis de la posible extrapolación de la STS de 20 de noviembre de 2018", *Revista de Derecho de Familia*, 2020, núm. 89, p. 32.

7 En este mismo sentido, HERRERO GARCÍA, M. J.: "Comentario al artículo 1320 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil T. II* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, R. y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 587, quien pone el acento en que para proteger o satisfacer un derecho de la familia puede que se proceda a afectar el derecho de uno de los cónyuges, aunque, como decimos y como más adelante detallamos, a quien verdaderamente afectan las medidas que tratamos en estas páginas es al arrendador.

8 Así lo afirma ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda*, cit., p. 19.

No puede negarse que la sociedad es un ente vivo y dinámico que cambia conforme lo hacen las personas. Esto mismo puede predicarse sobre la familia, que durante los últimos años ha experimentado una evolución notable⁹, evolución que ha desembocado en que ya no se tenga por tal exclusivamente a aquella originada a raíz de un vínculo matrimonial, como sí habría sucedido históricamente, aunándose actualmente otras muchas realidades dentro de este concepto¹⁰.

Lo aquí expresado queda patente con la promulgación de la Constitución Española (en adelante, CE) en 1978, pues desliga la protección a la familia (a la que dedica el artículo 39) del matrimonio (derecho consagrado en el artículo 32); dando pie a que doctrina y jurisprudencia defiendan un concepto amplio de familia en el que acoger todas las posibles alternativas¹¹.

Consecuencia directa de ello será que de la protección dada a la vivienda familiar no se beneficiarán en exclusiva las familias matrimoniales, pues en este sentido será tenida en cuenta para conformar el concepto de “vivienda familiar” la familia “en sentido amplio” y no “en sentido estricto”. Así, no obstante la existencia de normas únicamente aplicables a la vivienda familiar que trae causa en el matrimonio¹², no se puede ni se debe extrapolar esto mismo a la totalidad de los artificios creados por la ley para tutelar esta figura; de tal manera que puede

9 Vid. UREÑA CARAZO, B.: “Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente”, *Diario LA LEY*, 2015, núm. 8641., p.2.

10 Incide en la idea SALAR SOTILLOS, M. J.: “La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. extra 8, 2, p. 199, recalcando que familia incluye numerosas situaciones, tales como “familias nucleares, homoparentales, monoparentales, parejas de hecho, con pares separados o divorciados...” haciendo referencia al tratamiento dado por nuestro TC.

11 El Tribunal Constitucional dicta desde sus inicios numerosas sentencias de indudable importancia en este ámbito. Así, en la década de 1990 destacan especialmente en este sentido la STC 74/1997, de 21 de abril (RTC 1997, 74) en su FJ 4, la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222) en su FJ 5 y la STC 45/1989 de 20 de febrero (RTC 1989, 45) en su FJ 4. Algo más reciente es la STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198), en cuyo FJ 5 vuelve a recalcar este tribunal lo previamente explicado. Esta no es una visión exclusiva del Tribunal Constitucional Español, sino que la comparte con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como así lo denotan, entre otras, la Sentencia Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979; la Sentencia Rodríguez da Silva y Hoogkamer c. Holanda, de 31 de enero de 2006; la Sentencia Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994; la Sentencia Kroon c. Holanda, de 27 de octubre de 1994; la Sentencia Xyz c. Reino Unido de 22 de abril de 1997; y la Sentencia Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012.

12 Es posible que esta existencia de medidas de protección destinadas a la familia matrimonial haya sido impulsada por la especial importancia de esta en la sociedad y cultura españolas. Como así ya lo afirmó en su momento el Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222), FJ 5. Esto mismo se advierte también debido a que la propia carta magna dedica en exclusiva uno de sus preceptos a velar por el derecho al matrimonio (concretamente, el artículo 32 CE). Así, ha previsto el legislador medidas para la protección de la misma, por ejemplo, al hilo del régimen económico matrimonial (artículo 1357.2 CC) o del régimen matrimonial primario (artículo 1350 CC). Cabe decir a este respecto, además, que si bien se contempla su protección tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en situaciones de crisis (en este sentido, GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L.: “Vivienda familiar”, cit., p.47 afirma que en el primero de los casos lo que se protege es el domicilio conyugal del artículo 70 CC, mientras que en el segundo se protegería a la vivienda familiar, tal y como se aprecia en el artículo 96 CC), en estas últimas la tutela de la vivienda familiar es, si se quiere, mayor en intensidad, pues rota la relación deben articularse medidas para establecer los sujetos beneficiados por su uso. Numerosos autores se hace eco de esto, y diferencian en su estudio sobre esta figura ambas situaciones. Ejemplo de ello son ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda*, cit., p.74; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L., “Vivienda familiar”, cit., p.47 o CUENA CASAS, M., “El régimen”, cit., p.288-289. Destaca además la postura adoptada por esta última, pues hace hincapié en la discriminación que sufre al respecto la familia en situación de estabilidad matrimonial.

concluirse que, respecto a la vivienda familiar, primará, como regla general, la familia entendida, como decíamos, en sentido amplio, siendo una excepción que se salvaguarde solo la familia matrimonial.

B) Concepto de vivienda familiar.

La vivienda familiar, tal y como su propio nombre indica, no es más que una vivienda en la que habita una familia. Para definirla, por ende, el primer escollo que se ha de salvar es desentrañar qué entiende el Derecho por familia. Mas una vez salvado este, aún son muchos los interrogantes que quedan por responder para poder identificarla y, en consecuencia, protegerla: qué sucedería si la familia posee más de una vivienda, cuál sería la vivienda familiar en caso de que no todos los miembros de esta viviesen en una misma residencia, entre otras. Para evitar confusiones y facilitar esta tarea, dado que, como decíamos, no existe referencia legislativa alguna al respecto, tanto doctrina como jurisprudencia han ido esculpiendo este concepto a lo largo del tiempo, llegando a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, es primordial que el uso del inmueble se produzca de manera habitual y conjunta por la familia¹³. Esta característica despeja alguna de las anteriores dudas, pues implica necesariamente que, si una familia dispone de varias viviendas, no podrán ser bajo ningún concepto consideradas como tal aquellas a las que se les dé un uso vacacional o temporal¹⁴.

No obstante, ello deja incógnitas sin resolver, pues no es peregrina la situación en la que la familia reside de forma diseminada en varias viviendas diferentes, siendo este el caso en el que los hijos estudian fuera de la ciudad en la que sus padres viven o de aquellas parejas en las que uno de sus miembros trabaja lejos y, en consecuencia, habita la mayor parte del tiempo en otro inmueble. Tanto en una como en otra se complica la calificación de la vivienda familiar, pues la familia no reside de manera "habitual y conjunta" en ninguna de ellas. Para ello se añade la exigencia de la existencia de lo que ha venido denominando la doctrina "elemento volitivo"¹⁵. Esto es, se tomará en consideración cuál es la intención de los cónyuges o, en general, de las partes, cuál es el inmueble que desean que sea considerado y constituya su vivienda familiar. Así, aunque los hijos o uno de los cónyuges o miembros de la pareja resida durante gran parte del tiempo en otra ciudad y, por

13 Mantiene esto la SAP de Ciudad Real 30 diciembre 1995 (AC 1995, 2306) FJ2.

14 Esto queda precisado en la SAP de Madrid 14 septiembre 2009 (JUR 2010, 30708) FJ2.

15 En este sentido, interesa el punto de vista aportado por DE LA PUENTE ALFARO, F.: "La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, núm. 698, p.2360, pues destaca que la vivienda prosigue considerándose vivienda familiar a pesar de que bien los hijos, bien uno de los cónyuges, por diversas contingencias, ya sean laborales o académicas, no residan allí; o aunque no se haya procedido aún a la ocupación de la vivienda. Esto es así por la "común intención de las partes de dedicarla a tal fin".

tanto, en otro inmueble, aquel al que vuelve, aquel considerado centro neurálgico de la familia, será el único que se califique como vivienda familiar y que, como consecuencia, goce de la tutela diseñada por el ordenamiento para esta.

Finalmente, cabe decir que la jurisprudencia ha tenido oportunidad de debatir, asimismo, si ha de considerarse parte de la vivienda familiar, y así ser objeto de los mecanismos de protección previstos para la misma, el trastero y el garaje anejos a esta, sin haberse logrado un criterio unánime, siendo posible encontrar sentencias en las que los tribunales se pronuncian en sentidos contrapuestos¹⁶.

2. La protección de la vivienda familiar en el Derecho Civil. En particular, la vivienda arrendada.

A sabiendas, pues, de qué es la vivienda familiar, resulta indiscutible su relevancia: se trata del escenario de gran parte del devenir de la familia, el lugar en el que esta se forma, crece y evoluciona, y sin el que no se concibe una vida digna a día de hoy¹⁷.

Tanto la vivienda como la familia, siguiendo esta misma argumentación, gozan de una posición preeminente en instrumentos normativos nacionales e internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 25 el derecho que tiene toda persona, entre otros, a la vivienda, así como resalta en el artículo 16.3 la necesidad de protección de la familia por parte de la sociedad y del Estado. Se pronuncia en este mismo sentido nuestra Constitución, dedicando en exclusiva un precepto en su articulado a la protección de la familia y otro al derecho a una vivienda digna: la tutela de la familia por parte de la Carta Magna se materializa en su artículo 39, cuyo primer apartado establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”¹⁸; mientras que el derecho a una “vivienda digna y adecuada”, por su parte, se contempla en su artículo 47.

16 Así, mientras la SAP de A Coruña 22 marzo 2013 (JUR 2013, 160170), en su FJ 13, afirma que la vivienda familiar los incluye; la SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 45145), FJ4, mantiene lo contrario.

17 Se pronuncian en este sentido tanto GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L.: “Vivienda familiar”, cit., p. 44; como CUENA CASAS, M.: “El régimen”, cit., p.293.

18 Esta cuestión se ha tratado con mayor profundidad en las páginas anteriores, resaltando la importancia del concepto amplio de familia que se mantiene en cuanto a su protección. Como establece el Tribunal Constitucional en las sentencias ya mencionadas, no se tutela a la familia en cuanto a fruto del matrimonio, sino a la familia en todos sus sentidos, independientemente de que se trate de una pareja de hecho, homosexual, monoparental... Es interesante, además, mencionar en este punto la reflexión realizada por SALAR SOTILLOS, M. J.: “La familia”, cit., pp. 222 y 223, sobre la protección constitucional de la familia. Concretamente, concluye que lo realmente amparado no es como tal la familia, sino las personas que la conforman “en función de sus lazos familiares”.

Ello desemboca en una doble protección de la vivienda familiar por parte del ordenamiento¹⁹. Y, aunque en esta confluyen ambos bienes jurídicos, tanto el derecho a una vivienda digna como la familia, su tutela cobra especial importancia por esta última, esto es, por ser el lugar en el que esta reside y se desarrolla, dado que, como decíamos, es el carácter de "familiar" el que motiva al ordenamiento a tutelar esta figura. Esta misma razón, "a sensu contrario", llevaría a la inaplicación de las medidas aquí desarrolladas respecto de aquellos inmuebles que perdieran dicha calificación, tal y como se deduce de la sonada STS 20 noviembre 2018²⁰.

En definitiva, todo lo dicho nos lleva a concluir que la vivienda familiar, al ser el seno en el que discurre la vida de las personas a las que alberga, está dotada de funciones que van más allá de la protección de la intimidad o del simple carácter de morada, de tal manera que la intersección entre el derecho a la vivienda y la protección a la familia da como resultado una figura jurídica merecedora de un tratamiento no comparable al que estos disfrutan por individual.

Con todo, no es de extrañar que en múltiples textos normativos se regulen fórmulas y mecanismos que garanticen esta tutela, yendo mucho más allá de la normativa civil anteriormente mencionada²¹, llegando a abarcar otros ámbitos como el mercantil (pudiendo mencionarse la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores²²).

19 Así lo recogen, por ejemplo, UREÑA CARAZO, B., "Ruptura de", cit., p.2; GIL MEMBRADO, C., *La vivienda*, cit. p.9; y GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L., "Vivienda familiar", cit., pp. 45 y 46.

20 En la STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018\5086) el Alto Tribunal, afirma que la convivencia "more uxorio" en el propio hogar por parte del cónyuge que, por ostentar la custodia de los hijos, se ve beneficiado por el uso del mismo, conlleva la pérdida del "estatus del domicilio familiar" y, con ello, el derecho a mantenerse en dicho uso. Todo esto se basa en el argumento de que la familia que ahora convive en dicho domicilio es una "familia distinta y diferente". Opina en este mismo sentido al respecto GÓMEZ VALENZUELA, M. A.: "La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo", *LA LEY Derecho de Familia*, 2019, núm. 21, p. 13, justificando, a su vez, por qué no implica ello que se concluya el interés del menor anteriormente mencionado y que tanta importancia tiene.

21 Concretamente, en el CC destacan los siguientes preceptos en cuanto a la protección de la vivienda familiar: el artículo 1320 CC, que limita las capacidades de disposición de los cónyuges respecto de la vivienda habitual, independientemente de cuál sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan; los artículos 90 (sobre el convenio regulador), 96 (sobre la atribución de la vivienda familiar) y 103 (sobre las medidas provisionales) CC; o, en caso de haberse constituido sociedad de gananciales, los artículos 1357.2 (sobre la vivienda y ajuar familiar comprados a plazos antes de la constitución de la sociedad), 1406 (sobre las reglas de preferencia en la adjudicación de los bienes que hubieren pertenecido a la sociedad) y 1407 (sobre la posibilidad de constituir derecho de uso o habitación sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge superviviente) CC.

22 Con ella se busca, en términos generales, incentivar el ejercicio de la actividad comercial, brindando la posibilidad de que las personas físicas excluyan su vivienda habitual de la responsabilidad que se derive de sus deudas empresariales, siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos. Es muy crítica con ello CUENA CASAS, M.: "El régimen", *op. cit.*, pp. 465-469, quien destaca que los requisitos impuestos son tan restrictivos que realmente no dispensa apenas protección. Al hilo de esto, interesa la reflexión llevada a cabo en la p. 290 sobre el carácter general de las medidas previstas en la normativa española: limitan la libre disposición de la vivienda familiar pero no se pronuncian en cuanto a la responsabilidad patrimonial universal. En el ámbito mercantil, destaca sin embargo la falta de protección de esta figura en el concurso de acreedores. Trata concretamente este aspecto YAÑEZ VIVERO, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcurso", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm. 1, 2021, pp. 43-47. A lo largo de estas páginas, la autora pone de manifiesto la necesidad de librar a los jueces de buscar las formas de salvaguardar

Evidentemente, en lo que a la protección de la vivienda familiar arrendada respecta, la LAU también contiene en su articulado multitud de instrumentos que velan por esta, siendo tal la importancia que esta norma da a dicha figura que diferencia en su regulación los arrendamientos de vivienda de los arrendamientos de uso distinto de vivienda²³. Estos primeros son dotados, a su vez, de un régimen especialmente tuitivo, como así lo expone el propio preámbulo del texto legislativo²⁴. Esta particular protección se aprecia con claridad, por ejemplo, en la primacía de las normas imperativas para los arrendamientos de vivienda, quedando principalmente relegados a la voluntad de las partes, por el contrario, los arrendamientos de uso distinto de vivienda.

Además, se regulan medidas mucho más concretas con este mismo cometido, como la prórroga (artículo 10 LAU), los derechos de tanteo y retracto (artículo 25 LAU), la limitación de la renta, medidas encaminadas a la protección de los colectivos vulnerables o la subrogación arrendaticia (artículos 12, 15 y 16 LAU).

A) *La subrogación arrendaticia inter vivos como medida de protección.*

El Derecho en general, y, en cuanto al uso de la vivienda familiar en particular, parece que hiberne en situaciones de normalidad. Durante la época de luna de miel de una familia, en la que todo fluye y nada preocupa, no tiene gran relevancia cuál sea el título que permite a sus miembros el disfrute del inmueble: no inquieta en demasía si se trata de un contrato de arrendamiento, si se tiene en propiedad o si se posee en virtud de una relación de precario o comodato. Sin embargo, cuando esta situación de estabilidad se tambalea, y procede la separación, el divorcio, la ruptura de la pareja o el fallecimiento de uno de los integrantes de la misma, todos los problemas que hasta el momento estaban en el más profundo de los sueños se despiertan, y el Derecho entra en juego²⁵.

la vivienda familiar, o recurrir necesariamente a la denominada “segunda oportunidad” prevista en la Ley 25/2015. Para ello propone que, por medio de una “normativa paraconcursal” y cumpliéndose determinados requisitos, se “desvinculen del acuerdo con los acreedores aspectos tan importantes como la conservación de la vivienda familiar”.

- 23 La propia ley concreta en sus artículos 2 y 3 qué ha de entenderse por “arrendamiento de vivienda” y por “arrendamiento para uso distinto del de vivienda”, respectivamente. En virtud de estos preceptos, solo será considerado arrendamiento de vivienda aquel “cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”. Esto mismo justifica las exclusiones expresas previstas en su artículo 5.
- 24 Concretamente, se subraya la importancia de “conceder medidas de protección al arrendatario solo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas”.
- 25 Claro ejemplo de ello sería la discusión doctrinal que gira en torno a si procede o no ejercer una acción de desahucio por precario cuando una familia, a la cual se cedió el uso gratuito e indefinido de un domicilio para que conformara su vivienda familiar, atraviesa una ruptura que lleve a cuestionarse la atribución del uso de dicho domicilio. Dependiendo de si se entiende que esta cesión lo fue en virtud de comodato o precario, procederá o no dicha acción, pero no es hasta que no entra en crisis la pareja que se plantean estas cuestiones. Sobre ello profundiza GÓMEZ LINACERO, A., “Precario y”, cit. pp. 22-28.

Cuando la vivienda familiar es objeto de un contrato de arrendamiento, y es en virtud de este que se posee, pueden surgir numerosas incógnitas en caso de que una de estas situaciones acontezca. Puede ser que, de entre los miembros de la pareja o matrimonio, solo uno figure como arrendatario; y cabe cuestionarse, entonces, qué sucedería si fuera este quien abandonara la morada o falleciera o cómo se procedería en caso de que se atribuyera a la otra parte de la pareja o matrimonio el uso del inmueble por medio de convenio regulador (en virtud de lo regulado en el artículo 90 CC) o decisión judicial (conforme a lo establecido en el artículo 96 CC). El ordenamiento, ante dichos interrogantes, debe imperiosamente trazar las rutas que fueran necesarias para garantizar una respuesta clara, ya no solo parapetándose esta urgencia en la importancia incalculable que esta figura tiene en el desarrollo de la vida de toda persona, sino además, porque a diferencia de si la vivienda fuera propiedad de los cónyuges o miembros de la pareja (de uno de ellos o de ambos), en caso de que esta fuera arrendada habrían de tenerse en cuenta los derechos de un tercero: el arrendador.

En este contexto, la LAU ha regulado, en los artículos 12, 15 (dedicados a la subrogación "inter vivos") y 16 (que desarrolla la subrogación "mortis causa"²⁶), la subrogación como solución a las cuestiones planteadas, esto es, la sustitución de una de las partes del contrato de arrendamiento (en este caso, del arrendatario) por un tercero en la posición que este primero ocupa en el mismo, siendo, a partir del momento en que se produzca, sujeto de derechos y obligaciones de la relación contractual original²⁷; una novación subjetiva por medio de la cual varía uno de los contratantes, manteniéndose inmutable lo demás (como la renta o la duración). Por lo tanto, el nuevo inquilino, independientemente de cuál sea el artículo que dé pie a que se produzca esta novación, no pasa a ser sujeto de un nuevo contrato,

26 En cuanto a este artículo, destaca, principalmente, la cuestión de cuántas subrogaciones se permite. Mientras que CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 16 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, p. 571 afirma que no se pone coto al número de ocasiones en las que puede subrogarse un nuevo arrendatario en un mismo contrato, FUENTES LOJO, J.V.: *Comentarios a la nueva ley de arrendamientos urbanos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006, afirma que no tienen cabida ulteriores subrogaciones. Sin embargo, esta divergencia de criterio carece de relevancia práctica por cuanto, como ya se ha dicho, rige la temporalidad y ya no se prevé un sistema de prórroga como sucedía bajo la norma anterior. Ahondan en lo relativo a los demás aspectos de este precepto QUICIOS MOLINA, S.: "Los arrendamientos urbanos", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil. Contratos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, S. A., Madrid, 2016, pp. 224-226; o CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 16 LAU", cit., pp. 569-594, entre otros.

27 Esta definición se corresponde, en esencia, a la aportada por RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "El Contrato de Arrendamientos Urbanos", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos, y responsabilidad por hechos ilícitos*, (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 293; MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva en el arrendamiento de vivienda protegida", e-spacio. *Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2015 (disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Dmontero/MONTERO_FERREIRA_Daniel_Tesis.pdf; última consulta 21/05/2023) p. 324 o PÉREZ GURREA, R.: "La subrogación "mortis causa" del arrendatario en el arrendamiento de vivienda en base al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, núm.700, p. 833-834.

sino que se mantendrá en el anterior²⁸, con los consecuentes efectos jurídicos que de ello se derivan²⁹.

Pero hablar de subrogación arrendaticia implica necesariamente la mención de su predecesora, de la Ley 40/1964, de 11 de junio de Reforma de la de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU 64). De hecho, esta sigue siendo conocida a día de hoy por diseñar un régimen especialmente tuitivo para con el arrendatario (particularmente, en el arrendamiento de vivienda), debido a la prórroga forzosa de su artículo 57³⁰ y al sistema de subrogaciones "mortis causa" que se desarrollaba en sus artículos 58, 59 y 60; aunque en 1985 el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, más conocido como el Decreto Boyer, matizó estas medidas y dio por finalizada la ya mencionada prórroga forzosa contemplada por la LAU 64. A raíz de la entrada en vigor de la LAU, los contratos que se amparaban en lo dispuesto por dichos textos legales pasaron a ceñirse a lo establecido por la Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª LAU.

El papel que la subrogación ocupaba en aquel momento y en virtud de la LAU 64 no es, en absoluto, el que ostenta en el presente. Hoy día se busca aportar estabilidad al entorno familiar en un momento de completo caos y desequilibrio, pues, por ejemplo, si se hubiese determinado que, en caso de fallecimiento, o de separación o ruptura, el cónyuge (o miembro de la pareja, en caso de convivientes "more uxorio") no arrendatario no pudiera permanecer en la vivienda, dándose, por el contrario, por extinguido el contrato³¹, se estaría claramente desprotegiendo

28 Se pronuncia en este sentido CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, p. 446.

29 En CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., p. 446 se abordan con detalle todos los efectos que pueden derivar de la subrogación en este contexto. En cuanto a las garantías, el autor afirma que aquellas prestadas por terceros con anterioridad a que la subrogación se produjese se extinguirán, a excepción de aquellas que pudieran haber sido prestadas por quien se subroga. Por otro lado, también se cuestiona el autor si podría resolver el contrato el cónyuge subrogado por incumplimientos en los que el arrendador incurriera antes de que la subrogación se produjese (concluyendo que tan solo cabría si se viera afectado el uso) o anularlo en base a cualquier incidencia respecto de su celebración (lo que niega categóricamente pues, en primer lugar, la subrogación implicaría una confirmación; y, en segundo lugar, porque, al no mediar una contraprestación para que se produzca la subrogación, no cree que pueda haber "una lesión en la economía del intercambio contractual"). Las deudas y créditos que hubieran vencido antes de producirse la subrogación son asimismo estudiadas y se llega a la conclusión de que son responsables ambos cónyuges. Finalmente, se hace mención a la posibilidad que tiene el cónyuge subrogado de oponer contra el arrendador las excepciones personales que tuviera.

30 Concretamente, la literalidad del mentado artículo establecía que una vez se alcanzase el vencimiento pactado en el contrato, procedería una prórroga que sería obligatoria para el arrendador, pero potestativa para el inquilino. Esto tenía como consecuencia que, en puridad, la duración del contrato vendría determinada por la voluntad del arrendatario, en quien estaba la decisión de dar por finalizado o no el mismo. La STC 89/1994, de 17 de marzo (RTC 1994, 89) se pronunció sobre si podría llegar a entenderse que, con este régimen de prórroga forzosa, y por lo justo arriba referido, se conculcaba el derecho de propiedad del artículo 33 CE. Aunque la Sentencia lo niega, justificando su posición en el FJ 5, un voto particular a la misma pronunciado por el Magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo sostiene la postura contraria. De todo ello se habla con algo más de detalle en FLORES RODRÍGUEZ, J.: "Subrogación *mortis causa* del hijo minusválido en los contratos de arrendamiento de vivienda de renta antigua", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm. 10, pp. 2 y 3.

31 En CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 16 LAU", cit., p. 571, se enumeran una serie de alternativas por las que podría haber optado el legislador, en lugar de determinar que se procedería a la subrogación. Entre

a la familia, que se vería desamparada y obligada a la búsqueda desesperada de un nuevo hogar o a la negociación imprevista de un nuevo contrato de arrendamiento sobre el que ya ocupaban. En cualquier caso, esta situación tendría un carácter manifiestamente temporal (debido al artículo 9 LAU), lo que la diferencia del régimen anterior: en la LAU 64, debido a esta especial protección del inquilino, la subrogación podía postularse como una forma en que la familia del arrendatario permaneciera "sine die" en la vivienda bajo el contrato primigenio sin que pudiera interceder el arrendador, como resultado de la confluencia de la regulación de la subrogación con el sistema de prórrogas.

II. LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA A RAÍZ DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA: ARTÍCULO 15 LAU.

I. Fundamento jurídico: el artículo 96 CC.

Este precepto, el artículo 15 LAU, establece que, para aquellos casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial de los inquilinos en los que haya sido atribuida la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario, este podrá "continuar en el uso de la vivienda arrendada"³² (exigiéndose para ello el cumplimiento de una serie de requisitos); por lo que no cabe duda de que su fundamento radica en el artículo 96 CC.

En este, el legislador realiza una enumeración de los criterios a los que el juez se ha de atener al determinar quién se beneficia del uso de la vivienda familiar a falta de acuerdo entre los cónyuges en momentos de crisis matrimonial. Como atestigua el párrafo primero de este precepto, el interés del menor se erige "eje vertebrador", debiendo prevalecer en todo caso³³. Sin embargo, es necesario recalcar que la protección de la vivienda familiar con causa en el interés del menor no se circunscribe en exclusiva a la unión matrimonial, sino que la sobrepasa, siendo aplicable el artículo 96.1 a las parejas de hecho al apreciar los Tribunales "identidad de razón" entre ambas uniones familiares en este supuesto concreto³⁴.

ellas, se destaca no solo la "extinción automática del contrato", sino también, entre otros, "la heredabilidad del derecho arrendaticio conforme a las reglas generales" o "la extinción del derecho por denuncia del arrendador o de los herederos o parientes del arrendatario fallecido".

- 32 Debe mencionarse a este respecto que, tal y como afirma CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, p. 49, esta afirmación literal de la norma no prohíbe su aplicación para con quien no resida en el momento de determinarse la atribución por medio de resolución judicial en la vivienda familiar.
- 33 No obstante, merece especial atención la puntualización realizada al respecto por CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso*, cit, p. 48, quien afirma que, aunque en efecto sean los beneficiados por esta medida los descendientes, a quien es atribuido el uso de la vivienda es al cónyuge.
- 34 Esto mismo ha sido defendido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, de entre las que puede mencionarse, a modo de ejemplo, la reciente STS 24 marzo 2021 (JUR 2021, 105765), en cuyo FJ 3 afirma que "las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC, que se refiere a los cónyuges, son aplicables también en los casos de hijos menores de parejas no casadas, dada la situación de analogía que existe por lo que se refiere a la protección del menor". Por otro lado, a raíz de la STS 10 marzo 1998 (RJ

Como criterio subsidiario, y tan solo en aquellos casos en los que no haya hijos (menores o con discapacidad) involucrados, brinda la posibilidad el legislador de que sea el “cónyuge más necesitado de protección” el que, de manera temporal y tan solo para el caso en el que no hubiera hijos, se hospede en el hogar que la familia hasta el momento compartía. Por último, cuando ninguno de estos presupuestos concurren, sería el titular del inmueble quien disfrutara de su uso.

2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico.

La combinación de palabras elegida por el legislador para la redacción de este precepto, con apenas dos apartados, ha dado lugar a una profusa discusión doctrinal en torno a su naturaleza jurídica, habiendo quien negaba que su aplicación diese pie a una subrogación “inter vivos”. Podría llegar a decirse, incluso, que esta ha sido la cuestión más polémica en lo que a este artículo respecta³⁵.

Para hallar el origen de estas discrepancias hemos de remontarnos a la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio³⁶, ley que marca un punto de inflexión, al introducir nuevamente en el ordenamiento jurídico español el divorcio. Por aquel entonces, la norma vigente en materia de arrendamiento era la LAU 64, previa a la modificación y, en consecuencia, no previsor de soluciones para aquellos problemas que pudieran ocasionarse con motivo de la misma: desde 1981 hasta 1994, los efectos que en cuanto a los contratos de arrendamiento tuvieran los divorcios y separaciones que pudieran producirse, se regían por una norma que fue promulgada cuando ello ni siquiera se vislumbraba como una posibilidad.

Durante este periodo tanto la jurisprudencia como la doctrina barajaron diversas opciones que pudieran servir para colmar la laguna legal a la que ni el CC ni la LAU 64 habían sido capaces de poner fin. Entre otras, el artículo 24 LAU 64 se presentaba como una solución plausible, pues, aunque no preveía como tal una subrogación “inter vivos” como la que se desencadena al amparo del artículo 15 de la actual LAU, sí que establecía la posibilidad de que se produjera una cesión “inter vivos” entre los cónyuges; así como la acogida en numerosos casos por las Audiencias que, basándose en la STC 135/1986 de 31 de octubre³⁷, avalaban la posibilidad de que este contrato fuese de “titularidad común de los cónyuges” y,

1998, 1272), se abre también la atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en atención al principio de “protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho”.

35 No obstante, este no ha sido el único precepto objeto de discusión, pues, como refleja PÉREZ GURREA, R.: “La subrogación “mortis causa””, cit., p. 834, tampoco fue pacífica la naturaleza de lo previsto en el artículo 16 LAU, habiendo quien sustentaba que no se regulaba aquí una subrogación “mortis causa”, sino que se trataba de una sucesión “mortis causa”.

36 Hace alusión a esto MONTERO FERREIRA, D.: “La novación subjetiva”, cit., pp. 85-86

37 STC 135/1986 de 31 de octubre (RTC 1986, 135)

en consecuencia, no procediese una cesión entre los mismos, teniendo esto como principal consecuencia la no obligatoriedad de notificación al arrendador (como sí exigía el ya mencionado artículo 24 LAU 64); habiendo quien se postulaba a favor de la simple "continuidad posesoria"³⁸. Por otro lado, se acentuaban en este contexto las consecuencias prácticas de la consideración del arrendamiento como privativo o ganancial: al igual que sucedería de entenderse que este contrato fuese de titularidad común de los cónyuges³⁹, devendría innecesaria la búsqueda de soluciones de considerarse el contrato de arrendamiento ganancial⁴⁰.

El legislador, conocedor de todo ello, procedió en 1994 a la redacción de un artículo que clarificara estos extremos⁴¹: el artículo 15 LAU⁴². Sin embargo, si la intención de este era dar por finalizadas estas discrepancias, lo cierto es que estuvo lejos de lograr su cometido, dando lugar a opiniones contrapuestas en torno a si se trataba de establecer con el mismo una subrogación "ex lege" o si, simplemente, se procedía a la regulación de la cesión de su uso.

Aquellos que abogaban por que tras esas palabras se escondía la regulación de una subrogación personal se basaban para ello, precisamente, en que por medio de la subrogación del cónyuge no arrendatario se lograba una mejor tutela de la vivienda familiar. Si se desligara la condición de arrendatario del derecho de uso (como sostenía la corriente contrapuesta) podrían sucederse numerosos conflictos relativos, por ejemplo, a los pagos, prórrogas o incluso a aspectos procesales⁴³; así, en el caso de que el, en consecuencia, cónyuge arrendatario que no goza del disfrute de la vivienda cesara en el pago de la renta, y ejerciera el arrendador acción de desahucio se produciría una clara desprotección de quien reside en la vivienda, pues, a pesar de ser quien sufriera el desahucio, no podría participar activamente en el procedimiento por no ser titular del contrato⁴⁴. Siendo, además,

38 Sobre todo, profundiza sobre ello CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 553-558.

39 Afirma esto mismo CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 566, ahondando aún más en la idea en CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 437-438.

40 Trata en profundidad esta cuestión CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp.431-437. Esta ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina (que por lo general era partidaria de su ganancialidad), y sobre la que no siempre se ha pronunciado en el mismo sentido la jurisprudencia. A día de hoy sucede que, mientras esta última ha cesado en su discrepancia, defendiendo la naturaleza privativa del contrato de arrendamiento a raíz de la STS 3 abril 2009 (RJ 2009, 2806), la doctrina no ha logrado alcanzar una postura unánime. A este respecto, CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 434-435, llega a la conclusión de la difícil interrelación entre lo regulado en los artículos 12, 15 y 16 LAU y la afirmación de la ganancialidad de este contrato "se resuelve de acuerdo a una cierta concepción de ganancialidad" según la cual la titularidad de un bien concreto es de quien celebra el contrato.

41 Se postula en este sentido COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU", *Aranzadi Civil: revista quincenal*, 2003, núm. 2, p. 5.

42 Mientras que el principal motivo de enfrentamiento entre las diversas opciones propuestas por la doctrina y por la jurisprudencia durante la vigencia de la LAU 64 versaba sobre la necesidad o no de notificación, a la luz de lo previsto en el artículo 15 LAU, esta resultaba preceptiva.

43 Tal y como comenta MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 90-91.

44 Como explica COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 7.

reseñable la falta de coherencia resultante de prever que, para un contrato de arrendamiento, en el que es transcendental el uso y disfrute del domicilio, se prive de este a su titular⁴⁵.

Por otro lado, esta corriente doctrinal entendía que el hecho de que la norma estableciera como condición indispensable para que surtiera efecto lo regulado la comunicación de ello al arrendador, tan solo era racional si con ello se anunciaba un cambio en la persona del arrendatario⁴⁶. En consecuencia, y partiendo de que el artículo 8 LAU establece que, para que pueda llevarse a cabo cualquier tipo de cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, es necesario que esta haya sido consentida por escrito por el arrendador, afirmaban que el presente precepto es una excepción al mismo, regulando una subrogación "ex lege"⁴⁷.

Por el contrario, aquellos que negaban que el precepto permitiera la subrogación del cónyuge no arrendatario, se parapetaban en la interpretación literal del precepto. Ya se ha mencionado previamente que la expresión elegida por el legislador para su regulación fue algo confusa y nada técnica, haciendo mención en todo momento al "uso" y no a la "subrogación". Para los defensores de este pensamiento, esta no fue una elección aleatoria, sino que se reflejó así con premeditación, tratando de instaurar un derecho de uso por encima de una novación subjetiva del contrato. Se fundamentaban de igual manera en la comparación de lo dicho en este precepto respecto de la literalidad del artículo 16 LAU, en el que no dudó el legislador en ser cristalino en sus intenciones de otorgar la posibilidad de subrogarse a los sujetos que en este se mencionan⁴⁸.

Además, este sector de la doctrina defendía que, al igual que cuando se trata de una vivienda propiedad del cónyuge que no ha sido beneficiado con la atribución de la misma, se le atribuye al otro el uso, pero no este título, si la vivienda fuera arrendada se tendría que ceder el uso al cónyuge no arrendatario,

45 Este motivo es asimismo estudiado tanto por MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 90-91 como por COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.7. Este primero, compara lo aquí expuesto en cuanto al contrato de arrendamiento con qué sucedería si el título en virtud del cual se hace uso del inmueble (con anterioridad a la crisis matrimonial) es el de propiedad, pues en este último de los casos, sí sería factible que se desligue titularidad y uso y disfrute.

46 Así lo explica COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 7.

47 Así lo explican también MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva", cit., p. 88 y COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 7.

48 Observan esto mismo en su estudio al respecto de esta corriente MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 87-88 y COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.9. Por su parte, CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 561, afirma que esta omisión fue intencional, y que el legislador negaba con ella la propia subrogación en este precepto concreto.

no produciéndose cambio alguno en la titularidad del contrato⁴⁹ (siendo igualmente relevante en este sentido la marcada temporalidad de estas medidas⁵⁰).

Por último, negaban rotundamente las acusaciones arrojadas por los primeros acerca de la desprotección de la vivienda familiar que supondría esta interpretación de la norma, considerando cumplida su tutela por medio de la aplicación de otros preceptos de este mismo texto legal. Así, lejos de dejarse desamparado al otro cónyuge en aquel caso en el que el arrendatario (cónyuge que, recordemos, no tiene atribuido su uso) dejara de satisfacer la renta, entendían que sí sería posible su participación en el procedimiento si se hubieran cumplido todas las formalidades previstas⁵¹.

Este cúmulo de opiniones contrapuestas es el motivo por el cual el artículo 15 LAU no ha permanecido inmutable desde que se redactase la norma que lo hospeda, siendo reformado por medio de la Ley 4/2013 de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, añadiéndosele así un pequeño apéndice al primero de sus apartados: si bien antes el precepto tan solo preveía que "(e)n 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 la legislación civil que resulte de aplicación", ahora finaliza recalcando que "(e)l cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato". Aunque la presente redacción de este artículo aún no comprende entre sus vocablos el término "subrogación", ya sí contempla que, en caso de que se atribuya la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario, este pase "a ser el titular del contrato".

Con ello se despejaban tajantemente todas las dudas que hasta el momento había suscitado este precepto, inclinándose definitivamente la balanza a favor de quienes consideraban que se corresponde con una subrogación "ex lege"⁵², aunque ello, sorprendentemente, fuera contrario a la opinión reinante entre los tribunales⁵³: a pesar de que en un principio la jurisprudencia se encontraba claramente dividida, con el paso de los años fue apaciguándose, hasta que para

49 Esto mismo se especifica en COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.9.

50 Así se recoge tanto en MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 87-88, como en CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 563.

51 En este sentido se pronuncia COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.9-10. Concretamente, dispone que los preceptos en los que este sector doctrinal deja descansar la tutela de la vida familiar son, entre otros, el artículo 12 LAU o el artículo 14 LAU.

52 Esta opinión la mantiene CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 553.

53 Como detallan IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: "La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm.11, p. 4; o CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 564.

el año 2013 en su mayoría coincidía en la no modificación de la titularidad del contrato como aplicación del artículo 15 LAU⁵⁴.

El legislador, no obstante, no ignora los argumentos esgrimidos por el sector doctrinal perjudicado por su reforma, y, tomando en consideración la objeción al respecto de la temporalidad de la medida en virtud de la cual se pretendía justificar una novación subjetiva en un contrato, se exige como condición necesaria que dicha atribución sea bien permanente, bien superior “al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento”⁵⁵.

A nuestro juicio, la modificación realizada, más que una aseveración de lo que el precepto ya preveía, marca un punto de inflexión. Tal y como defendían aquellos que negaban que se tratase de una subrogación, creemos que de haber sido esta la verdadera intención del legislador lo habría dispuesto expresamente, tal y como había procedido con el artículo 16 LAU. Sin embargo, la disposición inicial de este precepto, del artículo 15 LAU, parecía dar a entender que solo cedía el derecho de uso de la vivienda, siendo significativo en este sentido que la jurisprudencia, como decíamos, coincidiera mayoritariamente para el año 2013 en torno a esta postura. Por lo tanto, lejos de ser esta nueva redacción una clarificación de la intención original del legislador, se trata de un cambio de rumbo posterior detrás del cual se podría afirmar que se encuentra la trascendencia de la figura que se trataba de tutelar, es decir, de la vivienda familiar.

Aun cuando los detractores de que bajo el artículo 15 LAU se previera la subrogación no consideraban que con la mera cesión del derecho de uso se dejase desamparada la vivienda familiar, lo cierto es que con esta gozaría de una protección eminentemente más endeble. En las primeras páginas se han argumentado suficientemente los motivos que llevan al ordenamiento a salvaguardar esta figura por medio de numerosos mecanismos, por lo que podría llegar a ser comprensible que, a pesar de la literalidad anterior del precepto, este fuese interpretado siguiendo una interpretación teleológica de la norma: si el legislador trataba con este precepto dicha salvaguardia, habría de buscarse la interpretación que mejor se adaptase a esta finalidad, debiendo, pues, optarse por entender que se producía una subrogación en estas situaciones. Sin embargo, esta era una lectura demasiado forzada, lectura que se ha facilitado sobremanera con

54 Como así lo atestiguan la SAP de Madrid 12 julio 2007 (JUR 2007, 336667) o la SAP de Barcelona 30 septiembre 2009 (JUR 2009, 452231).

55 En este giro interpretativo cobró una gran importancia la STS 27 octubre 2015 (RJ 2015, 5608). En esta, el Alto Tribunal procedió a un análisis del precepto a la luz de las novedades legislativas introducidas y, aunque abordó también los motivos que podían fundamentar una negativa rotunda a la subrogación del cónyuge no arrendatario por medio de la aplicación del artículo 15 LAU, finalmente concluyó que sí se trata de una subrogación “ex lege”, aunque supeditada necesariamente al cumplimiento en forma y plazo de la notificación que en el segundo de sus apartados se exige.

este último inciso, siendo en la actualidad patente que este artículo desemboca en una novación subjetiva en la persona del arrendatario.

De igual manera era criticable la opinión de aquellos que mantenían que debería aplicarse analógicamente lo previsto para con la vivienda que uno de los cónyuges tiene en propiedad, a la posesión de la misma amparada en un contrato de arrendamiento. Son muchas las distancias que median entre ambas situaciones, no siendo en puridad válida la argumentación defendida al respecto por dicho sector de la doctrina: tal y como hemos advertido en algún momento, el derecho de propiedad es mucho más extenso que aquel que se ostenta en virtud de un contrato de arrendamiento, girando este último principalmente en torno al uso y disfrute de la vivienda. Por tanto, si en este se vedase dicho derecho, si durante el periodo de tiempo que restase de contrato su (ex) cónyuge debiera permanecer en la vivienda, poco sentido tendría su posición como arrendatario del contrato; no pudiendo predicarse esto mismo del primero de los casos.

A pesar de todo ello, aunque la nueva redacción del precepto pareciera haber disipado la controversia, a día de hoy parece persistir en ciertos autores (aunque de manera casi anecdótica) el recelo a considerar que el artículo 15 LAU establezca una subrogación para aquellos casos en los que se haya atribuido la vivienda al cónyuge no arrendatario⁵⁶. Y no es esta una cuestión baladí, sin repercusiones prácticas y que podamos orillar, pues las implicaciones que la consideración o no consideración de que bajo este precepto se prevea una subrogación podría tener en la vida de cualquier persona son más que patentes. A modo de ejemplo, dependiendo de si se tratase de una subrogación o no, tendría que satisfacer un cónyuge u otro la renta⁵⁷: el obligado al pago sería el cónyuge arrendatario, de manera que si se entendiera que se cede simplemente el uso y no el título con la aplicación del artículo 15 LAU, sería este el cónyuge que figuraba desde un principio como tal; mientras que, si se interpreta que bajo este precepto se articula una subrogación "inter vivos", será el cónyuge a quien se atribuye el uso del domicilio quien haya de proceder al pago. Pero esta no es la única cuestión que se ve afectada al son de la interpretación que se realice, pues será el cónyuge arrendatario y no el que tenga solamente el uso y disfrute de la vivienda el que se beneficie y al que le corresponda acatar el régimen que la LAU ha dispuesto⁵⁸, así como la subrogación "per se" conllevaría unos efectos determinados, tal y como se ha desarrollado con anterioridad.

56 Ejemplo claro de ello sería RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "El Contrato de Arrendamientos", cit., pp. 293-297, quien, en su estudio de la subrogación en la LAU ignora completamente este precepto, centrándose en las subrogaciones en la persona del arrendador y en las previstas por los artículos 12 y 16 LAU.

57 En este sentido se pronuncia COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 5. Asimismo, el Tribunal Supremo lo plasma en la ya mencionada STS 27 octubre 2015 (RJ 2015, 5608) en su FJ 3.

58 En COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 5, se trata esto aquí referido, haciendo, además, alusión, entre otros, a que el cónyuge arrendatario será el que pueda ejercer, en su caso, los derechos de tanteo y retracto.

A) La notificación.

El segundo de los apartados que componen el artículo 15 LAU hace alusión a la notificación al arrendador, ya citada en líneas anteriores, sobre la que también se han de realizar ciertas observaciones.

Recordemos que el supuesto de hecho que desencadena la aplicación de lo previsto por este precepto es el siguiente: un matrimonio cuya vivienda familiar ostentaba en virtud de un contrato de arrendamiento (en el cual figuraba como arrendatario tan solo uno de los cónyuges) se separa, divorcia o es declarado nulo; resultando atribuido en este proceso el uso de esta al cónyuge no arrendatario. Una vez salvados los escollos al respecto de la naturaleza jurídica de lo previsto por este artículo, podemos afirmar que procede a continuación la novación subjetiva en la persona del arrendatario en favor de este último, garantizándose de esta manera una mejor protección de la vivienda familiar justificada en los argumentos esgrimidos con anterioridad. Mas no se puede olvidar a este punto que estamos haciendo referencia a una relación contractual en la que no solo está el arrendatario, sino que también hay un arrendador cuyos intereses y derechos no debemos soslayar, ni siquiera en nombre de la vivienda familiar.

Para el arrendador es esencial conocer fehacientemente quién se ubica en la otra parte de la relación contractual, a quién ha de dirigirse para reclamar sus derechos (de quién debe esperar el pago), a quién presta sus obligaciones. Es por esto por lo que, una vez acontecido dicho presupuesto no se produce de forma automática la subrogación, sino que se condiciona esta a que el cónyuge no arrendatario al que le ha sido atribuido este uso le notifique al arrendador su deseo de continuar en el uso de la vivienda. Esto habrá de hacerlo bien de forma oral, bien de forma escrita (o, al menos, así lo entendemos por no haberse precisado nada al respecto por el legislador⁵⁹) en el plazo de dos meses a contar desde que se le notificase la resolución judicial que le otorga dicha atribución. Asimismo, la validez de esta notificación se hace depender de que se acompañe de la copia de esta resolución (íntegra o tan solo de aquella parte que interesa), siendo ello, en cierta forma, una garantía para el arrendador que, viéndose obligado a soportar una modificación de tal calibre en la relación contractual, gracias a la misma puede al menos cerciorarse de la veracidad de los hechos (y no tiene que confiar ciegamente en la palabra de quien pretende ocupar la posición de arrendatario).

Esto respalda que la notificación al arrendador se erija como condición indispensable⁶⁰ para que pueda procederse a la subrogación, lo que nos lleva

59 Como se refleja en CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 568 y en CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, cit., pp. 59-60.

60 Así lo entiende MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva", cit., p. 87.

inevitablemente al interrogante sobre cuáles serían las implicaciones en caso de que esta no existiese o se realizase de manera extemporánea o sin cumplir los requisitos mencionados. Sin embargo, la norma (a diferencia de lo que sucede con los artículos 12 y 16 LAU) no prevé un escenario alternativo en el que no se haya comunicado al arrendador la nueva situación: no se establece si conduce a la extinción del contrato o si lleva a una solución diferente.

La primera de estas dos opciones, esto es, que la consecuencia de la no notificación sea la extinción del contrato de arrendamiento, ha de descartarse a la luz de las opiniones vertidas al respecto del tercero de los apartados del artículo 16 LAU. Este, en cuanto a la subrogación arrendaticia "mortis causa", sí concreta que, de no mediar notificación, se procederá a la extinción de la relación contractual; lo que debe ya, sin mayores indagaciones, llevarnos a considerar que, si el legislador previó de forma tajante esta solución para este caso, pero no para el que aquí se trata, fue intencionadamente. Podría argumentarse que ello se debió a que en un principio no se buscaba que se diera pie con él a una novación subjetiva, pero ello carece de todo sentido y de toda lógica pues, a la par que en la reforma de 2013 se llevaba a cabo este "cambio de rumbo", se podría haber introducido la extinción como consecuencia de la falta de notificación.

Sin embargo, como decimos, es lo discutido sobre la aplicación del artículo 16 LAU lo que nos lleva a la conclusión de que en ningún caso debe esto derivar en la extinción del contrato de arrendamiento: a pesar de que en un principio se interpretaba este precepto literalmente de manera que, a falta de notificación escrita al arrendador en el plazo previsto, se extinguía el contrato de arrendamiento, la STS 20 julio 2018⁶¹, optó por hacer una interpretación más laxa del mismo, atendiendo a la finalidad última de la norma y buscando con ello proteger con más ahínco la vivienda familiar. Así, se entendía cumplido este requisito por haberse probado que, aun a falta de notificación escrita, el arrendador conocía la situación⁶². En consecuencia, si, aunque se disponga de forma taxativa la extinción del contrato, se busca una interpretación que vele por la vivienda familiar y este final se termina eludiendo, cómo podría ser admisible en otros casos desprotegerla forzando la presunción de unas consecuencias no previstas por la norma.

De esta forma, entendemos que la solución plausible a este conflicto habría de ser no la subrogación, no la extinción, sino la cesión del uso. Esta opción se

61 STS 20 julio 2018 (RJ 2018, 2834)

62 Como así lo relata FUENTES-LOJO RIUS, A.: "Novedosa doctrina jurisprudencial relativa a la subrogación por fallecimiento del arrendatario de vivienda de renta antigua: Comentarios a la STS, Sala de lo Civil, del Pleno de 20 de julio de 2018", *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 9, pp. 5-6. También interesa a este respecto el comentario de esta sentencia realizado en VELA TORRES, P.J.: "Subrogación de arrendamiento a pesar de la falta de notificación escrita", *Diario LA LEY*, 2018, núm. 9303, pp. 1-4. La reciente SAP de Madrid 23 octubre 2020 (JUR 2021, 16145) se pronuncia en este mismo sentido.

encuentra en un punto intermedio que logra ponderar los intereses en juego: no se desprotege la vivienda familiar, pero tampoco se eluden los intereses del arrendador; que no verá modificada la relación contractual a pesar de que se hayan modificado las circunstancias de la familia que habita en la casa. Nos postulamos a favor de que esta atribución del uso, por ende, no sea “eficaz en contra del arrendador mientras no le sea notificada” (permitiéndose una notificación extemporánea, pero produciéndose la subrogación tan solo desde el momento en el que se produce), considerándose el cónyuge que debiera haberse subrogado en la posición de nuevo arrendatario como “deudor de buena fe a los efectos prevenidos en los artículos 1164 y 1527 CC”⁶³.

3. Posibles conflictos jurídicos en la aplicación del artículo 15 LAU: ¿puede ser revertida la subrogación?

Volviendo sobre una cuestión tratada con anterioridad, podría realizarse la siguiente reflexión: en las primeras páginas de este trabajo, al tratar de determinar qué es y qué no es considerado por el ordenamiento como vivienda familiar, y, consecuentemente, merecedor o no de la tutela que aquí se precisa, discute y estudia, se abordaba lo estipulado en la STS 20 noviembre 2018⁶⁴, según la cual el Alto Tribunal consideraba que el inmueble perdía la cualidad de “familiar” cuando se fundaba una nueva familia tras el desmembramiento de la anterior. Ante esto, podríamos cuestionarnos qué sucedería en sede de arrendamiento. En caso de haber sido atribuida la vivienda al cónyuge no arrendatario, puede ser que comenzara una nueva relación sentimental, y constituyera una nueva familia en este mismo domicilio, de tal manera que, si se aplicara lo estipulado por la mentada sentencia, esta vivienda dejaría de ser considerada vivienda familiar, perdiendo su especial tutela y dando paso al surgimiento de importantes interrogantes sobre qué consecuencias prácticas se derivarían de ello.

No podría predicarse lo mismo en este caso que de aquel en el que dicha vivienda hubiese sido propiedad del otro cónyuge. En este último, la solución habría sido sencilla, pues simplemente habría cesado el derecho de uso concedido con motivo de dicha protección; mas en el primero es pacífica la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que no se produce una mera cesión del uso, sino que se va más allá, pues se da lugar a una novación subjetiva en la persona del arrendatario. Por lo tanto, a pesar de que este proceder tiene sentido solo en tanto en cuanto a la salvaguarda de esta institución jurídica, consideramos que sería erróneo abogar por una reversión de la subrogación⁶⁵. Una vez esta se ha producido, ya no es que

63 Tal y como defiende CARRASCO PERERA, A.: “Com. Art. 15 LAU”, cit., p. 567. También hace referencia a la falta de notificación CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso*, cit., pp. 60-61.

64 STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

65 Reversión a la que sí se muestra favorable MONTERO FERREIRA, D.: “La novación subjetiva”, cit., pp. 90-91, quien defiende una nueva aplicación del artículo 15 y, con ello, una nueva subrogación.

se haya "cedido temporalmente el uso de la vivienda", sino que se ha procedido a efectuar una modificación en el contrato: mientras que el derecho de uso se mantiene tan solo si se protege así la vivienda familiar, la subrogación, aunque tiene su origen y justificación en esta salvaguarda, su mantenimiento en el tiempo no depende de ella. Esto es, para que pueda procederse tal que así será necesario que en el momento de iniciarse este mecanismo de protección la vivienda se considere vivienda familiar, siendo irrelevante un hipotético cambio sobrevenido (e imprevisto, lógicamente) de la situación de la misma. En consecuencia, que este inmueble pierda dicha calificación no debería conllevar un nuevo cambio de arrendatario⁶⁶.

Además, refuerza esta teoría el hecho de que la modificación a la que nos referimos afecta asimismo a un tercero, el arrendador, que se vería gravemente perjudicado si pudiera ser alterada la persona del arrendatario con tanta facilidad y periodicidad sin ser este más que notificado (lo que recuerda en cierto modo a uno de los argumentos en los que se basaba el sector doctrinal contrario a que el artículo 15 LAU constituyera una subrogación: la temporalidad de la medida en virtud de la que se acuerda); ello denotaría una desprotección desproporcionada de los intereses del arrendador.

En definitiva, por tanto, a nuestro juicio, si esta situación aconteciera tras efectuarse la subrogación personal, no conllevaría ninguna consecuencia práctica, siendo tan solo relevante esta discusión si aún no se hubiera materializado la novación subjetiva (pues nunca llegaría a producirse) o si, por notificación defectuosa o inexistente se hubiese producido en su lugar tan solo la cesión del uso del inmueble (en cuyo caso sería restituido en el mismo quien figurase como arrendatario, de forma similar a lo que sucede si el propietario de la vivienda es el otro cónyuge).

III. EL DERECHO A CONTINUAR EN LA VIVIENDA ARRENDADA DEL CÓNYUGE Y DEL CONVIVIENTE: EL ARTÍCULO 12 LAU.

I. Fundamento y naturaleza jurídica.

El artículo 12 LAU, al igual que el artículo 15 LAU, busca tutelar la vivienda familiar en situaciones de inestabilidad por medio de la subrogación arrendaticia "inter vivos": ambos abren la posibilidad de que, en aquellos casos en los que esta se posea por medio de un contrato de arrendamiento del que fuera tan solo uno de los cónyuges arrendatario, aquel que no lo fuera se subrogue en la posición

⁶⁶ Así, CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., pp. 566-567 mantiene que "el cónyuge titular no podría recuperar entonces la posesión", fundando su opinión, además, en que, en el lapso de tiempo que mediara entre la subrogación y el momento en el que pudiera retornar a dicho domicilio, tendría que haber buscado una alternativa habitacional, no siendo, pues, útil, devolverle tras un tiempo el uso de la vivienda arrendada.

de este ante ciertas eventualidades. Las similitudes son evidentes a la luz de la literalidad de ambos preceptos, así como también lo son aquellos aspectos que separan uno de otro: las eventualidades que dan pie a su aplicación, la extensión o no extensión de esta esfera de protección a las familias que tienen origen en una pareja de hecho (y no en un matrimonio) y la regulación de la necesaria notificación al arrendador.

Empezando por los supuestos de hecho que desencadenan el mecanismo previsto para la protección de la vivienda, este precepto actúa ante las siguientes situaciones: en primer lugar, que el cónyuge (o miembro de la pareja) arrendatario decida, "motu proprio", no renovar el contrato de arrendamiento; en segundo, que este opte por desistir de dicho contrato; o, en tercer lugar, que abandone la vivienda dejando a su pareja en una compleja situación en lo que a la relación contractual se refiere, al no ser parte contratante⁶⁷. Como vemos, a diferencia también del artículo 15 LAU, en este caso no es posible mencionar un precepto concreto para hacer referencia a su fundamento.

En lo que a su naturaleza jurídica respecta, y tomando como punto de partida todo lo discutido páginas atrás, hemos de decir que a pesar de la ausencia de la expresión "subrogación" en la redacción del precepto, en esta ocasión sí han sido pacíficas la doctrina y la jurisprudencia al apuntar que, en efecto, bajo las palabras escogidas por el legislador, en este caso se escondía la intención de prever una subrogación "inter vivos"⁶⁸, con todo lo que ello hemos apuntado ya que conlleva.

2. Régimen jurídico.

A) Notificación.

Para que la subrogación se materialice se postula nuevamente como condición necesaria la notificación al arrendador de la alteración del "status quo". A su vez, esta notificación debe realizarse en una determinada forma y plazos, previstos taxativamente en el precepto, siendo diferentes los requisitos de la misma dependiendo de la situación que haya dado pie a la aplicación de la norma⁶⁹.

67 Interesa sobremanera la opinión de CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 427-428, a este respecto, pues es muy crítico con el legislador por no entender que esta sea la mejor de las soluciones ni para el arrendador ni para el cónyuge o miembro que haya de subrogarse.

68 Destaca, en este sentido, que, a diferencia de lo que se afirmaba con anterioridad al hilo de las explicaciones del artículo 15 LAU, en este caso el artículo 12 LAU sí es abordado por RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "El Contrato de Arrendamientos", cit., pp. 294-295, al tratar las subrogaciones en el contrato de arrendamiento. Por otro lado, queda patente esto mismo también en MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 325-327; o en CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 427-428.

69 En cuanto a esto mismo, CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 441-443 reflexiona sobre distintas situaciones, como qué sucedería si la notificación se emitiese en tiempo, pero se recibiese una vez vencido el plazo, si se hubiera arrendado (o enajenado, por ejemplo) en este lapso de tiempo ya la vivienda o si se revocase la notificación.

Así, si el cónyuge (o miembro de la pareja) arrendatario decidiese unilateralmente no renovar o desistir del contrato de arrendamiento en virtud del que poseen la vivienda familiar, sería el arrendador quien debiera hacer el requerimiento al cónyuge o miembro de la pareja no arrendatario, teniendo este último un plazo de 15 días desde entonces para contestar (artículo 12.2 LAU). Sin embargo, si se hubiese dado inicio a este mecanismo a consecuencia del abandono del domicilio del cónyuge (o miembro de la pareja) arrendatario, dejando a su suerte a su pareja, la notificación correría a cargo del "abandonado", que se vería obligado, en caso de querer subrogarse en la posición contractual de arrendatario, a comunicárselo al arrendador en un plazo de un mes a contar desde que se produjo dicho abandono (artículo 12.3 LAU), especificándose, además, en esta ocasión, la obligatoriedad de que se lleve a cabo por escrito (habiéndose obviado este requisito de forma con respecto al desistimiento o la no renovación)⁷⁰.

La lógica se halla detrás de que esto se haya dispuesto tal que así, pues ha de ser quien se presupone que tiene noticias del cambio de circunstancias quien haga saber al otro interesado lo sucedido para que pueda ponerse así en marcha el mecanismo de protección previsto. La vivienda familiar se vería desprovista de su tutela si se vinculara la posibilidad de que el cónyuge o miembro de la pareja no arrendatario se subrogara a su conocimiento sobre la decisión unilateral de su pareja de desistir o no renovar el contrato, pues es posible que para cuando fuera consciente de ello ya hubiese pasado el plazo previsto y se viese abocado a abandonar el que un día fue el hogar familiar de manera precipitada (o negociar un nuevo contrato de arrendamiento con el arrendador); cuando más habida cuenta de que el artículo 12 LAU sí establece la extinción del contrato como consecuencia de la no notificación o notificación defectuosa o extemporánea (aunque se pueda permitir cierta flexibilidad en su interpretación, tal y como mencionábamos algunas líneas atrás).

De igual manera, debe ser el cónyuge o miembro de la pareja interesado en subrogarse quien se ponga en contacto con el arrendador y le haga saber lo sucedido de haber sido abandonado. A pesar de que esta situación resulta en la práctica de lo más incómoda y violenta (una persona que ha sido abandonada por su pareja debe ponerse en evidencia y pasar por hacerle saber esto mismo al arrendador para poder proteger su vivienda familiar) no deja de ser la solución jurídica que mejor pondera los intereses de las partes implicadas: de no exigirse la comunicación al arrendador, se estaría permitiendo una modificación del contrato no ya sin solicitar la autorización de este, sino además sin informarle de la misma;

⁷⁰ Hace especial mención a este aspecto CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 440-441, haciendo alusión, a su vez, a la labor jurisprudencial llevada a cabo por los tribunales para solventar este problema, inclinándose por prescindir en ciertos casos de la necesidad de forma escrita en la subrogación producida a raíz del abandono. Ejemplo de ello serían la SAP de Cantabria 2 febrero 2000 (AC 2000, 220) o la SAP de Madrid 28 septiembre 2017 (JUR 2018, 1978).

y, además, sería inviable exigir al arrendador tomar la iniciativa de la notificación también en estas ocasiones, pues se le estaría solicitando conocer los entresijos de las relaciones personales de sus inquilinos durante toda la vida del contrato.

B) Aplicación del precepto a las parejas de hecho.

No obstante, lo que más destaca al realizar una comparación entre lo regulado en este precepto y en el anteriormente estudiado es la aplicabilidad de este primero a las parejas de hecho⁷¹, no circunscribiéndose en exclusiva a las crisis matrimoniales, y supeditándose esta extensión a la prueba de que la pareja bien haya convivido durante un periodo de, al menos, dos años, bien haya tenido descendencia⁷².

El porqué de este requisito se halla, a nuestro juicio, en la propia finalidad de la norma: si la vivienda familiar está especialmente tutelada por el ordenamiento por este carácter de “familiar”, no creemos que fuera justificable aplicar en ninguna otra circunstancia medidas de esta naturaleza y calibre. En consecuencia, es irremediamente necesario que la relación que dé pie a la subrogación tenga cabida en el artículo 39 CE⁷³, debiendo evitarse que se haga una aplicación torticera de este precepto, abriendo paso a los derechos que brinda, por ejemplo, a los meros compañeros de piso⁷⁴, pues en tal caso dejaría de protegerse la vivienda familiar, tutelándose la vivienda, sea cual sea la naturaleza de las relaciones que se fragüen en su interior.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES Y CONCLUSIONES FINALES: ¿ES LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA INTER VIVOS UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EFECTIVA?

La subrogación arrendaticia “inter vivos” se abre paso en nuestro ordenamiento jurídico como medida de protección de la familia por medio de los artículos 12

71 Como ya se ha dicho, esto lo introduce el legislador en su párrafo 4. De hecho, en el propio preámbulo de la LAU se hace mención expresa también a esto, calificándolo de “novedad”.

72 En CARRASCO PERERA, A.: “Com. Art. 12 LAU”, cit., pp. 450-453, se discute profusamente esta exigencia, haciendo especial mención a la dificultad de su prueba. También pone el acento en qué ha de entenderse por “análoga relación de afectividad a la de cónyuge” divagando sobre sus posibles interpretaciones.

73 En contra, FUENTES-LOJO RIUS, A.: “Medidas legales para una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 5, p. 4, quien aboga por que se aplique este precepto (así como el artículo 16 LAU) no solo en caso de matrimonio o pareja de hecho, sino también si la convivencia es permanente sin mediar ninguna relación de afectividad entre el subrogado y quien ostentaba la condición de arrendatario.

74 También FUENTES-LOJO RIUS, A.: “Medidas legales”, cit., p. 5, menciona las “convivencias de mutua ayuda” reguladas en los artículos 240.1 a 240.7 Código Civil Catalán (en adelante, CC Cat). A este respecto es necesario aclarar que a pesar de que el artículo 240.6 CC Cat, reconoce en su apartado tercero la posibilidad de subrogarse a estos convivientes en la posición del arrendatario durante un periodo de un año (o, de ser menor el tiempo que reste del contrato, por este) si este último falleciera, no les brinda esta posibilidad, atendiendo a su párrafo primero, si la extinción de la relación entre los convivientes se produce “en vida de todos”, en cuyo caso determina que “los que no sean titulares de la vivienda deben abandonarla en el plazo de tres meses”.

y 15 LAU. Ambos, como ha podido fácilmente apreciarse, muestran similitudes y divergencias que invitan a un estudio comparado y que nos impulsan a concluir que con la legislación tal y como está en la actualidad, se provee de una mayor protección en este ámbito a la vivienda familiar matrimonial que a la vivienda familiar que tiene origen en una pareja de hecho.

El artículo 15 LAU da respuesta a la pregunta de qué sucede con la vivienda familiar arrendada si esta ha sido atribuida tras la separación, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio al cónyuge que no figuraba como arrendatario en el contrato; esto es, tan solo se aplica lo por él previsto ante una crisis matrimonial, dejándose "a priori" desamparadas las parejas de hecho: a pesar de que estas no hayan contraído matrimonio, no se vean beneficiadas de las prerrogativas que ello conlleva y no puedan regirse por las normas de este, sí que pueden sufrir una ruptura y sí que pueden encontrarse ante esta misma situación; esto es, que se haya atribuido el uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no arrendatario. Y no es este un caso de laboratorio casi imposible de trasponer a la realidad, porque lo cierto es que desde hace años viene considerándose aplicable lo predispuesto por el artículo 96 CC (que, recordemos, ejerce de fundamento al artículo 15 LAU) a las parejas de hecho: el interés superior del menor no depende de que sus padres estén unidos jurídicamente como un matrimonio o como una pareja de hecho, de tal manera que es perfectamente admisible atribuir el uso de la vivienda a uno de los miembros de la pareja en favor de los hijos menores.

Bien pudiera salvarse esta situación acudiendo al artículo 12 LAU, haciendo uso de lo que este establece como si la crisis de la pareja de hecho que ha dado lugar a dicha atribución judicial fuese subsumible dentro del "abandono" al que hace este referencia; no obstante, esto implica, si lo pensamos bien, una merma en las garantías de la vivienda familiar si las comparamos con las que habría ostentado de haber sido aplicado el artículo 15 LAU, todo ello fundado en las consecuencias a las que en uno y otro caso conduce la notificación inexistente, defectuosa o extemporánea. Mientras que, en el seno de este último precepto, del artículo 15 LAU, la no notificación en tiempo y forma al arrendador impide la subrogación, pero da paso (o, al menos, así lo creemos) a la cesión del uso de la vivienda; a tenor de lo establecido en el artículo 12 LAU, debería procederse a la extinción inmediata del contrato: la salvaguarda proporcionada por este segundo es claramente inferior.

Es por esto mismo por lo que consideramos que debiera ser aplicable por analogía en tales casos lo previsto por el artículo 15 LAU⁷⁵, pues de lo contrario no se estaría produciendo una tutela efectiva de la vivienda familiar, sino una tutela

75 Para CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., pp. 558-559, habrá de ser la jurisprudencia la que determine para cada caso si procede o no una aplicación analógica del artículo 15 LAU a las parejas de hecho.

ampliada de la vivienda familiar matrimonial, relegándose a un segundo plano la no matrimonial. El hecho de que esté prevista la aplicación del artículo 12 LAU a las parejas de hecho, quedando estas fuera de lo recogido en el artículo 15 LAU se debe a que este último depende de los preceptos que determinan la atribución de la vivienda familiar en el CC, habiendo sido tradicionalmente destinados en exclusiva a las situaciones de crisis matrimonial, y no a los casos de ruptura de parejas de hecho. No obstante, los argumentos que en un principio servían al legislador para vedar la entrada a este artículo a los convivientes “more uxorio” han dejado de ser válidos, debiendo superarse como decimos esta visión y amoldarse todo ello a la situación social actual.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, pp. 1347-1375.

CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 12 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 425-453.

CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 15 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 551-568.

CARRASCO PERERA, A.: "Com. Art. 16 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 569-594.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

COLÁS ESCANDÓN, A.M.: "La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU", *Aranzadi Civil: revista quincenal*, 2003, núm. 2, pp. 2035-2070.

CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de derecho de la familia, Vol. 3 (Los regímenes matrimoniales (I))*, (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 275-442.

DE LA PUENTE ALFARO, F.: "La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, núm. 698, pp. 2359-2380.

ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: "Subrogación *mortis causa* del hijo minusválido en los contratos de arrendamiento de vivienda de renta antigua", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm. 10, 2014.

FUENTES LOJO, J.V.: *Comentarios a la nueva ley de arrendamientos urbanos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.

FUENTES-LOJO RIUS, A.: "Medidas legales para una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 5.

FUENTES-LOJO RIUS, A.: "Novedosa doctrina jurisprudencial relativa a la subrogación por fallecimiento del arrendatario de vivienda de renta antigua: Comentarios a la STS, Sala de lo Civil, del Pleno de 20 de julio de 2018", *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 9.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M. L.: "Vivienda familiar", *Cuadernos de estudios manchegos*, 2011, núm. 36, pp. 43-60.

GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, REUS, Madrid, 2013.

GARCÍA MAYO, M.: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

GÓMEZ LINACERO, A.: "Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida", *Revista Actualidad civil*, 2021, núm. 2.

GÓMEZ VALENZUELA, M. A.: "La convivencia de los suegros del progenitor no custodio en la vivienda familiar: análisis de la posible extrapolación de la STS de 20 de noviembre de 2018", *Revista de Derecho de Familia*, 2020, núm. 89, pp. 29-84.

GÓMEZ VALENZUELA, M. A.: "La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo", *LA LEY Derecho de Familia*, 2019, núm. 21.

HERRERO GARCIA, M. J.: "Comentario al artículo 1320 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil T. II* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, R. y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 586-592.

IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: "La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm.11.

MONTERO FERREIRA, D.: "La novación subjetiva en el arrendamiento de vivienda protegida", e-spacio. *Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2015 (disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Dmontero/MONTERO_FERREIRA_Daniel_Tesis.pdf; última consulta 21/05/2023).

PÉREZ GURREA, R.: "La subrogación "mortis causa" del arrendatario en el arrendamiento de vivienda en base al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, núm.700, pp. 833-838.

QUICIOS MOLINA, S.: "Los arrendamientos urbanos", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil. Contratos* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, S. A., Madrid, 2016, pp. 211-239.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "El Contrato de Arrendamientos Urbanos", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos, y responsabilidad por hechos ilícitos*, (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 273-318.

SALAR SOTILLOS, M. J.: "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. extra 8, 2, pp. 196-225.

UREÑA CARAZO, B.: "Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente", *Diario LA LEY*, 2015, núm. 8641.

VELA TORRES, P.J.: "Subrogación de arrendamiento a pesar de la falta de notificación escrita", *Diario LA LEY*, 2018, núm. 9303.

YÁÑEZ VIVERO, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm.1, pp. 1-49.