

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### Prelación para la subrogación «mortis causa» en el arrendamiento de vivienda

Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de la Audiencia territorial de Madrid en recurso de Suplicación (27 mayo 1957).

SUMARIO: I. Antecedentes de hecho.—II. Doctrina jurisprudencial.—III. Comentario. 1. Derecho transitorio. 2. La prelación; a) Naturaleza jurídica; b) Pervivencia de la prelación. Las causas de pérdida: 1.<sup>a</sup> La caducidad, 2.<sup>a</sup> Existencia de un convenio de subrogación conjunta. 3.<sup>a</sup> Abandono. c) Requisitos para el ejercicio de la prelación. d) Momento del nacimiento de la prelación. e) Supuesto de igualdad de grado de parentesco, sexo y cargas. 3. Cuestiones procesales.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

Al fallecer el arrendatario de un piso vivían con él dos hijos legítimos. El primero casado, con una hija, y el segundo casado, sin hijos.

El fallecimiento ocurrió bajo la vigencia de la Ley de 31 de diciembre de 1946.

En el momento de producirse la demanda regía ya la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, conviviendo en la misma casa los dos hermanos, con sus respectivas esposas, teniendo cada matrimonio dos hijos.

El hermano mayor solicita se le declare subrogado en el contrato de arrendamiento, por tener mayor número de cargas familiares en el momento de la muerte de su padre.

El Juzgado Municipal dictó sentencia denegando la demanda, porque dice que: «sin entrar a discernir el fondo del litigio, procede la absolución en la instancia, entre otras, por las razones siguientes: porque durante varios años ambos litigantes han estado de acuerdo en la utilización simultánea del piso, como lo demuestran los ocho años de convivencia y la circunstancia de que don A no puso inconveniente ninguno a que el actor volviera a morar en el piso litigioso cuando éste regresó a Madrid después de haber prestado los servicios de armas en Melilla, porque en el momento actual ambos litigantes tienen las mismas cargas familiares, pues don B está casado, y, a su vez, el demandado está casado y tiene dos hijas, porque tratándose de debatir derechos contractuales arrendaticios sería anómalo sustanciarlos sin la intervención del arrendador; porque tampoco se ha demandado a las demás personas con presuntos derechos de subrogación, a las esposas respectivas, ni se ha tenido en cuenta a las hijas de ambos, de acuerdo con el artículo 58 del Decreto de 13 de abril de 1956 que estableció el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos; porque no se ha

probado que las discrepancias entre los litigantes, invocadas por la parte actora, sean tan graves que imposibiliten la convivencia debajo del mismo techo a las dos familias hermanas; y porque la demanda no ha sido formulada con todos los requisitos exigidos por el Decreto de 21 de noviembre de 1952, y, en su virtud, concurre en el caso actual la excepción dilatoria sexta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, acerca de la imposición forzosa de costas, procede fallar como se hará en la parte dispositiva de esta sentencia».

Apelada esta sentencia, fué revocada por la del Juzgado de primera instancia, de 20 de marzo de 1957. Contra ella se interpuso recurso de duplicación, distribuido en diez motivos, acusando la infracción de los artículos 29, 36 y 37 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, artículos 533 y 580, L. E. C., artículos 14, 27 y 72 de L. A. U. de 1946 y disposición transitoria segunda de L. A. U. de 1956, artículos 1089, 1091, 1232, 1249, 1253, 1254, 1255, 1256, 1258, 1261 y 1282, doctrina del fraude a la ley y del abuso del derecho y doctrina jurisprudencial de la S. T. S. de 30 de septiembre de 1950, en relación con la de 22 de octubre de 1952.

La Audiencia territorial declara la improcedencia del recurso por sentencia de 27 de marzo de 1957.

## II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La Audiencia territorial hizo suyo el «contenido jurídico legal» de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por ello, y por su cuidadosa formulación doctrinal, interesa reproducir íntegramente los considerandos de esta notable sentencia (1). Dice:

«CONSIDERANDO que en el número 5 del artículo 29 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, de acuerdo con el concepto que hoy se tiene de la acción en el Derecho procesal, no se exige que en la demanda se exprese nominativamente ni se diga la clase de la acción ejercitada, sino sólo que se exprese la acción cuando por ella haya de determinarse el procedimiento o la competencia, lo cual se ha cumplido en la demanda origen del presente juicio, pues basta un simple examen de su encabezamiento, hecho VII y súplica para observar que, aun sin decir el nombre o clase, se expresa de modo evidente cuál es la acción ejercitada, por lo que el pretendido defecto de aquélla, en primer lugar alegado en la contestación, no existe. Y lo mismo sucede con el relativo a la omisión de las circunstancias personales del Procurador del demandante, también alegado en la contestación, pues si bien en el número 2 del indicado artículo 29 exige se consigne en la demanda el nombre, apellidos, profesión y domicilio del representante del actor, es indudable que se refiere al supuesto de no ser el representante Procurador en ejercicio incorporado al respectivo Colegio, pues si lo es, la mención de tales circunstancias resulta totalmente superflua. Por ello, el hecho de haberse omitido en la demanda la mención del domicilio del Procurador del demandante, no constituye un defecto de aquélla.

(1) Sentencia dictada por el magistrado don Rafael Gimeno Gamarra.

CONSIDERANDO que la falta o defecto, apréciado de oficio por el Juzgado municipal, constituye en no haberse demandado al arrendador ni a las demás personas con presuntos derechos de subrogación, tampoco existe, pues el arrendador podía haber sido demandado si el actor quería que la sentencia tuviera frente a él autoridad de cosa alegada, digo juzgada, pero si por estimar aquél que éste no se opondría a sus pretensiones no le interesa que la sentencia produzca frente al mismo tal efecto, no puede obligársele a demandarlo, pues para ello sería, en todo caso, preciso que existiera el riesgo de tener que promoverse contra él otro juicio y pudieran recaer sentencias contradictorias, cuyo riesgo no se aprecia, por no constar que el arrendador se oponga a las pretensiones del actor, ni advertirse la posibilidad de que las mismas puedan perjudicar los derechos de aquél y con respecto a las demás personas con presuntos derechos de subrogación, bastará observar que se trata de las esposas y los menores hijos del actor y del demandado, con respecto a las cuales el derecho de éstos es claramente preferente, según el artículo 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, siendo por ello evidente, la improcedencia de demandar a las mismas.

CONSIDERANDO que, en cuanto al fondo de la cuestión debatida, está plenamente probado que al fallecimiento del titular del arrendamiento del piso discutido, ocurrido en 7 de septiembre de 1948, convivían con el mismo sus dos hijas, el actor con su esposa y una hija del matrimonio; y el demandado, sólo con su esposa, por no tener aún descendencia, habiendo continuado las dos familias ocupando el piso sin que conste la existencia de ningún convenio sobre la ocupación conjunta del mismo, pues si bien el demandado ha alegado que a la muerte del padre acordaron los dos hermanos suceder conjuntamente en la titularidad arrendaticia de la vivienda, no ha aportado ninguna prueba justificativa de ello, y pretende deducir la existencia de tal acuerdo del hecho de la ocupación conjunta del piso, por los dos hermanos desde la muerte del padre, lo cual, aunque, en efecto, pueda ser debido a que mediara el indicado acuerdo también puede haber obedecido a otras causas o motivos, por lo que no basta para poder deducir la existencia de un acuerdo tácito, o presunto, pues para ello sería preciso que el indicado hecho revelara, de manera equívoca, el consentimiento, por no ser susceptible de varias interpretaciones y no poder aplicarse a distintas circunstancias. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código civil y ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Supremo, como puede verse, entre otras, en sus sentencias de 12 de noviembre de 1904, 17 de mayo de 1913, 5 de marzo de 1931, 17 de mayo de 1941, 5 de octubre de 1955 y 4 de diciembre de 1956. La sentencia del propio Alto Tribunal de 30 de septiembre de 1950, citada por el demandado, no supone nada en contra, pues frente al arrendador que demanda a uno solo de los beneficiarios del derecho de sucesión en el arrendamiento, cabe presumir el deseo de ocupación conjunta, por el hecho de que éstos continúen ocupando conjuntamente la vivienda y al efecto de que aquél haya de demandar a todos, pero sin que ello suponga el reconocimiento de que tal ocupación implica renuncia del derecho de preferencia de alguno

de ellos, ni baste, entre los mismos, para presumir la existencia de un convenio de sucesión conjunta.

CONSIDERANDO que, tampoco se puede deducir la existencia de un acuerdo tácito o presunto de sucesión conjunta del hecho, alegado por la parte demandada, del abandono de la vivienda por el actor desde el 8 de febrero de 1950 hasta el 6 de marzo de 1952, pues no se ha probado la realidad de tal abandono, sino sólo que durante dicho período de tiempo estuvo el actor destinado fuera de Madrid, pero sin abandonar la parte correspondiente de la vivienda, pues siguió ocupando la misma con muebles y su esposa vino a pasar en ella algunas temporadas, lo cual revela claramente que no ha hecho tal abandono.

CONSIDERANDO que, al no haber tratado de probar la existencia de un convenio expreso, ni poder deducirse la de un acuerdo tácito o presunto de ocupación conjunta, ha de estimarse que el actor pueda ejercitar el derecho de preferencia que, en su caso, le corresponde con arreglo al artículo 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, a pesar de haber venido ocupando la vivienda conjuntamente con el demandado desde la muerte del padre de ambos en 7 de septiembre de 1948, pues la Ley no fija un plazo para el ejercicio de tal derecho, y, por tanto, será posible ejercitarlo en cualquier momento, mientras la acción no prescriba, no siendo aceptable la tesis del demandado según la cual el citado derecho ha caducado, pues para ello sería preciso que la Ley hubiera señalado un plazo para su ejercicio normal de los derechos, según el Tribunal Supremo ha reconocido (Sentencias de 10 de julio de 1950, 10 de marzo de 1951, 13 de noviembre de 1953 y 26 de noviembre de 1956), ha de ser establecida por la Ley.

CONSIDERANDO que con arreglo a lo dispuesto en el citado artículo 72 y en el 71 de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, el derecho del demandante a suceder en el arrendamiento de la vivienda discutida es preferente al del demandado, porque aun cuando actualmente tengan uno y otros iguales cargas familiares, al fallecimiento del padre titular de dicho arrendamiento era mayor el número de cargas familiares del actor, que tenía esposa y un hijo, mientras el demandado no tenía más que la esposa; y ese momento del fallecimiento del titular del arrendamiento es el que ha de contemplarse al decidir la sucesión, puesto que es en dicho momento cuando el derecho a la sucesión se adquiere, por lo que con respecto a él han de tener en cuenta las circunstancias determinantes de su adquisición; y, por ello, tanto a la vista de los preceptos citados de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, como con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58 de la vigente, pues de unos y otros se deduce que el derecho a la sucesión se adquiere al fallecimiento del inquilino titular del arrendamiento y en ese momento han de concurrir las circunstancias determinantes del mismo.

CONSIDERANDO que en virtud de todo lo expuesto es procedente estimar la demanda y revocar la sentencia recurrida, en cuanto no lo hizo así, teniendo que imponerse al demandado las costas de la primera instancia, sin hacer expresa condena de las de esta segunda instancia, conforme a

lo preceptuado en el artículo 149 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos».

La sentencia de la Audiencia ofrece también particular interés, por lo que enseña sobre la naturaleza del recurso de suplicación (2). Dice :

«CONSIDERANDO que para resolver la suplicación planteada, forzoso e inexcusablemente es tener que fijar nuestra atención, en las razones y argumentos que se contienen y esgrimen en el escrito mediante el cual se formula dicho recurso, y aunque tal afirmación pudiera parecer paradójica, y por tanto superflua, fuéranos a ello, las peculiares características y extensión del mencionado alegato, que si bien principia consignando, en el apartado b) del folio 3.º «que se señalan sucinta y brevemente los fundamentos del mismo» como dispone la Ley, acaba su autor redactando una larga e innecesaria exposición que contiene diez motivos o causas de suplicación, y todo ello alcanza, nada menos, que trece folios dobles, y lo que resulta aún más incomprensible en que dichos diez motivos se refieren a otras tantas supuestas infracciones del artículo 132, de la Ley Arrendaticia de 1956, cometidas por el Juzgado de Primera Instancia en su sentencia, por ser revocatoria de la que dictó previamente el Juzgado Municipal número 4, en juicio de cognición, de donde se infiere y deduce que, para el recurrente, como arma de defensa, es fácil multiplicar unas imaginativas infracciones, que por ser carentes de contenido jurídico-legal, están a la vez faltas de base procesal para su admisión y prosperidad, por lo que han de ser obligada y forzosamente rechazadas, según veremos, en fundamentos sucesivos.

CONSIDERANDO que como tiene, con reiteración, establecido esta Sala, en numerosas resoluciones de idéntica naturaleza, no le es posible formular al recurrente, ni puede, por tanto, admitir el Tribunal, en el presente trámite, alegaciones nuevas sobre puntos o extremos que no fueron controvertidos en la litis ni recogidos en la sentencia recurrida, como es lo relativo a la teoría del abuso de derecho, planteando por primera vez este problema, el vencido en juicio que, ahora tardía y extemporáneamente, se pretende introducir, mediante esta aspiración imposible, para alcanzar una nueva resolución por esta Audiencia, con fallo más propicio a sus deseos, y como ello sería tanto como abrir un nuevo e ilegal cauce jurídico para proseguir la discusión, tiene que rechazarse por ser contrario, no sólo a la letra de la Ley, sino también al criterio inspirador del artículo 132 que, por primera vez, establece esta alzada en el ordenamiento arrendaticio vigente de 1956.

CONSIDERANDO que si no fuera ya suficiente lo dicho anteriormente, en el primer fundamento de esta resolución, respecto a la forma extrínseca del recurso que se contempla, y en el segundo considerando por lo que se relaciona con el fondo de la cuestión planteada, que bastarían para la desestimación total de la alzada que se estudia, ello no obstante es nuestro deber analizar lo relativo a las supuestas, pero infundadas e inexistentes infracciones del artículo 132 de la vigente normativa arrendaticia, que se exponen en los diez motivos de la suplicación formulados, y se advierte cla-

(2) Siendo ponente el magistrado don Eduardo Tormo García.

ramente cuán difícil es concebir ni tampoco aceptar nada menos que esas diez infracciones, sobre un mismo precepto de la Ley que, por tener una sobria y concisa redacción, resultan prácticamente irrealizables tan múltiples infracciones, apareciendo como más verosímil, el desbordado deseo de que se verifique por esta superioridad una nueva valoración de la prueba practicada en las esferas y jurisdicciones precedentes, cuya protensión resulta del todo inviable, ya que expresamente nos está vedada tal contingencia, no sólo por terminante mandato del precepto que se examina, sino también por la conocida y abundante jurisprudencia que, sentando prudentes reglas de interpretación, no admite la posibilidad de valorar nuevamente la prueba, porque no tratándose de una tercera instancia, sino de un recurso excepcional, esa facultad es privativa y les está reservada, exclusivamente, a los juzgadores de instancia, puesto que no prospera la teoría del abuso de derecho, único caso en que cabría tal hipótesis.

CONSIDERANDO que tras de lo que se deja dicho, surge una notoria y evidente temeridad en el recurso que se resuelve, por lo cual procede imponer como sanción una expresa condena de costas a la parte recurrente».

### III. COMENTARIO

#### 1. *Derecho transitorio.*

Planteadas la demanda, vigente ya el texto legal de 13 de abril de 1956, pero respecto a una situación nacida en 7 de septiembre de 1948, es decir, bajo el imperio de las disposiciones de 31 de diciembre de 1946, resulta inevitable la cuestión sobre el Derecho que se ha de aplicar.

La disposición transitoria primera del texto de 1956, declara aplicable lo dispuesto en esta Ley a los contratos anteriores a su vigencia, «sin otras excepciones que las que resultan de sus propios preceptos».

La disposición transitoria octava dice: «Los beneficios reconocidos en los artículos 58 y 59 serán aplicables a los contratos de inquilinato vigentes en el momento de empezar a regir esta Ley, cualquiera que sea el número de subrogaciones que se hubiesen producido con anterioridad.»

A primera vista, estas reglas imponen sin remedio la extinción de la ocupación conjunta. El artículo 58, 2, dice: «Cuando fueren varios los beneficiarios del derecho a que se refiere el párrafo anterior, sólo uno de ellos podrá utilizarlo. A falta de acuerdo entre los mismos, se observará el orden de prelación establecido en el párrafo anterior». La disposición transitoria octava concede un plazo de cuatro meses, desde el momento de empezar a regir la Ley, «para notificar al arrendador cuál es la persona titular del arriendo a virtud de subrogación nacida al amparo de la legislación precedente». Apenas conocidas estas disposiciones, dieron origen a variadas opiniones y observaciones críticas. A su vista, el legislador publica el Decreto-ley de 14 de septiembre de 1956, que concede un nuevo plazo para la notificación y autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias «para proveer respecto a las situaciones que se ofrezcan de la aplicación de la citada disposición transitoria octava» (art. 2). En su virtud, el Decreto

de 28 de septiembre de 1956 dispone que en la referida notificación «deberá expresarse al arrendador *la persona o personas titulares* del arrendamiento de vivienda» (art. 1.º). En su preámbulo se explica y justifica este precepto diciendo: «Como el sentido de la disposición transitoria no puede ser otro que el de asegurar que el *arrendador* conozca con certeza quién es el titular del contrato de inquilinato, cuyos familiares han de gozar en su día del beneficio reconocido en el artículo 58, y *no el de aplicar retroactivamente* el precepto restrictivo que encabeza el párrafo 2.º de este artículo, *en perjuicio de los derechos ya adquiridos* por los familiares del inquilino premuerto, también resulta conveniente declarar que en el caso de ser varios los beneficiarios de la subrogación *mortis causa*, nacida al amparo de la legislación anterior a la vigente, que sean titulares del arriendo en la fecha en que comenzó a regir la Ley de 22 de diciembre de 1955, todos ellos deberán ser expresados en la preceptiva notificación al arrendador».

Este Decreto y su preámbulo pudieran suscitar alguna duda sobre su legalidad, ya que parecen contradecir el criterio extremadamente retroactivo de la disposición octava y exceder del ámbito estricto de la autorización concedida al Gobierno por el Decreto-ley. Sin embargo, una exégesis más detenida puede convencer de que el Decreto y su preámbulo han interpretado autorizada y adecuadamente la transitoria octava. En efecto, el párrafo 1.º de ésta se refiere *solamente* a los «beneficios reconocidos». Beneficiarios, según la terminología y criterio legal, son los que tienen derecho a la subrogación y, en su orden, los que tienen derecho de preferencia. La notificación al arrendador es una *conditio iuris* para ejercitar o poder seguir ejercitando el beneficio, pero no es ni origina un beneficio (en sentido de la Ley) a favor del arrendador. Por ello, la expresión del párrafo segundo de la transitoria, «cuál es la *persona titular*», limitativa de la notificación, permite pensar que excede del propósito del legislador, lo que aconsejaba la interpretación restrictiva de su letra, propuesta por el artículo 1.º del Decreto y su preámbulo.

A ello también inclina el criterio general restrictivo de la retroactividad, que dimana del artículo 3.º del Código civil (3).

En el pleito y, por tanto, en las sentencias que le han puesto fin, no se discutió la cuestión de Derecho transitorio, pues las partes dieron por aplicable la Ley de 1946. Con razón, según puede deducirse de lo dicho. Por ello, la doctrina sobre la prelación después estudiada conserva su importancia práctica, ya que será aplicable a todas las situaciones existentes, nacidas antes de la entrada en vigor de la Ley de 1956.

## 2. La prelación (4).

a) *Naturaleza jurídica*.—La L. A. U. de 1946 (arts. 71, 72) y la de 1956 (art. 58), en caso de fallecimiento del inquilino, conceden a determinados parientes de aquél la posibilidad de continuar ocupando la vivienda sin

(3) En general, sobre la retroactividad de la L. A. U., BERNAL (Jesús Aparicio): *Ámbito de aplicación del Derecho especial de arrendamientos urbanos*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX, 4.º (1956), págs. 1091-1107.

(4) Sobre esta cuestión: *Sucesión en el arrendamiento. Prelación y su ejercicio*. Dedicado. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VI, 4.º (1953), págs. 911-915.

necesidad de celebrar nuevo contrato (5). Establecen, además, un orden de preferencia para el caso de ser varias las personas beneficiadas. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 ha exigido que, cuando exista esta concurrencia de beneficiarios, sólo uno de ellos podrá ejercitarla.

La naturaleza jurídica de la preferencia no ha sido estudiada. Esta resulta necesaria en caso de concurrencia de unas titularidades especiales (6); de aquellas que se han considerado como «facultades individualizadas» (derivadas de ciertas relaciones jurídicas), también llamadas «derechos secundarios», de «formación» o «potestativos» (7). La prelación significa una condición privilegiada (*qualitas iuris*) a favor de una de las titularidades y la condición inferior o subordinada de las demás. Lo que, por tratarse de una titularidad excluyente o con posibilidad de exclusión, hará que su ejercicio coincida con el de la misma facultad y determine la sucesión en el arrendamiento (8). El carácter relativamente independiente de esta facultad se manifiesta en que puede tener una cierta vida separada, es decir, que no se reduce a su mero ejercicio. Más amplio, según la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 y menos con arreglo a la de 1956. Una y otra dejan la posibilidad de la renuncia (a título gratuito u oneroso) y la del abandono de la prelación. La primera, además, parece que permita pactos de paridad o de coarrendamiento, de no ejercicio durante cierto tiempo y de continuar la convivencia familiar mientras la prelación no se ejercitase.

b) *Pervivencia de la prelación.*—¿El demandante conservó o había perdido el derecho que le concediera la Ley de ser preferido a su hermano en la ocupación de la vivienda arrendada? El demandado alegó como *causas de su pérdida*: La caducidad de la acción, un convenio de subrogación conjunta y el abandono del arrendamiento. Conviene examinarlas separadamente.

1.ª *La caducidad.*—Para que pueda alegarse es necesario que la Ley haya señalado un «plazo preclusivo»: aquel durante el que puede ejercitarse válidamente el derecho o la facultad y que, después de transcurrido, significa su extinción automática. El demandado sostuvo que el demandante no ejercitó la acción expresada «en el que pudo ser momento oportuno». No dijo cual fuera éste ni cuándo terminó. La Ley no fija un momento ni tampoco señala un plazo para el ejercicio. Lo que, sin más, basta para que no se pueda invocar la caducidad. Esta figura exige, como dice la doctrina, la fijeza del plazo legal, pues sólo así puede ser impuesta de oficio, como resulta de su naturaleza y ha señalado repetidamente la jurisprudencia.

(5) Sobre esta sucesión FERRANDIS: *Sucesión en el arrendamiento. Transmisión «mortis causa» de los derechos y obligaciones del arrendamiento*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, 2.ª (1964), págs. 405-426.

(6) Situación semejante se encuentra en otros casos; por ejemplo, concurrencia de ofertas cuando el propietario de un piso trata de venderlo (art. 206 C. c.), concurrencia en el no del retracto por dos o más colindantes (art. 1.523 C. c.).

(7) CASTRO (Federico de): *Compendio de Derecho civil*, 1957, págs. 119 y 120; *Derecho civil de España*, 3.ª ed., 1966, I, págs. 673-676. Comp. lo dicho después en nota 10.

(8) A diferencia de lo que ocurre en otras figuras, como en las de prelación de créditos y rango hipotecario.



El Tribunal Supremo ha dicho que «la caducidad, en cuanto limita y restringe el ejercicio normal de los derechos, reviste cierto carácter excepcional» (Sentencia de 13 noviembre de 1953, que cita las de 10 de julio de 1950 y 10 de marzo de 1951); no es apta para la analogía y requiere una declaración legal expresa; pues afirma, también, que «el silencio de la Ley al respecto no supone la existencia de una laguna o involuntario defecto de norma que requiera el empleo de tal excepcional instrumento de investigación normativa, sino que expresa un querer no decirlo que deliberadamente calla, porque no quiere frustrar el *designio legis*, que el derecho quede configurado como puro, cual normalmente la Ley define todos, sin el aditamento del elemento accidental plazo, y no es posible agregar lícitamente al acto legislativo, si no lo ha sido por su autor el legislador, por una expresa manifestación de suyo limitadora» (Sentencia de 26 de noviembre de 1956, casando la sentencia de instancia).

La letra misma del precepto repugna la caducidad. Dice el artículo 72: «si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior *no desearan* ocupar conjuntamente la vivienda, se guardará el siguiente orden de prelación». No fijado un determinado momento para exigir o alegar la preferencia, se podrá pedir en cualquier momento, *cuando* no se desee la ocupación conjunta. El derecho atribuido al beneficiario preferente perdurará mientras no haya causa legal que determine su extinción. En favor de esta interpretación concurre la «ratio iuris» del artículo. Redactada la Ley ante el agobio de la escasez de viviendas, no puede entenderse de modo que llevase a la agravación del problema. Si se admite que la preferencia ha de ejercitarse inmediatamente, se hubiese impulsado el desalojo de los no preferentes; pues el favorecido, para evitar la pérdida de su preferencia, sería llevado a ejercitarla en seguida; lo que nunca le perjudicaría económicamente, pues le convendría más que compartir el alquiler obtener las ventajas que le permitía el artículo 27 (realquilados). La Ley no impone la continuidad de la ocupación conjunta, por la dificultad y peligro de tal tipo de convivencia; el orden o criterio de preferencia permite salir de cualquier situación insostenible y hasta previene que surja, pues la posibilidad de ejercitarla ordena también la convivencia. Quien tiene el derecho de preferencia recibe una autoridad de hecho que le permite continuar la función unificadora que ejerciera el causante (arrendatario); las exigencias mutuas, dificultades, aspereza, mal humor y egoísmos se suavizan o disimulan por necesidad o interés; como en vida del difunto, ejerce una función pacificadora la amenaza de la salida forzosa de la vivienda para el que perturbe la tranquilidad de la convivencia.

La interpretación indicada es también la que favorece la reciente Ley de Arrendamientos; acto posterior del legislador, pero que importa tener en cuenta si ha de atenderse a la doctrina que aconseja una jurisprudencia dinámica (Sentencias Tribunal Supremo 21 abril 1926, 14 enero 1927, 10 julio 1928, 21 noviembre 1934, 1 julio 1940), y asimismo porque, como ha dicho el mismo Alto Tribunal, la modificación legislativa que impone esta Ley ha de tenerse en cuenta al interpretar la antigua de 1946 (S. 31 diciembre 1956). En efecto, el nuevo artículo 58, 2.º, exige que sólo uno de los beneficiarios pueda ejercitar el derecho a la subrogación en el arren-

damiento. Entender el artículo 72 de modo que permita la extinción del derecho de preferencia y la perduración de la ocupación conjunta sería contrario al nuevo criterio legal.

2.<sup>a</sup> *Existencia de un convenio de subrogación conjunta.*—El demandado y la sentencia del Juzgado Municipal entendieron que la prelación no podía ejercerse ya, porque la convivencia durante ocho años de los litigantes implicaba un acuerdo expreso o tácito de «utilización simultánea», con la consiguiente renuncia a la prelación. Esta construcción no ha sido aceptada en las otras dos instancias. Con sólida fundamentación, que conviene detallar para la mejor valoración de su doctrina.

La alegación del convenio y subsiguiente extinción de la preferencia supone la afirmación de un hecho nuevo (extintivo) frente a los afirmados en la demanda, cuya prueba—según constante jurisprudencia—recae sobre el demandado (art. 1.214 C. c.). Se puede probar, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, la existencia de un convenio de renuncia de la preferencia (arts. 1.255 a 1.271 C. c.); mas parece difícil, hasta imposible, deducir, de los hechos únicos de la convivencia y de la contribución al pago de la renta, un pacto de renuncia a la prelación. En efecto, entre tales hechos y la consecuencia falta el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que requiere la ley (art. 1.253 C. c.). Aquella deducción implicaría «un salto» en el desarrollo lógico. La convivencia puede contener el acuerdo sobre la ocupación conjunta, pero no la voluntad de perder o de renunciar el beneficio de preferencia. Si la ley hubiese marcado un plazo, por ejemplo de un año, para el ejercicio de la preferencia, la convivencia que no llegase al año no se podría considerar obstáculo para ejercitar la acción, con tal que fuera antes del año. No habiendo plazo de caducidad, el mero convivir no significa nada contra la perduración del beneficio de preferencia.

La influencia «fatal y directamente» exigida para la presunción (Sentencia T. S. 13 octubre 1953) se da sólo cuando el hecho probado no puede obedecer—o tener—otras causas o motivos, cuando no puede ser susceptible de variedad de interpretaciones y aplicarse a diversas circunstancias (Ss. T. S. 12 noviembre 1904, 17 mayo 1913, 5 marzo 1931, 17 mayo 1941, 5 octubre 1955). Respecto, precisamente al consentimiento tácito, se ha dicho que ha de ser «acto propio que revela de una manera concluyente e inequívoca tal consentimiento», lo que no ocurre cuando «puede obedecer a circunstancias diversas y es susceptible de distintas interpretaciones» (S. T. S. 4 diciembre 1956). En el caso de autos, no sólo es imposible la presunción «de facto», sino que la probabilidad se inclina contra sus pretensiones. Es contra «el criterio humano» presumir la renuncia de un derecho (el de preferencia concedido por la ley), pura y simplemente, gratuita y sin causa. Respecto a la renuncia se nos enseña que si bien «está admitida tanto la forma expresa cuanto la forma tácita, cuando se infiera necesariamente de una actitud o conducta (es decir, de un hecho concluyente) la voluntad de renunciar, es de tener presente que, en muchos casos, esa declaración de voluntad, emitida en forma directa o indirecta, ha de ser *terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla, como tiene ad-*

vertido esta Sala, de expresiones o *actitudes de dudosa significación*» (Sentencia T. S. 13 junio 1942). También se nos adoctrina que «no es legal conceptuar como acto de renuncia y abdicación de un derecho el *mero retraso de un ejercicio* mientras no transcurra el tiempo de la prescripción (Sentencia T. Supremo 17 mayo 1941).

La doctrina del Tribunal Supremo no se ha manifestado, en ningún momento, favorable a inducir de la convivencia un pacto de renuncia. La S. T. S. 30 septiembre 1950 no dice que el hecho de la ocupación conjunta suponga un convenio de convivencia que extinga el derecho de preferencia. El arrendador demanda a un solo ocupante (la viuda y no a los hijos), solicitando la resolución del arrendamiento por cesión o subarriendo no consentido. El Tribunal de instancia dijo (con razón, según el T. S.) que el arrendador debía demandar a todos los beneficiarios. Lo que es lógico, porque la preferencia del cónyuge superviviente respecto a los hijos (art. 72) es derecho de aquél (no del arrendador), que puede o no ejercitar como y cuando quiera. En el pleito, además, se plantearon diversas hipótesis sobre la regulación de la convivencia (convenio especial, renuncia de la madre a la preferencia, respeto de la preferencia de la madre por los hijos), en cuya resolución estaban también interesados los hijos. El Tribunal no dijo que, por el solo hecho de la convivencia, la viuda pierda su derecho de preferencia respecto a los hijos (lo que sería ilegal y además contrario a la equidad).

Más clara es la sentencia de 22 de octubre de 1952. Se trataba también de una cuestión de legitimación pasiva; se dirige la demanda de desahucio contra la viuda del arrendador y no, también, contra los nietos que con ella conviven. El Tribunal Supremo da lugar al recurso contra la sentencia que admitió la demanda; considerando que se da «la circunstancia de concurrir con la viuda del arrendatario los nietos de éste, unos y otros comprendidos en el ámbito del artículo 71 de LAU, sin que entre ellos se haya *declarado el derecho* preferente a continuar la relación arrendaticia, de acuerdo con las normas de los artículos 71 y 72 de dicha ley». Es decir, que hay que dirigirse contra los beneficiarios *mientras que no se declare la preferencia*; la viuda (abuela) puede en cualquier momento posterior (mientras no prescriba) pedir que se declare su derecho preferente.

En fin, la sentencia de 15 de noviembre de 1955 carece de relación directa con el caso estudiado. Se trataba del ejercicio de una acción de retracto por dos hermanos, sucesores del inquilino titular, pero no ejercitada por la hermana convivente. Se recurrió contra la sentencia que daba lugar al retracto, entre otros motivos, por no haberse citado a dicha hermana. Se desestima el recurso diciendo que a nada se condena a la interesada, cuyos posibles derechos quedan en pie. En el pleito se tuvo en cuenta que la hermana estaba «recogida» por sus dos hermanos; es decir, que el hecho de la convivencia no determina siempre y necesariamente una situación de *coarrendamiento*.

3.\* *Abandono*.—En el pleito se discutió también la hipótesis del abandono material del piso, como premisa de la renuncia a la preferencia. Limitada la alegación del demandado al hecho del abandono, fué rechazada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, porque no se probó el

desalojo del piso, sino lo contrario, que había continuado ocupándolo con muebles y utilizándose como vivienda por temporadas. En efecto, el viaje, la residencia, el domicilio necesario en otro lugar no significa abandono de la vivienda arrendada, ni es causa de resolución de la relación arrendaticia. No incluido entre las causas de resolución del artículo 149, la interpretación jurisprudencial lo ha excluido terminantemente de ellas, negando se puedan utilizar las causas de resolución del Código civil (así la del artículo 1.569, 4.º).

La legislación ha variado en 13 de abril de 1956, y el artículo 62, párrafo 3.º, aporta como nueva excepción a la prórroga obligatoria: «cuando la vivienda no esté ocupada durante más de seis meses en el curso de un año». Se añade, «a menos que la desocupación o cierre obedezca a justa causa». Lo que legitima la pregunta: ¿No lo es el destino temporal de un militar? En todo caso, con arreglo a la legislación vigente en el período considerado (1950-1952), el cambio de domicilio, la misma desocupación (que el demandado reconoce no existió), no afectaba jurídicamente a la situación del arrendatario ni a los derechos conexos a su titularidad (preferencia respecto al hermano) (9).

En cambio, el hecho de la desocupación real de la vivienda, por quien tenga la prelación y el de la continuación como ocupante del otro convivente (beneficiario que le sigue en la prelación), puede considerarse fundamentalmente como hecho base para presumir el abandono por aquél de su condición de inquilino (si no hay otros hechos que lo contradigan), y, con ello, la renuncia abdicativa de la preferencia en la sucesión.

c) *Requisitos para el ejercicio de la prelación.* — En la sentencia del Juzgado Municipal se rechaza la demanda, entre otras razones, por falta de prueba sobre la existencia de discrepancias entre los conviventes y de la imposibilidad de convivencia. Supuesto requisito, con motivo no tenido en cuenta en las instancias superiores. La condición de titular preferente faculta para ejercitar la prelación como y cuando se quiera, sin estar sometida a ningún requisito que condicione (*conditio iuris*) dicho ejercicio; la declaración de voluntad del titular, por sí sola, produce el cambio de situación jurídica previsto en la ley. Por ello, como se ha indicado antes, se le puede encuadrar en la figura de los llamados derechos potestativos o poderes jurídicos (10).

La LAU de 1956 impone que el beneficio de la sucesión se ejercite por un solo beneficiario y, como requisito de la subrogación, que ésta se haga mediante notificación fehaciente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino (art. 58). Requisito para la subrogación que se traduce en un plazo de caducidad también para el ejercicio de prelación. A diferencia de lo que ocurría según LAU de 1946.

(9) Criterio que parece concordante—no obstante su aparente carácter de privilegio—con lo dispuesto en el Decreto de 26 de mayo de 1950 en favor de los funcionarios de la carrera diplomática para que no pierdan la condición de conviventes por ser destinados al extranjero (vigente por Disp. final 2.ª LAU. de 1956).

(10) Denominación esta última preferida por ROMANO: *Frammenti d'un Dizionario giuridico*, 1953, págs. 172-226. Comp. lo dicho antes en nota 7.

d) *Momento del nacimiento de la prelación.*—Se discutió en el pleito esta cuestión; porque, al morir el inquilino, el demandante tenía mayores cargas familiares y al presentar la demanda tenía las mismas que el demandado. La decisión que se da importa no sólo para los casos en que sea aplicable la ley de 1946, sino también para aquellos regidos por la ley de 1956 (cambio de cargas durante el plazo de los noventa días). La doctrina del Tribunal es impecable. La prelación es una facultad o derecho que nace en el momento de morir el inquilino y su existencia y alcance no cambian por hechos extraños a su titular. Este criterio resulta conforme a letra de las leyes (arts. 71, 73 de 1946, art. 58 de 1956), y es también el que impone la técnica jurídica (*ius quaesitum*).

e) *Supuesto de igualdad de grado de parentesco, sexo y cargas.*—Las leyes de 1946 y de 1956 han dejado de resolver este caso. En el pleito objeto de la sentencia estudiada se planteó la cuestión, por la paridad existente en el momento de presentarse la demanda, entre demandante y demandado, hijos ambos del inquilino y cada uno con esposa y dos hijas. No hubo necesidad de entrar en ella, porque, como se acaba de decir, se estimó que el momento para apreciar la preferencia es la del fallecimiento del inquilino, cuando el demandante tenía mayor número de cargas.

Las leyes de Arrendamientos urbanos tienen una laguna, especialmente importante en la de 1956 («sólo uno de ellos habrá de utilizarlo», art. 58), que el intérprete ha de llenar. La deficiencia de la ley especial se ha de suplir con las disposiciones del Código civil (art. 16 C. c.), y éstas, como los principios generales del Derecho, aplicables como último recurso (artículo 6.º C. c.), señalan como general causa de preferencia la mayor edad entre parientes de igual sexo y condición (arts. 184, 220, 227, 295, 1.066 Código civil). Criterio más conforme con el espíritu de nuestra legislación que los de dejar la decisión al azar (echarlo a suerte) o entregarla al arbitrio del juzgador, más o menos encubierto por consideraciones de equidad (11).

### 3. Cuestiones procesales.

En las sentencias estudiadas se examinan y resuelven varias cuestiones procesales. En la del Juzgado de Primera Instancia, sobre la necesidad de designar expresamente la acción ejercitada, omisión del domicilio del procurador y legitimación pasiva. En la de la Audiencia, sobre el significado

(11) CALATAYUD: *Arrendamientos y desahucios*, 1950, pág. 64, dice que: «Si se tratare, por ejemplo, de dos hijos varones, solteros y sin descendientes o familia a su cargo, es de suponer prevaleara el derecho de la mayor edad.» GARCÍA GALÍN y RODRÍGUEZ-SOLANO: *El arrendamiento urbano en la doctrina jurisprudencial*, 1950, pág. 209, dicen: «Si nos fijamos en que la edad juega en algún caso en la prelación, como sucede en los padres setuagenarios, habrá que otorgar la preferencia a la primogenitura.»

En sentido contrario se manifiestan otros autores. FUENTES-LOJO (con la colaboración de J. Fuentes-Lojo y A. Córdoba): *Suma de arrendamientos urbanos*, Barcelona-Madrid, s. a., pág. 172, dice sobre la opinión antes citada de Calatayud: «Nos parece bastante discutible, porque no hay razón para conceder esa preferencia.» CASTAÑ y CALVILO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos* 1967, II, pág. 508, recoge (¿haciéndola suya?) la opinión de GARCÍA ROTO (II, 1.ª parte, pág. 58) de que en tal caso debe resolverse acudiendo a la equidad discretionalmente apreciada, llegando a la valoración de su edad próxima a la vejez o a la infancia, a su estado de salud, a su aptitud para el trabajo, etc..»

y forma del recurso de suplicación. Dado el objeto limitado de esta nota, bastará remitirse a los textos antes reproducidos.

Importa sólo subrayar que, en los casos de contienda sobre preferencia en la subrogación, no es necesario demandar también al arrendador. Lo que es lógico, ya que la determinación de las preferencias se limita a señalar quién sea el titular (entre los beneficiarios) que ha de suceder al inquilino; sin que con ello se afecte al ámbito propio de la relación arrendaticia. Lo que se manifiesta claramente en los textos legales, ya que la designación de dicho titular se entrega a lo que «desearan» los beneficiarios (art. 72 LAU 1946), o al «acuerdo entre los mismos» (art. 58 LAU 1956). No afectando el resultado de un pleito sobre la preferencia los derechos del arrendador, carece éste de *locus standi* en el proceso y no tiene por qué ser demandado. En los supuestos de aplicación de la ley de 1946, el arrendador podrá tener interés indirecto en el resultado de la contienda judicial, el de que se reduzca el número de los ocupantes o el de que desaparezca la ocupación conjunta (art. 72); pero esa posibilidad no le hace parte de la relación procesal.

F. DE C.