

Cesación de la necesidad del arrendador por desocupación de otra vivienda

POR

MARIANO LÓPEZ ALARCÓN

Profesor Adjunto de la Universidad de Murcia

SUMARIO:

- I. La prórroga forzosa del arrendamiento urbano protegido.
- II. Cesación de la prórroga forzosa por causa de necesidad.
- III. Cesación de la necesidad del arrendador por desocupación de otra vivienda.
 - A) Desocupación anterior al requerimiento de denegación de prórroga.
 - B) Desocupación durante el plazo de preaviso.
 - C) Desocupación ocurrida entre la expiración del plazo de preaviso y la presentación de la demanda
 - D) Desocupación durante el proceso de desahucio.
- IV. Conclusiones.



I

LA PRORROGA FORZOSA DEL ARRENDAMIENTO
URBANO PROTEGIDO

El desequilibrio que, por diversas circunstancias, se produjo entre oferta y demanda de casas en alquiler, fenómeno que se manifestó con graves caracteres en Europa a partir de los años que siguieron a la primera guerra mundial, provocó el intervencionismo de los Poderes públicos en los contratos de arrendamiento urbano, promulgando leyes especiales para coartar el libre juego de la autonomía de la voluntad en la constitución y efectos de tales contratos con el fin de imponer una estabilización de las situaciones arrendaticias ya vigentes y para evitar abusos y especulaciones en las relaciones que hubieran de constituirse bajo la presión, en ciertas épocas muy poderosa, de una desproporcionada demanda de viviendas. Era lógico, por lo tanto, que la intervención pública atendiera fundamentalmente a contrarrestar las consecuencias de aquella anómala situación mediante el bloqueo de las rentas y prorrogando forzosamente para el arrendador los contratos de arrendamiento con el fin de evitar que se estimulara el espíritu de lucro de los caseros y se diera ocasión a desahucios en masa para conseguir aquellos nuevos contratos más ventajosos o se ejercieran presiones sobre los arrendatarios, bajo anuncio de desahucio, para obtener elevaciones rentísticas. Por ello se ha afirmado por CASTÁN y CALVILLO que la institución más típica y la verdaderamente característica del Derecho singular de arrendamientos urbanos es la de la prórroga legal de la duración de la relación arrendaticia llegado el día del vencimiento del plazo contractual (1).

(1) CASTÁN y CALVILLO, *Tratado práctico de Arrendamientos urbanos*, II, Parte especial, Madrid, 1956, págs. 214-215.



Cuál sea la naturaleza jurídica de la prórroga legal es cuestión aún no elaborada definitivamente por la doctrina, señalándose dos posturas extremas, una que le atribuye un doble efecto, extintivo del contrato y creador de una nueva relación legal (nótese la distinción entre contrato y relación legal) (2), otra que ve en la prórroga una simple continuación del contrato en el tiempo y entre las partes mediante desplazamiento de la fecha de expiración del plazo pactado a la del plazo legal (3). Esta última doctrina es la más conforme con las expresiones de los textos legales sobre la prórroga legal del contrato que la cualifican con éstos o parecidos giros: como si no hubiere llegado a su término; se prorroga sin alteración de ninguna de sus cláusulas.

El derecho de prórroga legal tiene unas peculiares características, fundadas en la preocupación del legislador por asegurar su eficacia. En primer lugar, se configura como derecho que concierne al orden público, según demuestra su obligatoriedad para el arrendador y su irrenunciabilidad por el arrendatario (4) en los términos en que ha venido concretando la jurisprudencia del Tribunal Supremo; sin embargo, la prórroga legal no convierte el arrendamiento en derecho real, asimilado a la enfiteusis, pues, como exponíamos en otra ocasión (5), no creemos que pueda

(2) Tres orientaciones ofrece, a su vez, esta postura: la seguida por GIUDICEANDREA (*Locazioni e sublocazioni di immobili urbani*, Milán, 1956, págs. 84 y sgts.), para el cual la relación legal asumiría la configuración de un arrendamiento forzoso; la defendida por DE MARTINO (citado por VISCO, *Le case in locazione nel Diritto vigente*, Milán, 1951, pág. 60) que la construye como una relación obligatoria *ex lege*; y la sostenida por MASÉ DARI (en *Giurisprudenza italiana*, 1949, 1, pág. 243) que la considera como una simple detentación.

(3) Cfr. COSSIO y RUBIO, *Tratado de Arrendamientos urbanos*, Madrid, 1949, pág. 387; CASTÁN y CALVILLO, *ob. cit.*, pág. 219; VISCO, *ob. cit.*, págs. 61-62; ANDREA TABBÉ, *Le locazioni urbane nella legislazione vincetistica*, Roma, 1955, pág. 35.

(4) Art. 57 de la LAU: «Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario...».

Art. 6: «1. Los beneficios que la presente Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles y a los subarrendatarios de las mismas, serán irrenunciables considerándose nula y sin valor ni efecto alguna cualquier estipulación que los contradiga; 2. No obstante, serán renunciables, salvo el de prórroga, los concedidos a los que fueren de viviendas que, ocupadas por primera vez en las fechas que se indican, devengaren mensualmente, en la respectiva fecha tope, como renta del inquilinato, una cantidad no inferior a la que seguidamente se expresa...».

(5) LÓPEZ ALARCÓN, *Obras de conservación y mejora en el arrendamiento urbano*, Madrid, 1957, pág. 60, nota 165.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1952 declara en este sentido que «ni la LAU exige la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos del arrendatario para su efectividad frente al nuevo propietario del local arrendado —art. 70—, ni ha variado

llegarse a estas radicales conclusiones a la vista de ciertos matices excepcionales del arrendamiento regulado por las leyes especiales, que no modifican su esencia. En segundo término, es de notar que el arrendamiento no se hace perpetuo por la prórroga, sino que, en virtud de las limitaciones establecidas por los artículos 59 y 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y tenemos en cuenta las reformas introducidas por la Ley de 11 de junio de 1964 (LAU escribiremos en lo sucesivo), se extinguirá necesariamente por expiración del plazo legal, ello si antes no se incumple el requisito formal del art. 58-4 LAU o se ejercita alguna causa de excepción a la prórroga forzosa; y es que la duración del arrendamiento es cierta en el *an* e incierta en el *quando*, puesto que depende de la vida de las personas a que se refieren los arts. 59 y 60 acabados de citar; pero ello no excluye la existencia de plazo según el art. 1125, pfo. 2.º, del Código civil que entiende por día cierto el que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuando (6); de todos modos, como apunta MAZEAUD, el derecho de permanencia en los locales, sin ser enteramente una limitación de la propiedad, disminuye considerablemente el valor del inmueble (7). Por otro lado, la prórroga tendrá lugar *ope legis* si el arrendatario no manifiesta su voluntad en contrario al vencimiento del plazo contractual, es decir, que el arrendatario es titular de un derecho potestativo de extinción («potestativamente» es el término empleado por el art. 57 LAU) que operará por su exclusiva voluntad y quedando sujeto el arrendador a sus efectos (8). Por último, la prórroga es única, no hay tantas prórrogas como veces se repite el plazo contractual o el supletorio establecido por el art. 1.581 del Código civil, amparando también a los continuadores del arrendatario; se contará a partir desde el día siguiente al del vencimiento del plazo pactado o de la expiración de las prórrogas convencionales estipuladas (9).

Los efectos de la prórroga legal se centran en la continuación en el tiempo del contrato de arrendamiento prorrogado. El contrato permanece íntegramente en todas sus cláusulas, como disponía expresamente el art. 70 de la LAU de 1946 («sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes») y, aunque este inciso ha sido su-

la naturaleza de tales derechos, ni la clasificación de un derecho como real o personal depende de su duración».

(6) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1958.

(7) MAZEAUD (Henri, León y Jean), *Leçons de Droit civil*, III, París, 1960, pág. 999.

(8) Sobre derechos potestativos puede consultarse el artículo de GIUSEPPE MESSINA en el *Novissimo Digesto Italiano*, V, págs. 737 y sgts.

(9) Cfr. COSSIO y RUBIO, ob. cit., págs. 390 y sgts. y GARCÍA HIRSCHFELD, «La prórroga legal y la prórroga voluntaria en el contrato de arrendamiento urbano», *PRETOR*, 1959, págs. 54 y sgts.

primido en el correlativo art. 57 de la vigente LAU, la doctrina entiende que esta omisión no puede considerarse como un cambio de opinión del legislador sobre tal extremo (10) y el Tribunal Supremo declara en este mismo sentido, aplicando ya la Ley de 1956, que «el ser prorrogado el contrato obligatoriamente para el arrendador tenía que serlo con todas sus condiciones y cláusulas vigentes, aunque la Ley no diga nada sobre el particular, a diferencia de la anterior, que decía en su art. 70, al tratar de tal prórroga, «sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes», puesto que el legislador tal vez estimó que era una redundancia el decir tal cosa ya que sabido es que cuando un contrato se prorroga legalmente se hace con todas sus cláusulas que estuvieren vigentes en el momento de serlo» (Sentencia de 8 de marzo de 1961). Habrá que excluir de esta continuidad las cláusulas sobre derechos y obligaciones ya extinguidos, las estipulaciones personalísimas para algún contratante que no regirán para su sucesor, así como aquellas que sean extrañas subjetiva u objetivamente a la relación arrendaticia, es decir, que aparezca obligado un tercero (v. gr. un fiador) a no ser que consienta la prórroga respecto de la cláusula que le vincula, o que se refiera a materia extraña a la relación arrendaticia, como la derivada de opción de compra a favor del arrendatario (11). Se ha escrito también bastante acerca de si la tácita reconducción y la prórroga forzosa son compatibles, habida cuenta que son conceptos diferentes en cuanto que la primera da origen a un nuevo contrato mediante el presunto consentimiento de las partes, mientras que la prórroga supone la continuación del mismo contrato; precisamente es esta naturaleza discordante la que produce forzosa incompatibilidad entre una y otra, toda vez que, prorrogado el contrato *ipso iure*, no encuentra ya posibilidad de operar la tácita reconducción (12).

(10) CASTÁN Y CALVILLO, ob. cit., pág. 220.

(11) Cfr. COSSIO Y RUBIO, ob. cit., págs. 402-403.

(12) En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1948.

II

CESACION DE LA PRORROGA FORZOSA POR CAUSA DE NECESIDAD

La extinción del contrato de arrendamiento urbano puede producirse por causas generales del Derecho de obligaciones, como el mutuo disenso, la consolidación en el arrendatario, la novación extintiva, y por causas especiales previstas en la LAU, como la renuncia por el arrendatario (art. 6 y 57), la pérdida de la cosa en los términos previstos por el art. 118 y la resolución judicial a instancia del arrendador (art. 114) o del arrendatario (art. 115).

En relación con estos dos últimos artículos interesa hacer notar que comprende, sobre todo el art. 114, causas que, denominadas resolutorias, no son de esta naturaleza, entendida la resolución en su propio sentido de modo de impugnación de determinados negocios jurídicos, que CARIOTA-FERRARA reduce a los casos de incumplimiento y de excesiva onerosidad sobrevenida y MESSINEO, con más amplitud, incluye la voluntad concordante de las partes, o bien un incumplimiento voluntario o involuntario (por imposibilidad sobrevenida de la prestación) o, finalmente, existencia de una dificultad de cumplimiento a causa de una excesiva onerosidad (sobrevenida) (13). Por esta razón hemos escrito *resolución judicial del contrato de arrendamiento*, es decir, facultad de solicitar del órgano jurisdiccional que declare resuelto o, mejor dicho, extinguido dicho contrato, bien entendido que no siempre será necesario acudir a los Tribuna-

(13) CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. española, Madrid, 1956, pág. 317; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, trad. española, II, Buenos Aires, 1952, pág. 333.

MOSCO también incluye la resolución entre los derechos de impugnación («La resolución de los contratos por incumplimiento», trad. española, Barcelona, s. a., pág. 12.

les para que pronuncien la extinción, pues el arrendatario —o el arrendador en su caso— puede acceder convencionalmente a las pretensiones de la otra parte y resolverlo privadamente por su mutuo disenso, motivado o no por la existencia de alguna de las causas extintivas de los arts. 114 ó 115, que solamente podrán operar en vía judicial de una manera directa.

Si pasamos revista a las causas relacionadas por el art. 114 LAU apreciamos desde el punto de vista sustantivo varios tipos de causas extintivas, de las que solamente son propiamente resolutorias las recogidas en el apartado 1) de los que siguen:

1) Resolución por incumplimiento de la prestación de obligaciones legales: falta de pago de la renta o cantidades asimiladas (114-1.^a), subarriendo o tenencia de huéspedes contra las prescripciones legales (114-2.^a), percepción de rentas abusivas en el hospedaje o en el subarriendo parcial (114-3.^a), resolución por subrogación del arrendador en los derechos del subarrendador (114-4.^a), la cesión o el traspaso ilegales (114-5.^a), la transformación de vivienda en local de negocio y viceversa (114-6.^a) daños dolosos u obras de modificación (114-7.^a), actividades inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (114-8.^a).

2. Extinción por pérdida de la cosa: por motivos jurídicos (expropiación forzosa, art. 114-9.^a) y por motivos de seguridad pública (ruina de la finca, art. 114-10.^a).

3) Extinción por exclusión legal de la prórroga forzosa, que tiene lugar en estos dos supuestos: agotamiento de las subrogaciones autorizadas por los arts. 58 a 60 (art. 114-11.^a) y la extinción del usufructo en los términos previstos en el art. 114-12.^a.

4) Extinción por cesación de la prórroga forzosa (art. 114-11.^a en relación con los arts. 62 y sgts.).

Vemos, pues, que las causas de extinción que recoge el art. 114 no son todas resolutorias y el único criterio que permite unificarlas es exclusivamente de naturaleza procesal: que facultan al arrendador para el ejercicio de la acción de desahucio. Por esta razón y siendo equivalentes los juicios de resolución de contrato arrendaticio y los de desahucio (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1954 y 14 de mayo de 1955), habría sido preferible que el art. 114 hubiera empleado el término desahucio en lugar de resolución, en concordancia con la legislación común (art. 1.569 del Código civil).

Aquí nos interesa referirnos solamente a las causas de extinción por cesación de la prórroga legal (art. 62), que pueden separarse en dos grupos según que el hecho causante de la cesación guarde relación con el arrendador (necesidad, proyecto de derribo) o con el arrendatario (no uso, doble ocupación de vivienda por el inquilino, disponibilidad por éste de

vivienda desocupada a título de derecho real) y que se distinguen fundamentalmente porque en los casos del primer grupo será indispensable una previa manifestación de voluntad del arrendador, fehacientemente constatada, negando la continuación de la prórroga de una manera explícita (art. 65) o implícita (art. 78), mientras que en los otros casos la cesación se produce *ope legis* tan pronto acaece el hecho extintivo, lo que no quiere decir que opere automáticamente sino que, como decíamos anteriormente, será necesaria la instancia del arrendador para que sea declarada judicialmente la extinción, conforme dispone con carácter general el art. 114.

La primera de las «excepciones a la prórroga» que relaciona el art. 62 LAU está fundada en la necesidad del arrendador o de ciertos parientes (sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales). Tiene su justificación en la preeminencia del derecho real del arrendador sobre el personal del arrendatario, concurrentes sobre la misma cosa, cuando se encuentran la necesidad de vivienda del inquilino con la sentida igualmente por el arrendador y que hace decaer la tutela de aquél frente al arrendador también en estado de necesidad. Como escribíamos en otro lugar (14) «la famosa selección de piso entre los coarrendatarios de un mismo inmueble por el arrendador necesitado de vivienda (art. 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 13 de abril de 1956), ofrece una concurrencia de titulares arrendaticios sobre una misma cosa, el inmueble, concurriendo también el arrendador que por ésto da lugar a que se produzca una situación deficitaria en cuanto al objeto (número de pisos inferior en uno al de concurrentes), que origina un rango de poseedores arrendaticios y arrendador con eliminación, en beneficio de éste, del arrendatario pospuesto por la Ley. Es éste un supuesto bien configurado de preferencia adquisitiva».

Vemos, por lo tanto, que el paso de la situación de orden público protectora de la necesidad del inquilino a la situación de normalidad en las relaciones privadas tiene lugar solamente cuando el arrendador se encuentra en estado de necesidad habitacional, por lo que constituye preocupación del legislador y de los Tribunales normar e interpretar, respectivamente, esa necesidad del arrendador y las condiciones que ha de reunir para que pueda hacer cesar la prórroga del plazo del contrato de arrendamiento. Así, el concepto de necesidad ha sido elaborado por copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo mediante fórmulas generales y particularizaciones casuísticas (15), el art. 63 enuncia unas cuantas presun-

(14) LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, págs. 9-10.

(15) Puede verse esta jurisprudencia en RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre arrendamientos urbanos*, Madrid, 1962, págs. 690 a 695 y 715 y sgts.

ciones de necesidad (16) y en los sucesivos artículos se regula la selección previa de vivienda por el arrendador, la denegación de prórroga, el plazo de desalojo e indemnizaciones, el derecho del inquilino a recuperar la posesión arrendaticia y otros extremos sobre este mismo tema. De tan rica problemática hemos escogido un punto, el que sirve de título a este trabajo, que consideramos de interés, tanto por su reiteración en la práctica, como por los dispares criterios que en la doctrina y en la pequeña jurisprudencia se han expuesto sobre el mismo y que conviene superar en aras de la seguridad jurídica que el Derecho debe ofrecer al justiciable y que la jurisprudencia de suplicación no ha logrado conseguir en numerosos e importantes aspectos de la relación arrendaticia urbana porque las distintas Audiencias Territoriales y aún una misma Sala siguen orientaciones contrarias sobre las mismas cuestiones como si cada Tribunal tuviera en poco o nulo aprecio las decisiones de los otros o cada Sala se despreocupara de los casos idénticos anteriormente examinados. Nos consta el limitado alcance de la jurisprudencia de suplicación y la escasa atención que, salvo contados autores, se le ha venido dedicando, en contraste con la profusión de citas que los autores extranjeros acostumbran a hacer de las sentencias de sus Tribunales de apelación (17), y por eso merece toda suerte de plácemes y estímulos la difusión que últimamente se viene haciendo de la doctrina de suplicación en Revistas y en publicaciones monográficas (18) que permite su consulta y cada año que pasa con mayor rapidez y provecho gracias a los perfeccionamientos sistemáticos que se van introduciendo en dichas publicaciones. Es de desear un paso más en este camino de procurar la mejor utilización de la doctrina de suplicación, dando criterios para superar las discordancias, y es lo que

(16) SERRA DOMÍNGUEZ demuestra que estas mal llamadas presunciones son, en realidad una determinación por parte del legislador de supuestos de necesidad (*Normas de presunción en el Código civil y Ley de Arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963, págs. 226 y sgts.) y en el mismo sentido se había pronunciado antes SOTO NIETO, *Excepciones a la prórroga en el contrato arrendaticio urbano*, Alcoy, 1960, pág. 97.

(17) Compruébese, ad exemplum, en el *Tratado de PLANIOL, RIPERT, BOULANGER* y otros, París, 1952-1953; en el *Tratado de Henri de PAGE*, Bruselas, 1942-1952; o en los *Comentarios al Código civil italiano*, en curso de publicación, dirigidos por SCIALOJA y BRANCA.

(18) *Revista General de Derecho*, *Pretor*, *Anuario de Derecho civil*, *Revista Jurídica de Cataluña* y *Revista de Derecho Judicial*.

HERRÁNDEZ JUAN, *Arrendamientos Urbanos*, Colección «Nereos», Barcelona, 1957 (en hojas intercmbilables para facilitar su puesta al día); CERRILLO QUILEZ, *Manual de jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos*, Madrid-Barcelona, s. a.; RODRÍGUEZ-AGUILERA y PERE RALUY, *Nueva jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1958; GIBERT, CALABUIG, *Doctrina de suplicación*, Madrid, 1962; BERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y FUERTES LOJO, *Práctica forense del recurso de suplicación*, Barcelona, 1963.

pretendemos con este trabajo, porque estimamos que el jurista no debe encontrarse satisfecho con sólo colocar unas sentencias a continuación de otras, ordenadas por materias, por Audiencias o cronológicamente, sino que debe advertir las discrepancias interpretativas y contribuir con su aportación a superarlas (19).

(19) Así lo viene haciendo Fuenres Loso, con notable acierto, en las diversas ediciones de la *Suma de Arrendamientos Urbanos* y también recoge la jurisprudencia de suplicación, con depurado espíritu crítico, Soto Nieto en sus excelentes *Tratados* monográficos sobre variados temas del arrendamiento urbano.

III

CESACION DE LA NECESIDAD DEL ARRENDADOR POR
DESOCUPACION DE OTRA VIVIENDA

Es incuestionable que la necesidad habitacional del arrendador o de las personas que enumera el art. 62-1.^a LAU es la causa que justifica la cesación de la prórroga forzosa; pero esta necesidad debe existir en tiempo oportuno, cuya determinación no ha precisado claramente la LAU, motivando las consiguientes dudas y encontradas opiniones de los intérpretes. Si recorremos todo el *iter necessitatis* podemos dividirlo y jalonarlo de esta manera: 1.º) Necesidad anterior al requerimiento de denegación de prórroga; 2.º) La que nace durante el plazo de preaviso; 3.º) La que es sentida desde la expiración del plazo hasta la interposición de la demanda; 4.º) La que aparece durante el proceso de desahucio. Paralelamente y con este mismo encuadramiento puede presentarse el tema objeto de nuestra atención, situando el cese de la necesidad por disponer el arrendador de otra vivienda en alguno de estos períodos de tiempo: A) Antes del requerimiento de denegación de prórroga; B) Durante el plazo de preaviso; C) Hasta la interposición de la demanda; D) Durante el proceso.

A) Desocupación anterior al requerimiento de denegación de prórroga

Este supuesto ha sido tenido en cuenta por la LAU, que en el apartado núm. 3 del art. 63 dispone que «se presumirá, salvo prueba en contra-

rio, no acreditada la necesidad cuando con seis meses de antelación a ser notificada la negativa de prórroga se hubiera desalojado vivienda de características análogas en edificio propiedad del arrendador o del familiar de éste para quien se reclame». Dejando aparte esta extraña calificación de presunción contra otra presunción, empleada por el texto legal transcrito y que ha sido objeto de severa crítica por SERRA DOMÍNGUEZ (20), el precepto solamente tiene por cesada la necesidad si la desocupación se ha producido durante los seis meses anteriores a la notificación de la negativa de prórroga y si concurren los restantes requisitos enumerados por dicho apartado. No hay duda de que para que pueda operar esta contrapresunción la vivienda desocupada tiene que estar a disposición del arrendador en algún momento comprendido dentro de los seis meses que preceden al requerimiento, hubiera quedado libre antes o durante dicho plazo: pero si la desocupación se produce con anterioridad a los seis meses y antes también vuelve a ocuparse es lógico que no podrá aplicarse el precepto comentado. Así lo reconoce también el Tribunal Supremo (sentencias de 25 de junio de 1960 y 21 de mayo de 1963) y, uniformemente, varias sentencias de suplicación (Sevilla, 16 enero 1968; Zaragoza, 30 abril 1958; Palma de Mallorca, 12 diciembre 1958 y Madrid, 26 enero 1959; acotadas por HERNÁNDEZ JUAN, ob. cit., art. 63, ap. 3, págs. 1 y 2 (21).

B) Desocupación durante el plazo de preaviso

El problema surge cuando el desalojo de la vivienda se produce después de notificada la negativa de la prórroga forzosa y se ha agudizado con motivo de la disparidad de criterios sostenidos por la jurisprudencia de suplicación y por la doctrina científica, como pone de relieve la comparación de las sentencias que seguidamente acotamos:

1) «Sin que pueda estimarse que... signifique situarse fuera de la necesidad protegible... el haber tenido después del requerimiento a su disposición otra casa de su propiedad, pues, como razona con acierto la sentencia recurrida, a este hecho no es aplicable el precepto que invoca, que se refiere, evidentemente, a situación muy distinta» (Oviedo, 30 enero 1959, Revista General de Derecho, 1960, pág. 137).

2) «El hecho probado del desalojo y puesta a disposición del actor recurrente del referido local de sastrería tuvo lugar con posterioridad a la notificación de negativa de prórroga al aquí demandado y recurrido, y no en los seis meses

(20) SERRA DOMÍNGUEZ, ob. cit., págs. 215-216.

(21) Cf. sobre este requisito y los demás exigidos por el art. 63-3 LAU, SOTO NIÑO, ob. cit., págs. 99 y sgts.

anteriores a tal negativa, lo que impide el aplicar, por analogía, tal precepto, porque el hecho enjuiciado no es parecido o semejante al previsto en la hipótesis legal, sino extraño por completo a la misma, como excluido por ella, y la sentencia suplicada, aunque no apoya su fallo expresamente en tales argumentaciones jurídicas de la apelada, lo basa en consideración que cual la de estimar desaparecida la necesidad aducida por el demandante apelante por el hecho de quedar a su disposición el local de sastrería referido, aunque sea con posterioridad a la denegación de prórroga al aquí demandado y recurrido, no invoca precepto legal alguno que así lo autorice y va contra lo dispuesto en el artículo 78, que quiso fijar y determinó claramente un lapso de tiempo dentro del cual la necesidad del actor debe ser satisfecha con viviendas adecuadas desalojadas y por él no elegidas, que es de los seis meses anteriores a la notificacin de la negativa de prórroga, proporcionando así estabilidad a derecho legalmente preparado» (Granada, 14 septiembre 1952, *Revista General de Derecho*, 1958, pág., 659).

3) «La presunción que establece el artículo 78 de la Ley de 1946 (hoy apartado 3.º del artículo 63 de la Ley vigente), sólo alcanza a disponibilidad por el arrendador de vivienda análoga a la reclamada en los seis meses anteriores a la denegación de prórroga, no en tiempo posterior a dicha negativa, aunque fuese anterior a la interposición de la demanda, por lo que habiéndose producido tal disponibilidad con posterioridad a la repetida denegación, no entra en juego el mencionado artículo 78, que quiere conceder al arrendador la estabilidad y subsistencia de su denegación de prórroga, tanto más cuando se aprecia como hecho probado no existir analogía entre la vivienda reclamada y las citadas por el recurrente» (Granada, 2 noviembre 1957, «*Pretor*», 1958, pág. 353).

4) «El texto literal y la interpretación gramatical del art. 63, en su núm. 3.º, no permite acoger la tesis de que, ocurriendo la disponibilidad fuera de los seis meses anteriores a la comunicación del propósito negatorio de la prórroga, exista base alguna para desestimar la concurrencia de la causa de necesidad invocada» (La Coruña, 30 abril 1960, en GIBBERT CALABUIG, ob. cit., pág. 265).

5) Basta atender a lo preceptuado en el número 3 del artículo 63 de la Ley, para desestimar la infracción de la Ley que se supone cometida con base de tener el arrendador a su disposición otra vivienda, pues siendo su desocupación posterior al requerimiento denegatorio de prórroga y a la demanda que estatifica los hechos, en manera alguna pudo ser tenida en cuenta la circunstancia por el arrendador» (Barcelona, 14 abril 1959, en HERNÁNDEZ JUAN, ob. cit., art. 63, ap. 3.º, pág. 31).

6) «En modo alguno la compra de otra vivienda con posterioridad al acto de aviso a la demandada pudo ser motivo de invalidación de aquél, ya que ni la Ley lo establece ni puede ser determinante de que desaparezca la necesidad que se alegó, antes al contrario, del art. 81 se desprende que aunque el demandante propietario hubiera tenido al momento del requerimiento varias viviendas sitas en otros inmuebles, pudo perfectamente, prescindiendo de las que formaran parte de ellos, dirigir su acción con carácter exclusivo contra los que habitasen en la casa que libremente eligió» (Valencia, 5 febrero 1958, *Revista General de Derecho*, 1958, pág. 422).

7) «Que por haber vacado un piso en la casa el 28 de febrero de 1960, aunque haya sido con posterioridad al requerimiento de referencia, ya no se da la necesidad, es errónea la afirmación porque el núm. 3.º del art. 63 de la Ley arrendaticia exige para que se presuma que no existe esta necesidad, que con

seis meses de antelación a ser notificada la negativa de la prórroga, se hubiera desalojado vivienda de características análogas, en edificio propiedad del arrendador o del familiar de éste para quien se reclame» (Zaragoza, 22 febrero 1961, Revista Jurídica de Cataluña, 1961, pág. 865).

a) Como «después de hecha la notificación y practicado el requerimiento, la dueña de la finca ha construido y alquilado en ella nueve viviendas más, las cuales pudo haber ocupado para satisfacer las necesidades familiares que invoca como fundamento de su petición, es obvio que queda al margen de toda duda que la presunción de la no necesidad ha de operar eficazmente al resolver la situación discutida» (Madrid, 20 marzo 1958, en HERNÁNDEZ JUAN, ob. cit., art. 63, ap. 3.º, pág. 3).

b) Si la vivienda que se desaloja queda a disposición del arrendador después de cursado el requerimiento, también opera esta disposición «pues si en aquel artículo se establece como presunción *juris tantum* contraria a la necesidad, el haber quedado desalojada con seis meses de antelación a ser notificada la negativa de prórroga una vivienda de características análogas en edificio propiedad del arrendador o del familiar de éste para quien se reclama, con mayor razón podrá deducirse la inexistencia de la necesidad cuando la vivienda análoga queda a la disposición del arrendador después del requerimiento y antes de la presentación de la demanda» (Sevilla, 8 julio 1958, en HERNÁNDEZ JUAN, ob. cit., art. 63, ap. 3.º, pág. 3).

c) «Si es cierto que al producirse la circunstancia de quedar una vivienda apta a su libre disposición, en el intervalo que media entre el requerimiento de su denegación de prórroga y la demanda, elimina la necesidad invocada, y que la interferencia de este hecho posterior impide el éxito de la acción por la inexistencia de necesidad, condición positiva de la acción misma, no es aplicable la tesis a todo supuesto de que el demandante tenga un mero derecho hereditario, aunque de hecho posea los bienes de la herencia... toda vez que el actor no es propietario del local que indica el inquilino por el hecho de ser coheredero en la herencia indivisa a que corresponde el inmueble» (Oviedo, 13 julio 1960, en BERNÁNDEZ y FUENTES, ob. cit., II, pág. 316).

d) «Establecido que el actor tuvo a su disposición vivienda propia adecuada antes de la presentación de la demanda, la recta inteligencia de los textos que se denuncian infringidos, como los artículos 62, núm. 1, 63, núm. 4 del apartado segundo, y apartado tercero, todos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no abonan la tesis de la estabilización de la situación al momento del requerimiento de la denegación de la prórroga al inquilino, puesto que en ninguno de ellos aparece previsto expresamente el caso de que, en el intervalo entre el requerimiento y la demanda o la contestación o en el curso de la litis, se interfiera un hecho de notoria influencia, hasta el punto de claudicar, en absoluto, la razón de ser o el requerimiento mismo y de la litis, por la desaparición de la necesidad en mérito a la que se deniega la prórroga, pues si el hijo para quien se pide la vivienda fallece, o, en la misma línea, tiene a su disposición local propio adecuado, quiebra por la base la razón de ser del sacrificio del inquilino, toda vez que, realmente, puede el arrendador satisfacer la necesidad de alojamiento sin desplazarlo» (Oviedo, 12 julio 1961, Revista General de Derecho, 1962, pág. 113).

La lectura de los extractos que preceden de sentencias de suplicación pone de manifiesto la radical discrepancia entre las ordenadas por números y las ordenadas por letras. Las sentencias numeradas niegan que cese la necesidad cuando el arrendador tiene vivienda disponible, desocupada después de la notificación denegatoria de la prórroga forzosa, argumentándose que no puede aplicarse por analogía el art. 63-3, pues este precepto quiso fijar y determinar claramente un lapso de tiempo dentro del cual la necesidad del actor debe ser satisfecha con viviendas adecuadas desalojadas y por él no elegidas (Granada, Oviedo) o simplemente que el art. 63-3 solamente es aplicable cuando la vivienda se desocupa en el plazo de seis meses que determina dicho precepto (La Coruña, Zaragoza), deduciéndose de la sentencia de Valencia que el referido artículo y apartado solamente actuarían cuando la vivienda hubiera quedado libre en el inmueble del arrendador que éste eligiera para hacer la selección y que tal desocupación se hubiera producido en el plazo expresado. Las sentencias alfabetizadas se inclinan abiertamente a admitir el cese de la necesidad y se razona también con fundamento en el art. 63-3, que éste, si opera cuando el desalojo se produce antes del requerimiento, con mayor razón actuará si aquél tiene lugar después del requerimiento y antes de la presentación de la demanda (Sevilla), puesto que ni en dicho precepto ni en otros que se citan aparece previsto expresamente el caso de que, en el intervalo entre el requerimiento y la demanda o la contestación o en el curso de la litis se interfiera un hecho que haga desaparecer la necesidad (Oviedo).

En la doctrina tampoco hay parecer unánime, aunque son mayoría los autores que inmovilizan la situación de necesidad en el momento de la notificación. GARCÍA ROYO sostuvo que si el suceso ocurre en el tiempo que media entre la aludida notificación y la fecha fijada para la ocupación no será computable a fines de crear la presunción (22); COELLO GALLARDO insiste en que quedan fuera de la presunción las fechas posteriores a dicho plazo de seis meses, porque no eran conocidas antes de notificar la denegación (23); y, últimamente, SOTO NIETO también afirma que, a efectos del art. 63-3, no juega la desocupación que se efectivase con posterioridad al requerimiento denegatorio, aunque reconoce que en la Ley se debería haber contenido una previsión en sentido contrario (24). No ha seguido esta corriente de opinión SERRA DOMÍNGUEZ por la razón de que «es precisamente el momento en que se interpone la demanda al

(22) GARCÍA ROYO, *Tratado de Arrendamientos urbanos*, II-1.º, Madrid, 1948, pág. 125.

(23) COELLO GALLARDO, «El contrato de arrendamiento urbano y su terminación por necesidad del arrendador», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 196 (1954), pág. 712.

(24) SOTO NIETO, *ob. cit.*, pág. 99.

que hay que atender para determinar, en vista de la situación entonces existente, si procede o no estimar la demanda de resolución de contrato. Y si en tal momento la persona necesitada de vivienda tiene a su disposición una vivienda adecuada, es improcedente la denegación de prórroga sea cual fuere el momento en que la vivienda se desalojó: antes de los seis meses anteriores a la notificación, dentro de dichos seis meses, o una vez transcurridos éstos» (25).

A la vista de aquella jurisprudencia y de esta doctrina advertimos que en una y otra se parte del art. 63-3 LAU y que las diferencias nacen de la interpretación estricta de dicho precepto, que limita la eficacia del mismo exclusivamente a los seis meses anteriores a la notificación, o de su interpretación extensiva, que lleva su aplicación más allá del momento de la notificación, hasta la presentación de la demanda o hasta la fecha de la decisión.

A nuestro juicio, ambas posturas son razonables si tenemos en cuenta que el art. 63 apunta hacia una doble vertiente: hacia la denegación de prórroga mediante el requerimiento oportuno (art. 65) y hacia el desahucio, o resolución como le llama la LAU (art. 114-11). Mira hacia la denegación de prórroga porque el art. 65 exige que en el requerimiento fehaciente se haga saber al inquilino «la causa de la necesidad en que se funde», que podrá ser alguna de las presumidas por el art. 63, todas basadas en hechos antecedentes al requerimiento, por lo que es natural que la contrapresunción del apartado 3 de dicho artículo, que ha de seguir el régimen de la presunción contradicha, no pueda sobrepasar tampoco la fecha del requerimiento; por esta razón es correcta la interpretación literal de dicho apartado, que solamente hace aplicación del mismo a situaciones previas al requerimiento denegatorio. Pero el art. 63 mira también hacia el desahucio porque comienza estableciendo que «si se tratase de vivienda, para que proceda la denegación de prórroga por la causa primera, el arrendador habrá de justificar la necesidad de la ocupación» y aquella procedencia y esta justificación solamente podrán declararse por la autoridad judicial en el juicio correspondiente; por lo que tampoco es desatinada la tesis que aprecia la no necesidad cuando la desocupación es posterior al requerimiento si se tiene cuidado de efectuar una interpretación unitaria y coordinada de los diversos párrafos del art. 63. En consecuencia, según que se considere la notificación denegatoria de la prórroga o el proceso de desahucio el apartado 3.º del art. 63 limitará su eficacia al período de seis meses anteriores a dicha notificación o la extenderá más

(25) SERRA DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 226.

allá de la misma, hasta el momento de la presentación de la demanda, como luego veremos.

El obstáculo de más peso con que tropieza esta extensión del plazo es que dicho precepto es claro, el plazo de seis meses está perfectamente situado y la interpretación extensiva de los plazos fijados por las leyes no guarda corrección hermenéutica. Por esta razón conviene fundar en otros preceptos la tesis, que sostenemos, de que la desocupación existente durante el plazo de preaviso hace cesar la necesidad invocada por el arrendador. En realidad la cuestión tiene un ámbito más amplio que el de los estrechos límites con que se plantea en este trabajo, pues abarca el problema general de cuál es el momento en que debe valorarse la situación de necesidad del arrendador o de sus familiares a efectos de la procedencia del desahucio, si en la fecha del requerimiento, durante el plazo del año de preaviso o, incluso, han de tenerse en cuenta las variaciones que se produzcan después de expirar dicho plazo y antes de la presentación de la demanda o durante el proceso. A este respecto, el art. 65-2 LAU ha precisado que el requerimiento será válido aunque la causa de necesidad no exista en la fecha del requerimiento, pero sí al cumplirse el año del mismo, viniendo así a establecer claramente que el estado de necesidad habitacional hay que referirlo al momento de expiración del plazo de preaviso, con independencia de qué existiera o no cuando se notificó la denegación de prórroga y durante el transcurso del año (26). Ahora bien, ¿se puede aplicar este precepto cuando sucede a la inversa, es decir, si el arrendador tiene necesidad de vivienda cuando hace el requerimiento y esta necesidad ha cesado al llegar la expiración del año de preaviso? Creemos que no hay razón para negar su aplicación si lo interpretamos en su recto sentido, que no es el restringido de atender a la validez o nulidad del requerimiento, sino el de sentar el principio general de que el estado de necesidad del arrendador hay que referirlo al momento de la expiración del año de preaviso, tanto en el supuesto positivo de existencia de la necesidad como en el negativo de inexistencia de la misma. Es lo que, con su gran autoridad, piensan CASTÁN y CALVILLO atribuyendo al art. 65-2 el sentido de que, planteada contienda judicial acerca de la existencia de la causa de necesidad alegada por el arrendador, el Juez o Tribunal debe tener como fecha decisiva para la determinación de la *existencia o inexistencia* (subrayamos) de dicha causa, el día en que concluya

(26) La Ley de 1946 no había previsto este evento y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia a la necesidad por celebración de matrimonio, se anticipó a la reforma de 1956 declarando que la necesidad surgía desde que el matrimonio fuera a contraerse aunque no se hubiera celebrado en la fecha del requerimiento (Sentencias de 20 octubre 1953, 29 enero 1958 y 15 febrero 1958).

el plazo legal de preaviso (27). En consecuencia, si durante el plazo de preaviso o el último día del mismo, el arrendador dispone de vivienda que cubra la necesidad alegada en el requerimiento, la causa de necesidad habrá cesado y faltará, por lo tanto, el requisito esencial exigido por el art. 63 LAU para que prospere la acción de desahucio. Y dispone de vivienda en este caso, no solamente el que la tiene desocupada en edificio de su propiedad o del familiar para quien se reclame, como expresa el art. 63-3, sino también el que la tiene por cualquier otro título no precario, como usufructo, censo, arrendamiento, etc., en edificio sito en la misma población, pues no se trata de aplicar aquí la contrapresunción establecida por dicho artículo, sino de apreciar si esa vivienda es capaz por titulación y características de cubrir la necesidad del arrendador o del familiar para el que se reclama; en último término, ello quedará reducido a una cuestión de hecho sujeta a la libre determinación del Juzgador.

C) Desocupación ocurrida entre la expiración del plazo de preaviso y la presentación de la demanda

Rebasa este supuesto el ámbito temporal del art. 65-2, que ya no cuenta, por esta razón, en la solución del mismo y hace necesario indagar si otras normas permiten trasladar hasta el momento de la presentación de la demanda los efectos de la desocupación de otra vivienda en la cesación de necesidad del arrendador. Dos tendencias chocan en este punto, la que defiende el inmovilismo de la situación de necesidad, que permanece en el mismo estado que tenía en el momento del requerimiento cualesquiera que fueran las variaciones posteriores, y la que, más flexible, acepta todo cambio que, en las debidas condiciones, se produzca en aquella situación después de la notificación denegatoria, hasta la interposición de la demanda. La primera fue tenida en cuenta por las sentencias de la Audiencia Territorial de Granada de 14 de septiembre de 1957 y 2 de noviembre del mismo año, ya citadas, y la de Cáceres declaró en términos generales que las alteraciones sobrevenidas en el transcurso del tiempo desde el lapso del requerimiento a la interposición de la demanda no puede afectar para el éxito de una acción correctamente dirigida, por cuanto que ello significaría tanto como mantener la incertidumbre permanente de su derecho, subordinándolo al evento de esas nuevas contingencias, en cualquier instante susceptibles de producirse (sentencia de 29 noviembre 1958, en *Revista General de Derecho*, 1960, pág. 896).

Admitimos que esta fijación de hechos se remita al momento del requerimiento cuando se trata de la selección de vivienda, como ha recono-

(27) CASTÁN y CALVILLO, ob. cit., págs. 257-258.

cido la doctrina y uniforme jurisprudencia de suplicación (28), pues en este caso entra en juego, más que una situación fáctica mudable, un derecho de preferencia reservado al arrendador sobre el piso elegido, cuyo ejercicio comienza, precisamente, con la notificación seleccionadora y no hay constancia en la LAU de que tal derecho pueda quedar sin efecto por hechos posteriores que pudieran alterar la situación en que fundó el arrendador la selección. Mas, cuando se trata de valorar la necesidad que causa la cesación de la prórroga, no puede aplicarse el mismo criterio, porque los arts. 63-1 y 114-11 LAU exigen para que proceda la denegación y para la resolución del contrato, respectivamente, que se justifique la necesidad de la ocupación y que concurra alguna de las causas de denegación de la prórroga (la necesidad en el supuesto examinado), expresiones todas ellas (*procedencia* de la denegación, *resolución* del contrato, *justificación* de la necesidad) que apuntan al proceso y que será, por lo tanto, el punto de referencia que habrá de tenerse en cuenta para determinar el momento en que ha de quedar fijada la necesidad alegada. Precizando más ese instante lo situamos en la fecha, de presentación de la demanda, de acuerdo con GUASP, que remite a ese momento para señalar el comienzo de la litispendencia (29), y señalamos la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 20 abril 1958 (30), que, en un caso en que el matrimonio se había celebrado más de tres meses después de expirado el plazo de preaviso, distingue entre el presupuesto legal de la acción (el transcurso del año a contar desde el requerimiento) y la motivación que la nutre (necesidad del piso para contraer matrimonio).

La doctrina y la jurisprudencia francesa han aplicado la fórmula del abuso del derecho a este supuesto, amparándose en la Ley de 21 de julio de 1927 y hoy en el art. 21 de la Ley de 1.º de septiembre de 1948, sobre

(28) CASTÁN y CALVILLO, *oc. cit.*, pág. 265; SOTO NIETO, *ob. cit.*, pág. 160; FUERTES LOJO, *Suma de Arrendamientos urbanos*, 4.ª ed., Barcelona, 1950, págs. 531 y sgts.

Sentencias de suplicación de Valencia, 5 febrero, 1968; Barcelona, 20 octubre, 1958; Madrid, 2 abril, 1959; Granada, 22 junio, 1960; Pamplona, 2 enero, 1962; y otras recogidas por GIBBERT CALABUNG, *ob. cit.*, págs. 273 y sgts.

(29) GUASP, *Decreto Procesal Civil*, Madrid, 1956, pág. 833. También el Decreto de 21 de noviembre de 1952, sobre elevación de cuantía, del proceso de cognición, resolvió las situaciones transitorias aludiendo al momento de la presentación de la demanda. Y en los mismos términos está redactada la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 8 de julio de 1963 sobre variación de cuantía de los juicios de menor cuantía y de cognición.

Pero nuestra doctrina no se muestra unánime sobre esto particular. Para PUERTO CASTRO la litispendencia comienza con la presentación y admisión de la demanda; para De la PLAZA y para GÓMEZ ORBANEJA con el emplazamiento.

(30) *Revista General de Derecho*, 1959, pág. 580.

arrendamiento de viviendas o locales para uso profesional (31). Nuestra LAU, que dió amplia entrada en su texto al abuso del derecho, acoge también, sin ninguna duda, en su art. 9 el caso que se viene examinando si no hubiera una norma concreta de protección del arrendatario frente al arrendador que pretende desahuciarlo contando con una vivienda libre apta para satisfacer sus necesidades, aunque se hubiera desocupado después de expirado el plazo de aviso (32).

No es oportuno insistir aquí sobre la doctrina general del abuso del derecho, que en nuestra Patria cuenta con una abundante bibliografía (33); basta examinar las condiciones que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima necesarias para que el abuso se manifieste y se comprobará claramente que la conducta del arrendador en el supuesto examinado sería abusiva. En efecto, son elementos que caracterizan el abuso del derecho: 1.º Uso de un derecho, objetiva y externamente legal; 2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando

(31) BRUNANT, *Cours de Droit Civil Français*, XI, París, 1938, pág. 533; MAZEAUD, ob. cit., pág. 1.003.

La casación francesa ha precisado que hay ausencia de interés legítimo en el arrendador cuando ejercita la acción de recuperación y disponiendo de un piso espacioso (sentencias de 15 noviembre 1928 y 9 junio 1932) o cuyo propietario haya alquilado recientemente pisos deshabitados (20 noviembre 1930 y 5 diciembre 1929). Estas sentencias pueden consultarse en el *Recueil Dalloz*, III, París, 1959, pág. 257, n.º 320.

(32) La redacción de art. 9 LAU, reformada, es la siguiente: «El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodará a las reglas de la buena fe.

«Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley».

(33) Puede verse en el art. de MARÍN PÉREZ, «Abuso del derecho», inserto en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, II, pág. 138. Habrá que añadir la siguiente producción posterior: CORDONA GRACIA, «El abuso del derecho según la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Judicial*, 1960, núm. 2., págs. 231 y sgts.; FAJÉN, «El abuso del Derecho. Apuntes para una construcción», *Revista de Derecho Notarial*, 1960, núm. 27, págs. 245 y sgts.; JORDANO BAREA, «Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley», *Anuario de Derecho Civil*, XIII (1960), págs. 958 y sgts.; LUQUE, «El 'abuso del derecho' como subversión de la certidumbre de la norma jurídica», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, núm. 4, págs. 425 y sgts.; MOLLÁ LÓPEZ, «La errónea aplicación del abuso del derecho y la equivocada valoración de la prueba», *Revista de Derecho Procesal*, 1957, págs. 767 y sgts.; RODRÍGUEZ ARIAS, «El abuso del derecho en la Historia y en la legislación comparada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXXI (1955), págs. 129 y sgts.

el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho) (34). Si concedemos que el arrendador usa del derecho de denegación de prórroga forzosa y que no hay ninguna norma que proteja al arrendatario frente a la pretensión de aquél cuando tiene a su disposición vivienda capaz desocupada después de la notificación denegatoria y antes de la presentación de la demanda, lo que no podremos desconocer es que la conducta del arrendador es inmoral y antisocial, pues ejercita su acción basada en la necesidad de vivienda cuando dispone de otra, quizá más apropiada que la pretendida, que ha hecho cesar dicha necesidad. Lo que más resaltará en su proceder es el perjuicio que se va a causar al inquilino para satisfacer egoístas apetencias.

Hay un criterio moral que domina la teoría del abuso del derecho y que se impone poderosamente en numerosas situaciones. El Profesor Jean DABIN ha escrito unas expresivas y aleccionadoras páginas en su libro *Le droit subjectiv* (35), de las que entresacamos las siguientes frases: «El uso de un derecho legal se transforma en abuso de ese derecho legal cuando se hace de él un uso contrario a la moralidad. *El summum ius* del derecho positivo se cambia en la *summa iniuria* de la moral» (págs. 365-366). «Todo acto de uso de un derecho, dictado en todo, o en parte inclusive, por la *intención de dañar*, es constitutivo de un uso inmoral y por tanto abusivo» (pág. 368). «Pero hay otras clases de uso inmoral de los derechos, también reales y apenas menos graves que el ejercicio malicioso: aquellas formas de uso que tienen su fuente en el *egoísmo* consciente o inconsciente del sujeto, unas veces bajo la forma de *rigor* y *dureza*, y otras de la *temeridad* y de la *despreocupación*. No es cierto que en materia de derechos egoístas «el egoísmo queda a salvo cuando está dentro del plano de la institución». El egoísmo no está a salvo más que cuando no se abusa de él; y se abusa desde el momento que choca con la regla de la moralidad. Ahora bien, es inmoral usar de un derecho de manera *acaso perfecta técnicamente* (y, en este caso, según su espíritu), pero no pensando más que *en sí mismo*, sin consideración alguna para el prójimo: Por el contrario, los derechos deben ser ejercidos *civiliter*, con espíritu de *sociabilidad humana* y de *civilización*, implicando el respeto de las personas a las que ese ejercicio puede afectar, directa o indirectamente» (pág. 369). Y en términos de mayor condenación para la conducta abusiva se expresa el Profesor De BERSAQUES, para quien el criterio del abuso de derecho se encuentra en la desproporción flagrante entre el perjuicio

(34) Sentencias de 14 de febrero de 1944. Cfr. también las de 24 de febrero y 22 de septiembre de 1959.

(35) Seguimos la traducción española de Ossel, Madrid, 1956.

que inflige a otro una cierta manera de ejercer su derecho y el provecho que este modo de ejercicio procura al titular de este derecho, revelando semejante desproporción respecto del último un egoísmo excesivo, un desprecio total de los intereses de otro que infringe bastante gravemente la regla moral para constituir un cuasi delito (36).

A la vista de tan sana doctrina se aprecia el extenso ámbito que abarca la regla moral en el Derecho arrendaticio y el acierto del art. 9 LAU, que es el camino para hacerla prevalecer por la vía del abuso del derecho. Buena prueba de ello es el crecido número de supuestos que la doctrina (37) y la jurisprudencia (38) vienen subsumiendo bajo el principio del abuso del derecho. En relación con el problema que se examina en este apartado, algún autor, como FUENTES LOJO, es también del parecer de que podría ser desestimada la demanda de resolución por causa de necesidad cuando el arrendador cuenta con una finca deshabitada en la misma localidad, porque «en realidad no podría decirse que existiese necesidad en el arrendador o por lo menos habría que hacer uso de lo dispuesto en el art. 9.º de la LAU, por manifiesto «abuso de derecho». En la jurisprudencia de suplicación contamos con la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 27 de junio 1960 que declaró: «No ha lugar a la denegación de prórroga, que constituye un abuso de derecho, si el arrendador tiene a su disposición otra vivienda reclamada en anterior proceso por razón de matrimonio de otro hijo suyo, cuyo enlace no llegó a cele-

(36) De BERSAQUES, «L'abus de droit», *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1953, pág. 285.

(37) Cf. FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., págs. 184-185; ATTAUD ALONSO, «En torno a la cláusula «rebus sic stantibus». El abuso de derecho en la nueva Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos», *Propiedad y Construcción*, XII (1955), págs. 11 y sgts.; CERRILLO QUIÑEZ, *El abuso de derecho en la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1956; GAMBÓN ALIX, «El abuso de derecho y su reflejo en la Ley de Arrendamientos Urbanos», «Pretor», 1958, págs. 245 y sgts.; OGAYAR Y AYLLÓN, «La doctrina del abuso de derecho y la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Propiedad y Construcción*, XVIII (1957), págs. 11 y sgts.; POMBO SOMOZA, «Interpretación procesal del art. 9.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Propiedad y Construcción*, XXVI (1959), págs. 11 y sgts.; RUIZ-GALLARDÓN, «El abuso del derecho en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, IX (1956), págs. 1.183 y sgts.; BALTASAR RULL, «Problemas de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La doctrina del abuso del derecho», *Revista General de Derecho*, 1957, págs. 735 y sgts.

(38) Puede verse en GISEBERT CALABRIG (ob. cit., págs. 67 a 69) un resumen de diversas sentencias de Audiencias Territoriales que aprecian abuso del derecho en materia arrendaticia y que el autor clasifica como sigue: impedir la realización de obras, resolución de subarriendo por renuncia al arrendamiento, necesidad aparente y abusiva del propietario, selección de vivienda con fraude, pretensión abusiva sobre reparaciones necesarias, cesión familiar disponiendo de viviendas desocupadas, realización de obras inconscientes.

brarse por haberse roto las relaciones» (39). Por último, el Tribunal Supremo también ha tenido en cuenta el abuso del derecho, por desocupación de vivienda, en estas dos sentencias: la de 3 de mayo de 1961 en la que declara: «En cuanto al abuso de derecho que también se alega no puede estimarse, desde el momento en que la actora ha demostrado que necesita ocupar la finca en cuestión para atender a su salud, y sea cualquiera el número de habitaciones que la constituya, no se ha acreditado que tenga otra que pueda ocupar para el indicado fin, por lo cual (cae) toda base para estimar el abuso de derecho que se pretende»; y la de 9 de junio de 1961 que estima injusta la pretensión deducida «porque también, según los hechos indicados, no impugnados, en los años 1955 y 1956 quedaron libres dos pisos de características análogas a aquel cuyo desalojo se pretende, y fueron alquilados a extraños, cuando pudieron ser ocupados por su corpropietario si la intención de éste hubiera sido, como alega, vivir con la autonomía e independencia que toda familia requiere (40).

El argumento se refuerza acudiendo de nuevo al art. 9 LAU, en su nueva redacción, cuyo párrafo primero somete a las reglas de la buena fe el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, entendida la buena fe en este caso, según creemos, con el alcance que le atribuye el art. 1.375 del Código civil italiano: «El contrato debe ser ejecutado de buena fe», es decir, que la observancia de la buena fe objetiva por parte de los contratantes significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato (41).

Con arreglo a este criterio el arrendador no observaría las reglas de la buena fe si, en el caso examinado, pretendiera resolver el contrato de arrendamiento sobre una vivienda por causa de necesidad, ausente esta necesidad.

D) Desocupación durante el proceso de desahucio

También se ha planteado la cuestión, dentro y fuera de nuestra Patria, de si, en este caso, podría tenerse en cuenta por el Juez en el momento de dictar sentencia la cesación de la necesidad. En sentido afirmativo

(39) FUENTES LOZO, *Suma...*, cit., págs. 548-549. La sentencia citada puede verse en GIBERT CAGANUE, ob. cit., pág. 68.

(40) En los antecedentes se expone que el requerimiento tuvo lugar el 17 de julio de 1956 y la demanda se presentó el 3 de septiembre de 1957.

(41) MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, II, trad. esp., Buenos Aires, 1952, pág. 206.

resolvió la Audiencia Territorial de Oviedo, pues situó la posibilidad de dicha cesación «en el intervalo entre el requerimiento y la demanda o la contestación o en el curso de la litis» (sentencia de 12 julio 1961, Revista General de Derecho, 1962, pág. 113), coincidente con la postura que viene sosteniendo la Casación italiana cuya doctrina se concreta en que «la necesidad del arrendador debe ser valorada teniendo presente el estado de hecho y de derecho existente en el momento de la decisión, que por acontecimientos sobrevenidos durante el juicio puede ser diverso del expuesto en la citación introductiva» (42).

Creemos, no obstante, que lo correcto es la fijación de los hechos alegados por el actor en la demanda, tal como se contienen en la misma. Ya nos refiríamos anteriormente al importantísimo efecto de la listispendencia, que no permite cambios sustanciales en la demanda, y conocido es también el principio procesal: La sentencia que acoge la demanda debe actuar la ley como si lo hiciese en el momento mismo de la demanda judicial. Del mismo modo se priva a algunos hechos que pueden verificarse durante el litigio el efecto perjudicial que hubieran tenido si se hubiesen verificado con anterioridad al pleito, pues el derecho debe actuarse como si ocurriese en un momento, el de la demanda judicial, en el cual esos hechos no se habían verificado todavía. Esta invulnerabilidad de la acción —sigue diciendo CHIOVENDA— sirve únicamente para los hechos que pueden considerarse como perjudiciales para el actor y que no dependen de su voluntad (43).

En nuestro Derecho los hechos se fijan en la demanda y en la contestación por una y otra parte, siendo muy limitadas y accidentales las alteraciones que pueden introducirse en las siguientes alegaciones, como precisa la doctrina y la jurisprudencia al comentar y aplicar el art. 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil (44); en el proceso de cognición, donde las alegaciones se concretan a la demanda y a la contestación, las restricciones son aún mayores (art. 52 del Decreto de 21 de noviembre de 1952) y

(42). Sentencia de 15 de octubre de 1953 y otras extractadas por DEXI, *Rassegna critica di giurisprudenza delle locazioni*, Milán, 1954, pág. 127.

(43) CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Madrid, 1936, págs. 177 a 180.

(44) Cfr. GUASP, ob. cit., págs. 683-684 y *Comentarios*, II, págs. 340 y sgtes; PRIETO CASTRO, *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, I, Zaragoza, 1942, págs. 211 y 236; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal*, I, Madrid, 1949, págs. 209-210; FAIRÉN, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1949, págs. 119 y sgts.

La jurisprudencia puede verse ordenada por FERNÁNDEZ, *Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo*, III, Madrid, 1956, págs. 4596 y sgts.

este proceso es el que ha de seguirse para obtener la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda (art. 125 LAU) (45).

Siguen este criterio dos sentencias de suplicación, una de las Palmas de Gran Canaria de fecha 27 de septiembre de 1962 y otra de Zaragoza de 30 de noviembre de 1960. La primera sostiene que «lo cierto y acreditado en la sentencia suplicada es que el desalojo de la vivienda en que se basa la misma tuvo lugar, no ya con posterioridad al término legal, sino incluso después de dictada sentencia en la instancia, lo que supone un quebranto real y evidente del precepto indicado, ya que en manera alguna pudo ser tenida en cuenta por el Juzgador la antes dicha circunstancia, producida más tarde de aquel momento procesal —demanda y contestación— en que en la litis se fijan los hechos» (46); y la de Zaragoza plantea el problema en estos términos: si la causa de resolución por necesidad debe persistir no sólo en la fecha del requerimiento, y un año más tarde en que se dedujo la demanda, sino además durante la sustanciación del proceso, y resuelve que no puede dudarse que nuestro Derecho procesal es opuesto a tal posibilidad como basado en el cuasicontrato de *litis contestatio* (47).

(45) Cfr. ARAGONESSES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, págs. 488 y sgls.

(46) *Revista General de Derecho*, 1963, pág. 128.

(47) *Revista Jurídica de Cataluña*, 1961, págs. 884 y 885. Véase en las mismas páginas el interesante comentario de PERE RALIU.

IV

CONCLUSIONES

Lo expuesto puede resumirse en estos cuatro puntos:

1.º La causa de necesidad se presume que no existe, salvo prueba en contrario, cuando con seis meses de antelación a ser notificada la prórroga se hubiera desalojado vivienda de características análogas en edificio propiedad del arrendador o del familiar de éste para quien se reclame (art. 63-3 LAU).

2.º Si la desocupación de otra vivienda apta para satisfacer las necesidades alegadas por el arrendador y de la que dispone por título no precario se produce durante el plazo del requerimiento y hasta el momento de cumplirse, también cesa la causa de necesidad por aplicación del art. 65-2 LAU.

3.º Cuando la desocupación tiene lugar expirado ya dicho plazo, pero antes de la presentación de la demanda, la cesación de la causa de necesidad hay que admitirla con fundamento en la doctrina del abuso del derecho que recoge el art. 9 LAU.

4.º Por último, si tal desocupación tiene lugar durante el proceso, esta circunstancia no influirá en la decisión judicial, porque no podrá tenerla en cuenta ya que su aparición es posterior a la iniciación del litigio.