

## CONCLUSION

En conclusión, y por lo que se refiere a la pregunta formulada en la consulta, entendemos que la mejora ha dejado de tener eficacia y, refundida con el resto de la legítima, corresponde por iguales partes a ambos hermanos.

Tal es mi dictamen, que con gusto someto a otro mejor fundado.

## Sucesión en el arrendamiento. Prelación y su ejercicio (1)

ANTECEDENTES.—DON A., arrendatario de un piso, fallece, dejando dos hijos, don B. y don C., ambos casados, que con sus mujeres y el hijo de don B. vivían en la casa paterna. Desde la muerte de don A. en 1950 hasta hoy han continuado ocupando el piso y viviendo juntos. El único cambio ha sido que don B. ha tenido otro hijo y don C. un hijo. Han ocurrido desavenencias entre la familia que dificultan o hacen imposible la convivencia.

CONSULTA.—Se consulta: 1.º Si don B., por el hecho de tener más numerosa familia, mujer y dos hijos, tiene derecho preferente a ocupar el piso. 2.º Si puede ejercitar este derecho actualmente. 3.º Qué procedimiento judicial, en su caso, podría ejercitar.

DICTAMEN.—Para responder con la debida seguridad estas preguntas es necesario examinar previamente la naturaleza de los derechos concedidos en los artículos 71 y 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Para mayor facilidad del lector se transcriben estos artículos:

«Art. 71. Si durante la vigencia de un contrato de inquilinato falleciese el inquilino, su cónyuge, si vivía con él, y sus parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que habitaren en la vivienda con un año de anterioridad al óbito, podrán continuar ocupándola sin necesidad de celebrar nuevo contrato, quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido.

Art. 72. Si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior no desearan ocupar conjuntamente la vivienda, se seguirá el siguiente orden de prelación: cónyuge, hijos, padres, nietos, abuelos, hermanos, tíos y sobrinos. Prevalecerá el derecho de los de doble vínculo y consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad en favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con preferencia para el sexo femenino. Cuando los padres fueren septuagenarios, serán preferidos a los hijos».

Los autores han apuntado diversas soluciones, mediante las que se vienen a incluir tales derechos en alguna figura jurídica ya conocida; soluciones que contienen parte de verdad, pero que no son por completo satisfactorias al no tener en cuenta las especialidades de tales derechos o facultades.

Se ha dicho por autorizados especialistas que se trata de una sucesión hereditaria de carácter más o menos especial. Es indudable que la continuación del contrato de arrendamiento ocurre «mortis causa» y que hay una sucesión en la relación arrendaticia en favor de una o de varias personas.

(1) Del bufete de los Letrados don Antonio de Luna García y don Juan Hernández Canut.

La analogía con la sucesión hereditaria no puede extenderse mucho más. El heredero, como tal, precisamente está excluido, no mencionándosele, a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 73. Resalta el carácter familiar y pasa a un plano secundario el patrimonial. Mas tampoco cabe asimilarlo con la sucesión hereditaria legal, dada la especialidad del orden de preferencia (inverso entre el cónyuge y los hijos) y sobre todo por la nota de la convivencia. De aquí que no pueda ligarse con la aceptación o repudiación de la herencia y que no afecte a la sucesión en las responsabilidades del causante.

Se ha pensado también que cuando continúan conviviendo una pluralidad de parientes, surge una comunidad, para cuya regulación puede acudirse análogicamente a los art. 398 del Código Civil y art. 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942. Pero, desgraciadamente, estos preceptos no cabe utilizarlos por referirse a situaciones jurídicas distintas. La comunidad de bienes nace cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro-indiviso a varias personas, correspondiendo a cada comunero una determinada cuota según la proporción en que el derecho le corresponda (arts. 392 y 393 del Código Civil). La situación es aquí distinta. No hay un bien o derecho repartido o que pueda repartirse, sino la ocupación conjunta de una vivienda que supone una previa convivencia familiar y una continuada convivencia familiar, a la que no cabe aplicarles las reglas meramente patrimoniales de la comunidad de bienes. Menos aún será posible buscar apoyo en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942; pues según el art. 4 no está impuesta al arrendador la ocupación conjunta (supuesto del art. 72), sino que para impedirlo se dan reglas determinadoras de quien haya de ser el arrendatario único; marcándose aún más la diferencia de supuestos, al permitirse la designación testamentaria del continuador del arrendamiento, lo que muestra su carácter más intensamente patrimonial.

Al revisar estas opiniones se advierte el carácter singular de la figura jurídica examinada, pudiéndose señalar ya alguna de sus peculiares notas. Originada por la escasez de viviendas se impone al propietario la prórroga del contrato. Se crea en favor de las personas que constituían un hogar con el arrendatario y que estén dispuestos a continuar formándolo. Conviene, pues, distinguir dos esferas para la aplicación del precepto: la relación entre el arrendador y los parientes continuadores en el arrendamiento, la relación entre los parientes que puedan continuar ocupando la vivienda.

Respecto al arrendador, el contrato de arrendamiento continúa en vigor, quedando subrogados en la situación del arrendatario las personas que sigan ocupando conjuntamente la vivienda. Mientras el arrendamiento exista y no se rompa la convivencia, cada uno de los familiares ocupantes tiene la condición de beneficiario, que no puede ser dañada por los actos de los demás beneficiarios. Hay una titularidad conjunta e indeterminada respecto de la que cada uno en relación al arrendador ni total ni parcialmente puede disponer, renunciar, disminuir, subarrendar, siendo ineficaz hasta la confesión respecto a ella, hecha por un sólo titular. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 septiembre 1950). Los pactos internos entre los beneficiarios tampoco afectan en contra del arrendador: ni siquiera la cuestión de quien deba pagar atrasos del alquiler debidos por el causante (responsabilidad del heredero), pues el arren-

dador podrá resolver el contrato por falta de pago (art. 149, 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

La regulación de la relación interna entre los ocupantes queda fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pueden establecer los pactos que quieran; repartirse el pago del alquiler por igual, proporcionalmente al número de personas que constituyen el núcleo familiar, pagar liberalmente uno en beneficio de todos. La ley sólo se ocupa de una cuestión: la que se presenta cuando los beneficiarios no desean ocupar la vivienda conjuntamente. La dificultad de la convivencia era cosa que el arrendatario mientras vivió pudo resolver ejercitando su autoridad de dueño del hogar; a su muerte, la ley, con buen sentido de la realidad, no adopta medios mecánicos como el de la mayoría o el de la decisión del arrendador, sino que tiene en cuenta la condición peculiar de las relaciones de quienes conviven en un mismo hogar. Se concede la posibilidad de la convivencia continuada y, como contrapeso, garantía y, en su caso, último remedio se señala un orden de preferencia entre los beneficiarios.

Cada familiar tiene un beneficio de carácter personal; puede, en cualquier momento renunciarlo, expresa o tácitamente, dejando de ocupar la vivienda. Desde entonces se libera de su relación contractual con el arrendador, lo que, como es natural, no afecta a sus obligaciones respecto a los otros ocupantes (por pacto, culpa, etc.). El contrato de arrendamiento continúa mientras uno de los familiares beneficiarios se quiera aprovechar del derecho concedido. Mas como ya se ha indicado, las reglas de la comunidad de bienes, con su criterio de igualdad o proporcionalidad, según las cuotas, no es compatible con la convivencia en un mismo hogar. Por ello, es destacado un beneficiario, al que la ley le otorga preferencia para la ocupación exclusiva; si cualquier beneficiado (sea o no el privilegiado) no desea la ocupación conjunta, por no aceptar los pactos internos propuestos o simplemente repugnar continuar la convivencia, el beneficiario especialmente favorecido por la ley podrá ejercitar su facultad de prelación y quedará como único inquilino.

Sentadas las anteriores premisas puede ya plantearse la cuestión clave de la consulta. ¿Cuándo puede ejercitarse eficazmente la facultad de prelación legal? El texto de la ley y su espíritu parecen llevar a la misma conclusión: está permitido ejercitarlo en cualquier momento. De ello convencen las siguientes razones:

1.ª La misma lectura de la ley. En efecto, el artículo 72 utiliza la frase: «si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior *no desearan* ocupar conjuntamente la vivienda, se *guardará* el siguiente orden de prelación...» El precepto no señala un determinado momento para ejercitar la preferencia, por lo que parece será posible que en cualquier momento en que no se desee la convivencia se haga exigible el mandato de guardar la preferencia legal. «Ubi lex non disgnit nec nos distinguere debemus».

2.ª El argumento de la «*reductio ab absurdum*». En la ley no se dice que haya un momento para ejercitar la preferencia y además cualquiera de los que cabe imaginar resulta absurdo o arbitrario: a) El momento de morir el arrendatario; es el momento de abrirse la sucesión, pero ésta no condiciona al derecho, ni menos es imaginable que se pueda haber querido la coincidencia de tal ejercicio con la muerte (el cadáver de cuerpo presente); b) La aceptación

o la partición de la herencia, ya que puede no coincidir la condición de heredero y la de continuador del arrendamiento; y además no se puede hacer depender la convivencia de un hecho ajeno; c) Otro momento equitativamente fijado: ello sería imponer al juez una carga insoportable, que adopte una solución arbitraria, cuando no existe ningún elemento para guiarle, pues ni siquiera el llamado año de luto es utilizable, pues no se puede condenar a la convivencia con quienes no se quiere vivir junto más tiempo, a la persona que tiene la prelación. Parece, pues, que no ha designado expresamente la ley un momento para el ejercicio de la prelación y que tampoco hay base jurídica para elegir alguno, lo que es explicable (y sólo se explica) al permitirse el ejercicio de la preferencia en cualquier momento.

3.ª La pervivencia de la facultad. La ley concede un derecho de prelación al beneficiario preferido para que lo ejerza; como toda facultad existe y puede ejercitarse mientras que no exista un hecho extintivo, como la caducidad o la renuncia; pero para la caducidad se requiere un plazo fijado expresa y terminantemente por la ley, pues en otro caso habrán de aplicarse los plazos de la prescripción. Queda fuera del ámbito de este dictamen la cuestión de la prescriptibilidad de la facultad; parece que no será posible en cuanto «in facultatibus non currit prescriptio», como sucede en los casos del art. 1.965 del Código Civil; la renuncia tampoco puede presumirse por el simple no ejercicio.

4.ª La misma finalidad del precepto. Se ha redactado a causa de la escasez de viviendas; si se entiende que la preferencia ha de ser declarada inmediatamente, se favorecerá el deseo de no convivir, ya que para evitar la pérdida de su preferencia el favorecido con ella la ejercitará inmediatamente; tanto más cuanto que el art. 27 le ofrece el remedio de repartir con dos extraños la carga del alquiler. Se ha querido además evitar la convivencia forzada y para ello no hay otro remedio, en el mecanismo de la ley que dejarla a la voluntad de quien tenga la preferencia. La posibilidad de ejercitar en cualquier momento la facultad de prelación es, en efecto, el que mejor corresponde a la idea del mantenimiento de la convivencia familiar. El preferido recibe así una autoridad en el hogar que le permite continuar la función unificadora que tuviera el causante: las exigencias mutuas y las dificultades o asperezas se suavizan por la necesidad o el interés; como en vida del arrendatario difunto existe la amenaza brdenadora de la salida forzada de la vivienda para el que amenace la paz. La solución propuesta es tan justa; en cada momento posterior como lo pudo ser en el instante del fallecimiento del arrendatario y es la única viable conforme al sistema de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El titular de la preferencia está determinado mediante la fijación de grados familiares y dentro de cada uno se establece una prelación en favor de quien tenga mayores motivos para necesitar el hogar. En el caso de la consulta se trata de parientes en igual grado y de igual sexo; la preferencia se decide por tanto conforme al mayor número de cargas familiares. Carga familiar significa la existencia de una obligación a cumplir respecto a ciertos miembros de la propia familia; la ley pone el acento en el número de las cargas, con preferencia, pues, al número de parientes que estén a cargo de cada beneficiado, lo que se traducirá normalmente, como en otros supuestos de la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 29, 61, 79), en el número de familiares que con él vivan y que él sostenga (mayor necesidad del hogar).

En el caso examinado, don B. ha tenido en el momento del fallecimiento de don A., como en el que se hace la consulta, mayor número de cargas familiares que su hermano don C.; mujer y un hijo, primero, y ahora mujer y dos hijos, respecto a mujer y mujer y un hijo respectivamente. No importa, pues, para la respuesta solicitada, señalar cuál sea el momento decisivo para fijar la prelación, aunque de lo dicho antes parece deducirse que se habrá de considerar el primer momento, pues entonces nació el derecho o facultad (*ius quaesitum*); solución que, además, evita situaciones absurdas y mantiene la debida permanencia en la forma de la convivencia.

El ejercicio de la facultad de preferencia puede ejercitarse extrajudicialmente; para su debida constancia es aconsejable comunicarlo notarialmente a los beneficiarios no preferidos y al arrendador. Desde este momento, cambiará la situación jurídica y sólo uno de los beneficiarios, el que tiene a su favor la prelación, conserva la condición de continuador de la relación arrendataria, esto es, los demás quedan reducidos a la condición de precaristas. Si alguno de éstos se opone a desalojar la vivienda procederá el desahucio conforme a lo dispuesto por el art. 1.565, núm. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha de advertirse que una constante y reiterada jurisprudencia ha establecido que el juicio de desahucio, dada su naturaleza sumaria y privilegiada, resulta inadecuada en los casos en que se trate de resolver cuestiones complejas y derechos controvertibles. No será de extrañar, por ello, que el juzgador entienda que la determinación de la preferencia—aun en caso claro como el consultado—excede del ámbito estricto del juicio de desahucio; tanto más, cuando puede llevarle a ello la consideración equitativa (de la que tan fácilmente se hace un uso excesivo) de que en las cuestiones familiares conviene evitar las soluciones rápidas para dar ocasión a que el tiempo, las mismas dificultades y gastos de un largo proceso, sean un freno que impida o una influencia benéfica que ayude a mantener la convivencia familiar, creada en el hogar del difunto arrendatario, y que social e individualmente puede considerarse digno de favor.

### CONCLUSIONES

En consideración a todo lo cual, se contesta la consulta hecha diciendo:

1.º Que don B. tiene derecho preferente a ocupar exclusivamente el piso arrendado.

2.º Que puede ejercitar su derecho en cualquier momento, conforme le dicte su conciencia y le imponga la necesidad de las circunstancias.

3.º Que puede ejercitarse el juicio de desahucio, aunque cabe la posibilidad de que se imponga el acudir al juicio declarativo.

Esta es nuestra opinión y dictamen, que con gusto sometemos a cualquier otro mejor fundado.