

Notas sobre la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda surgidos con posterioridad a la LAU de 1994 (*)

SUMARIO: 1. ÁMBITO NORMATIVO.—2. LA DURACIÓN DEL CONTRATO: 2.1. LA PREVALENCIA, MÁS APARENTE QUE REAL, DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MOMENTO DE FIJAR LA DURACIÓN DEL CONTRATO. 2.2. LA INEXISTENCIA DE UN PLAZO DE DURACIÓN MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTO. 2.3. LAS PRÓRROGAS ANUALES FORZOSAS.—3. LA PRORROGA DEL CONTRATO INICIAL: 3.1. ¿PRÓRROGA O TÁCITA RECONDUCCIÓN? 3.2. ¿A QUÉ CONTRATOS PUEDE SER DE APLICACIÓN ESTA PRÓRROGA DEL ARTÍCULO 10? 3.3. PLAZO DE PRÓRROGA DEL CONTRATO. 3.4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PRORROGADO. 3.5. EL JUEGO DE LA TÁCITA RECONDUCCIÓN. 4. EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO.—5. LA AMPLIACIÓN SUBJETIVA DE LAS FACULTADES DE INSTAR LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO O DE EVITAR LA EXTINCIÓN DEL MISMO POR EL **EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIR:** 5.1. LA EQUIPARACIÓN MATRIMONIO-PAREJA «MORE UXORIO». 5.2. CONTRATOS A LOS QUE AFECTA. 5.3. MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE DESISTIMIENTO O DE NO RENOVACIÓN. 5.4. ABANDONO DE LA VIVIENDA POR EL TITULAR.

Esta exposición tiene por objeto el estudio de diferentes cuestiones que se suscitan al hilo del análisis de algunos de los preceptos que componen el capítulo II del tomo II de la LAU de 25 de noviembre de 1994 y que se encuadran bajo la rúbrica legal «de la duración del contrato» y que acoge los artículos 9-16.

(*) Estas reflexiones tienen su origen en una conferencia pronunciada en el marco del Seminario sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, organizado dentro del Plan Territorial de Formación de Jueces y Magistrados, celebrado en Palma de Mallorca los días 4 y 5 de mayo de 1995. Para su publicación se ha llevado a cabo una labor de contraste bibliográfico con los diferentes Comentarios de la nueva Ley que se han ido publicando a partir de esas fechas.

Yo me referiré concretamente a la problemática que plantean los artículos 9-12, es decir, aquellos que hacen especial referencia a la duración del contrato y a sus posibles vicisitudes: la prórroga —forzosa o no— en la duración del mismo o el desistimiento del contrato antes de llegar a su término final, haciendo una especial referencia a la problemática suscitada en orden a estos eventos respecto de la vivienda arrendada que se configure como vivienda habitual de un matrimonio o pareja.

1. ÁMBITO NORMATIVO

En este sentido, cabe recordar que son preceptos aplicables con carácter imperativo a los arrendamientos de vivienda, los cuales vienen definidos por el artículo 2 y a los que se dedica el Título II de la Ley. Ese carácter imperativo de las normas se puede deducir del artículo 6 cuando declara nula cualquier cláusula que modifique lo previsto por la Ley en perjuicio del arrendatario.

Aun dentro de ese ámbito objetivo —arrendamiento de vivienda—, no podemos olvidar que el artículo 4.2, párrafo 2.º, establece el carácter dispositivo de ese Título II para los supuestos de viviendas con superficie superior a 350 metros o cuya renta inicial supera 5,5 veces el SMI, es decir, para las que analógicamente podríamos encuadrar bajo la denominación «viviendas suntuarias» del artículo 6.2 de la LAU de 1964; término que ha hecho fortuna doctrinalmente (1). La justificación, seguramente, reside en que se trata de arrendamientos de viviendas cuya superficie o renta supera con mucho las necesidades básicas de vivienda, que presuponen en cierta medida una posición de mayor equilibrio entre arrendador y arrendatario, y de ahí que el legislador se muestre menos preocupado por la protección del inquilino.

Por último, los arrendamientos para uso distinto de vivienda quedan completamente sometidos al libre acuerdo entre las partes y, subsidiariamente, a las normas del Código Civil, por cuanto en el Título III no existe remisión expresa a ninguno de los preceptos que conforman la problemática que vamos a abordar. El legislador se limita a plantear una serie de normas

(1) Así se refieren a este supuesto muchos de los comentaristas a la nueva LAU: VALLADARES RASCÓN, E.: «Artículo 4.2. Régimen aplicable», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona, 1995, pág. 82; CLEMENTE MEORO, M.: «Artículo 4. Régimen aplicable», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. (coord.): *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valencia, 1994, pág. 63; DÁVILA GONZÁLEZ, J.: «Artículo 4 (apartados 1, 2 y 4)», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.): *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1994, pág. 37; ALBACAR LÓPEZ, J. L.: *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentario a la nueva Ley y legislación vigente*, Madrid, 1994, pág. 50.

que tienen un carácter dispositivo, es decir, que vendrán en aplicación en defecto de acuerdo entre las partes y antes de que jueguen las normas que a tal efecto pueda prever el CC.

Esta aplicación directa e inmediata deriva del carácter tuitivo de la LAU respecto de los arrendamientos de vivienda. Se entiende que el principio de igualdad entre las partes contratante, idea liberal de la que parte el CC y que tiene su plasmación en la regulación de los artículos 1.254 y siguientes, se encuentra mediatizado por la necesidad del inquilino de hallar una vivienda donde habitar, necesidad que debe ser amparada al ser la manifestación del principio rector de la política social y económica reconocido constitucionalmente por el artículo 47 CE.

2. LA DURACIÓN DEL CONTRATO

El artículo 9 es el destinado a determinar la duración del contrato. Se trata de una norma que ha sufrido una multitud de variaciones a lo largo del proceso *iter* legislativo y respecto del cual se suscitan diversas cuestiones.

2.1. LA PREVALENCIA, MÁS APARENTE QUE REAL, DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MOMENTO DE FIJAR LA DURACIÓN DEL CONTRATO

Hay que recordar que tanto el Proyecto de 1992 como el de 1994 establecían un plazo mínimo de cuatro años e, incluso, en supuestos de duración inferior o indeterminada se entendían hechos por cuatro años —salvo algunas aunque muy contadas excepciones—. Junto a esta previsión legal se reconocía en favor del arrendatario una facultad de desistir del contrato a partir del primer año de vigencia del mismo y con un preaviso de cuatro meses.

Se acepta en el Senado una enmienda del PP en virtud de la cual:

- El plazo es libremente pactado por las partes.
- Sin embargo, se prorroga automáticamente por períodos de un año, hasta un total de cinco años, salvo que el arrendatario con un preaviso de treinta días manifieste su voluntad de no renovación.
- Cuando las partes no fijen la duración o ésta sea indeterminada, se entenderá concertado por un año, con las prórrogas legalmente previstas.

Con ello se intenta:

- Por una parte, permitir que existan contratos por plazos inferiores al mínimo legalmente establecido en atención a circunstancias concretas,

como pueden ser los alquileres concertados por estudiantes, trabajadores que son temporalmente trasladados, adquirentes de vivienda que hasta la entrega de la casa deben vivir en alquiler.

- Por otra, establecer un mecanismo menos rígido que protege al arrendatario igualmente durante cinco años y a la vez dejar a las partes un mayor margen de libertad para adecuar el contrato a sus necesidades (2).

A primera vista y por la redacción del artículo 9.1, se podría pensar que, efectivamente, el pacto entre las partes ha de ser el primero de los elementos a tener en cuenta para determinar la duración del contrato. Pero esa primera idea debe ser descartada de inmediato:

— Si las partes fijan un plazo de duración indeterminado, el artículo 9.2 entiende que se ha establecido una vigencia de un año, norma que no tiene carácter dispositivo —a falta de disposición contraria de las partes—, sino imperativo.

— Si las partes no estipulan el plazo de duración, el artículo 9.2 vuelve a aparecer para considerar celebrado el contrato por un plazo de un año.

— Si las partes estipulan una duración inferior a cinco años *ex lege*, se entiende prorrogados por plazos anuales hasta alcanzar la fecha que la Ley considera como mínimo exigible, puesto que, en palabras del legislador en el Preámbulo de la Ley, «permite una cierta estabilidad para las unidades familiares que les posibilita contemplar al arrendamiento como una alternativa válida a la propiedad»; y, a la vez, «no es un plazo excesivo que pudiera constituir un freno para que tanto los propietarios privados como los promotores empresariales sitúen viviendas en este mercado».

Se puede evitar la prórroga por ambas partes:

- El arrendador, siempre y cuando lo prevea en el mismo contrato de forma expresa, hace constar la necesidad de ocupar la vivienda para sí antes de los cinco años.

- El arrendatario, cuando manifieste su voluntad contraria a la prórroga anual con un preaviso de treinta días a la fecha fijada para la terminación.

En estos casos se puede plantear el contrato de arrendamiento como tendencialmente quinquenal, pero dejando al arbitrio del arrendatario la posibilidad de su reducción.

(2) Un detallado análisis del *iter* parlamentario aparece en GUILARTE: *Ob. cit.*, págs. 77-79, y en MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Artículo 9. Plazo mínimo», en BERCOVITZ: *Ob. cit.*, págs. 182-184.

La conclusión por tanto será que las partes libremente sólo podrán fijar el plazo que deseen para el contrato cuando éste sea superior a cinco años.

2.2. LA INEXISTENCIA DE UN PLAZO DE DURACIÓN MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTO

Como antes he subrayado, uno de los principales argumentos en favor de la aceptación de la enmienda del Grupo Popular que ha dado lugar al actual artículo 9 fue evitar que quedaran al margen de la protección de las normas tuitivas del arrendamiento de vivienda los supuestos de alquileres de duración breve, como pueden ser los de estudiantes, trabajadores sin vocación de permanencia, arrendatarios a la espera de la entrega de su propia vivienda...

Es decir, se intenta dejar fuera del ámbito del arrendamiento de temporada a tales supuestos, lo cual, evidentemente, parece que se consigue; pero por contra abre otra brecha: ¿es susceptible de quedar amparado bajo la protección de las normas de los artículos 6 y siguientes un contrato en que expresamente se pacte un término de duración, por ejemplo, de cuatro meses?

Se podrá decir que ello dependerá del destino que se dé al inmueble. Efectivamente, el artículo 3 al definir los arrendamientos para uso distinto de vivienda, en su número 2 especialmente cataloga como tal «el arrendamiento de finca urbana celebrado por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra», pudiendo entender quizá que se trata de arriendos que tienden a satisfacer un interés vacacional o de esparcimiento. Abunda en este entendimiento la idea que mueve a rechazar una de las enmiendas de CiU, la que pretendía incorporar dentro del concepto de arrendamiento de temporada a todos los «celebrados con la finalidad de ocupación temporal, ya sea por motivos vacacionales, de estudios, laborales o cualquier otro».

Pero también es cierto que no se fija duración máxima del arrendamiento de temporada, cosa que sí se pretendió respecto del Proyecto de 1992 por parte del PP que lo quería limitar a diez meses.

Ello puede conducir a situaciones chocantes y que pugnan con el sentido común: se concierta un arrendamiento por cuatro meses a la espera de la entrega de la vivienda adquirida por el arrendatario. A la finalización del período pactado, y una vez ya entregada la propia, parece que el arrendatario tendrá derecho a mantenerse en el arriendo mediante la prórroga forzosa hasta cinco años, por ejemplo, en el supuesto de que le resulte más interesante mantenerse en el alquiler y, a su vez, arrendar la adquirida en propiedad, toda vez que no podrá ser lanzado en virtud de la resolución del contrato, ya que el artículo 27 no incorpora una causa paralela al artículo 62.5 LAU 1964, que permitía denegar la prórroga por tener el inquilino a su disposición una vivienda.

Se apunta como posible vía de solución la de aplicar el plazo de un año, hacia el cual tiende el legislador en el apartado 2 de este artículo 9 cuando nos hallamos ante contratos de duración indeterminada. Y así, decir que no es posible entender sometido al especial régimen tuitivo del arrendamiento de vivienda todos aquellos contratos establecidos por tiempo inferior al año (3).

2.3. LAS PRÓRROGAS ANUALES FORZOSAS

A) *Perspectiva del arrendador*

El arrendador que suscribe un contrato por un plazo inferior a cinco años sabe que se encuentra abocado, tendencialmente, a tener comprometida la vivienda durante ese período.

No sólo verá comprometida la ocupación de la vivienda por ese período, sino que además en las mismas condiciones que pactó al realizar el contrato. En este sentido, hay que entender que esta prórroga obligatoria no supone la extinción del contrato originario y nacimiento de otro ulterior, sino la continuación del ya existente, puesto que simplemente supondrá una ampliación de su plazo de vigencia (4). Precisamente por ello se mantiene inalterado todo el régimen de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de las partes, siendo manifestación de ello el artículo 36 cuando establece que la fianza establecida al iniciarse el contrato no está sujeta a actualización en los cinco primeros años de duración del contrato (5), ya sea por ser éste el plazo pactado o siendo inferior hasta que se complete por sucesivas prórrogas; siendo así que la referencia a la posibilidad de actualización en los supuestos de prórroga del contrato debe entenderse hecha al supuesto del artículo 10 —hasta tres años, tras haber transcurrido los cinco— o en cualquier caso en que las partes lo hayan acordado si es arrendamiento para uso distinto de vivienda.

El único medio que tiene el arrendador para impedir la actuación de la prórroga es incluir de forma expresa en el momento del contrato una cláusula mediante la cual se contemple la necesidad por parte exclusivamente del mismo arrendador de ocupar la vivienda.

Si se compara esta hipótesis con el elenco de causas de denegación de la prórroga que incluía el artículo 62 del texto de 1964 hay que poner de relieve una serie de detalles:

(3) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, págs. 85-86.

(4) Cfr. PRATS ALBENTOSA, L.: «Artículo 9. Plazo mínimo», en VALPUESTA: *Ob. cit.*, págs. 101-102; MARÍN: *Ob. cit.*, págs. 191-192.

(5) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 102.

1. El distinto supuesto sobre el que operan las causas del artículo 62 y del artículo 9.3.

Mientras en 1964 se parte de un contrato de duración *ad infinitum*, en 1994 nos enfrentamos a un contrato con una vocación temporal incuestionable, que *ex le ge* sólo se entiende necesario que alcance los cinco años.

2. La reducción a la unidad de las posibles causas de denegación.

Ello seguramente se explica por el diferente alcance de la prórroga en un texto y en el otro. Así como en 1964 la prórroga tiene carácter indefinido, en 1994 sólo llega a cinco años, con lo cual sólo una circunstancia tremendamente acuciante como es la necesidad de ocupar la vivienda el propio arrendador permite que no juegue.

3. Así como la necesidad de ocupación se podía predicar en 1964 no sólo del arrendador, sino también de sus descendientes o ascendientes, en 1994 se restringe al propio arrendador.

En este sentido la redacción definitiva ha sido tormentosa por cuanto sólo la aprobación definitiva por el Congreso ha permitido la redacción final, ya que el Senado había aceptado una enmienda que suponía incorporar a los descendientes entre los sujetos necesitados de la vivienda. Se ha dicho que esa limitación obedece al carácter temporal de la prórroga como máximo hasta los cinco años, con lo cual la consecuencia no es excesivamente gravosa para los familiares del arrendador (6). Ello, como casi siempre, dependerá de las circunstancias de la familia.

4. Así como en 1964 la necesidad de ocupación de la vivienda era sobrevenida a la existencia del contrato, en 1994 se establece la necesidad de su previsión en el momento de la perfección del mismo.

Nuevamente, el distinto supuesto sobre el que opera puede explicar esa diferencia. En aquellos casos, como se podía prolongar en el tiempo de manera insospechada, se puede comprender que surja con posterioridad la necesidad de la ocupación. En 1994, como estamos ante un contrato que en principio tiene una duración de cinco años, se puede prever con cierta perspectiva si en ese plazo se necesitará el mismo.

No obstante, se ha visto un peligro en esa necesidad de plasmación de esa causa de denegación de la prórroga en el mismo contrato. Así, se ha puesto de manifiesto que puede inducir a que se acabe convirtiendo en una cláusula de estilo de los contratos para el supuesto en que sea necesario su juego (7). Para el supuesto en que no opere la necesidad, pues simplemente se prorrogará el contrato sin más; por contra, si a lo largo de los años surge la necesidad se tendrá de antemano el medio para impedir la prórroga. Un ejemplo ilustrativo podría ser el siguiente: como la necesidad sobrevenida

(6) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 96.

(7) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 103; MARÍN: *Ob. cit.*, pág. 202.

no puede ser causa de denegación (supuesto de declaración de ruina del inmueble en que habita el arrendador), lo más aconsejable será que en el contrato se incluya una cláusula por la cual el arrendador manifieste tener la necesidad de ocupar la vivienda al final del plazo pactado y que antes de la llegada de la fecha final del contrato comunique no precisarla para que así juegue la prórroga legal, sin consecuencias perjudiciales para él (8).

5. La prueba de la necesidad.

El Texto Refundido de 1964 exigía la prueba de esa necesidad, facilitándola en cierta medida a través del juego de las presunciones del artículo 63.2. El actual artículo 9.3, párrafo 2.º, no exige en modo alguno la acreditación de esa necesidad. Seguramente ello deriva de entender que la mera expresión en el contrato de la necesidad futura opera como justificación suficiente, sin que parezca exigible un acto ulterior de comunicación por el arrendador.

Probablemente este puede ser uno de los grandes motivos de disputa entre arrendadores y arrendatarios: si éste se niega a abandonar la vivienda y solicita su derecho a permanecer merced a la prórroga legal al entender que no hay causa de necesidad, nos veremos abocados a un juicio declarativo con la correspondiente demora. Además, será difícil poder aplicar los criterios jurisprudenciales construidos a partir del artículo 63 de 1964, precisamente porque ahora se ha abandonado el juego de las presunciones sobre la necesidad que allá se incorporaban.

6. La exigencia de ocupación en plazo determinado.

Tanto el artículo 68.1 como el actual 9.3, párrafo 2º, fijan un plazo de tres meses para el que ha recuperado la vivienda pase a ocuparla.

A este aspecto, y dado que el artículo 7 entiende que no se pierde el carácter de arrendamiento de vivienda por el hecho de que el arrendatario no tenga su vivienda permanente, siempre que habiten en ella su cónyuge o sus hijos dependientes, quizá podría entenderse que la ocupación por el cónyuge e hijos dependientes del arrendador son suficientes para entender cumplido ese requisito de ocupación. De todas formas, dado el azaroso proceso de redacción del precepto que de forma tan radical ha impedido la inclusión de la necesidad de los descendientes del arrendador, seguramente cobra sentido una interpretación absolutamente literal de la norma, lo cual conduce a impedir la aplicación de ese artículo 7 a ese caso. Dicho precepto efectivamente nos sirve para delimitar el concepto de arrendamiento de vivienda, pero no puede aplicarse analógicamente para explicar el contenido subjetivo de la necesidad de este artículo 9.

Otra importante diferencia entre la norma de 1964 y la de 1994 se encuentra en la exigencia o no de un período mínimo de ocupación por el

(8) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 103.

arrendador o su familiar —en aquella—. Efectivamente, en 1964 se exigía que una vez ocupada se mantuviera en ella durante tres años, puesto que su arrendamiento o cesión del goce en ese período permitía al inquilino instar su recuperación. Por contra, en 1994 no hay referencia alguna a este aspecto, con lo cual puede ocurrir que el arrendador ocupe la vivienda y al cabo de un mes la vuelva a arrendar (9), sin que en este supuesto tenga el antiguo arrendatario arma legal específica alguna para atacar la actuación del arrendador (10).

7. La sanción ante la utilización fraudulenta de esta causa que impide el juego de la prórroga legal.

El artículo 68 establecía la recuperación de la vivienda por el inquilino, la subsistencia del contrato primitivo, la posibilidad de solicitar una indemnización de daños y perjuicios y la imposibilidad de volver a solicitar la devolución de la vivienda en un plazo de tres años.

El artículo 9.3.2." establece una obligación alternativa en cabeza del arrendador con *ius eligendi* en favor del arrendatario:

a) Reposición al arrendatario en el uso y disfrute por un período de hasta cinco años más —con posibilidad de que el arrendatario decida no continuar en cada período anual—. Esa posibilidad nuevamente pone de relieve que en la mente del legislador sigue estando presente la idea de que el contrato debe durar cinco años, a voluntad del arrendatario. Si ello no se produce por el fraude realizado por el arrendador, a pesar del mismo se mantendrá el contrato por esa duración.

— Indemnización de «los gastos de desalojo». Se pueden suscitar dudas sobre el contenido de esta indemnización:

- Solamente los gastos de mudanza, pero no incluye el abono de las rentas pagadas en la otra vivienda que ha debido ocupar o la diferencia entre las rentas iniciales y que ha debido desembolsar en la otra vivienda; por cuanto se entiende que se trata de una indemnización de carácter complementario al beneficio que obtiene el inquilino de poder volver a la vivienda arrendada en las mismas condiciones iniciales (11).

(9) MARÍN: *Ob. cit.*, págs. 209-210, se muestra partidario de evaluar en cada caso concreto si sobre la vivienda recuperada satisfizo o no durante un tiempo razonable una real necesidad de vivienda permanente para sí. GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 102, se muestra partidario de emplear el plazo anual que el legislador utiliza como medida integradora de los contratos como umbral temporal mínimo que debe respetar el arrendador.

(10) Siempre se podrá recurrir a cauces genéricos para atacar esa conducta, tales como la acción de enriquecimiento, el fraude de ley o, incluso algo más forzado, el abuso del derecho.

(11) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 100.

- Todos los desembolsos que le ha supuesto el tener que abandonar la vivienda, incluyendo —entiendo— también las rentas desembolsadas durante el período de no ocupación para satisfacer su necesidad de vivienda, en el bien entendido de que sólo surgen precisamente por la actuación fraudulenta del arrendatario. Por tanto, se trata de unos gastos que tienen una relación directa e inmediata con esa acción. Y no se puede emplear ese argumento de que no es más que un complemento a la vuelta al contrato inicial, porque ese contrato no cubrirá ese período de desocupación, sino desde la vuelta a la vivienda en adelante. Además, la propia dicción literal del precepto abona la tesis que se defiende: «los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación» (12).

b) Indemnización cuyo contenido sea una cantidad igual al importe de la renta por los años que faltan para completar los cinco años preceptivos.

B) *Perspectiva del arrendatario*

Como ya hemos subrayado la duración mínima de cinco años es siempre en beneficio del arrendatario, por lo cual el artículo 9.1 establece la posibilidad de que llegado el término de vencimiento fijado de común acuerdo por ambas partes, el contrato no se prorrogue automáticamente, sino que se extinga, a voluntad del arrendatario.

Ahora bien, esa facultad de renuncia a la prórroga no puede ser ejercitada en cualquier momento, sino que debe actuarse en momento temporalmente determinado: un mínimo de treinta días de antelación a la fecha de terminación del contrato o de la prórroga, referidos por tanto a la fecha de celebración del contrato o de comienzo de la prórroga.

Si no hace la declaración con ese preaviso pierde la posibilidad de desvincularse libremente del contrato, quedando obligado a permanecer sujeto a él por un año más, momento en el que volverá a surgir la posibilidad de renunciar. Es así, porque no debemos olvidar que el artículo 11 sólo otorga al arrendatario la facultad de desistir cuando se trate de contratos de duración superior a cinco años, situación en la que por definición no se encuentra el caso que analizamos. Si esto es así, la facultad establecida para favorecer al arrendatario se puede volver en su contra. Algunas voces han sugerido una interpretación correctora de la norma, entendiendo que sería suficiente el desalojo de la vivienda arrendada cumplido el término del contrato para que cese la operatividad de la prórroga forzosa por ser una

(12) En el mismo sentido, FUENTES LOJO J. V.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 (BOE del 25)*, Barcelona, 1995, pág. 52; MARÍN: *Ob. cit.*, pág. 208.

tácita demostración de la renuncia a la misma por parte del inquilino (13). Otros, por contra, entienden que a pesar de que puedan resultar unas consecuencias inequitativas para el arrendatario, la LAU no ofrece ninguna regla que permita atenuar el automatismo de la regla (14).

También puede plantearse otra cuestión de interés respecto a esa renuncia. ¿Hay que considerar válida la renuncia si ésta es coetánea a la perfección del contrato aunque se postdate la firma de la misma? Seguramente estamos ante un fraude a la Ley, pues estamos utilizando el tenor de la Ley para burlar su carácter tuitivo protector del arrendatario. La única solución será aplicar el artículo 6.4 CC y tener por no hecha esa renuncia (15). Otra opción, apuntada ya doctrinalmente, es entender que se trata de una auténtica renuncia a la prórroga anual, que es nula (*ex art. 6 LAU*) (16).

3. LA PRORROGA DEL CONTRATO INICIAL

3.1. ¿PRÓRROGA O TÁCITA RECONDUCCIÓN?

La principal cuestión que cabe debatir respecto a la previsión legal de este precepto tiene por objeto analizar ante qué figura jurídica nos encontramos, si se trata de una tácita reconducción o de una prórroga del contrato.

La solución al problema no es intrascendente, puesto que el régimen jurídico de una u otra opción varía sustancialmente. Recuérdese que la tácita reconducción nos enfrenta a un nuevo arrendamiento sobre la misma cosa por consentimiento presunto de ambas partes que se estima existente por el hecho de la aquiescencia de ambas en la continuación en el disfrute al terminar el arriendo; por contra, la prórroga supone la subsistencia del mismo contrato con iguales condiciones y por el plazo previsto por la Ley salvo que se pacte una duración distinta (17).

Pues bien, la propia rúbrica del precepto nos pone sobre la pista de que estamos ante una hipótesis de prórroga e incluso más aún si tenemos en

(13) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 88.

(14) Cfr. MARÍN: *Ob. cit.*, págs. 198-199: «Cualquier otra alternativa (por ejemplo, entender que el preaviso realizado con un pequeño retraso evita la prórroga, aunque coloca al arrendatario en la obligación de indemnizar los daños causados al arrendador como consecuencia de su conducta) carece del necesario respaldo en la LAU».

(15) Con carácter general, es evidente que la renuncia a la prórroga conforme a Derecho efectuada y que ya ha llegado al arrendador no puede ser revocable porque sería contraria a la doctrina de los propios actos. Así se manifiestan GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 89, y FUENTES LOJO, J. V.: *Ob. cit.*, pág. 54.

(16) Cfr. MARÍN: *Ob. cit.*, pág. 197.

(17) Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario al artículo 1.566», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, pág. 1125.

cuenta que el texto proyectado en 1992 hacía referencia a la tácita reconducción. Además, como argumento todavía más aplastante milita el 2.º párrafo de este precepto, que al determinar el régimen jurídico del contrato prorrogado nos dice que será el mismo legal y convencional al que estuviera sometido anteriormente (18).

Además, la tácita reconducción que aparece prevista por el artículo 1.566 CC está previendo una situación de hecho diferente a la que se dibuja en este artículo 10: allá nos enfrentamos al supuesto en que, una vez concluido el contrato, se mantiene el arrendatario durante quince días en el disfrute de la cosa; por contra, aquí estamos ante una hipótesis diversa: que en un plazo de un mes antes de la finalización del contrato ninguna de las partes haya manifestado su voluntad de no continuar en la relación contractual. Es decir, estamos ante una prórroga que se plantea antes de que haya terminado el contrato; mientras que la tácita reconducción establece el régimen de contrato una vez éste ha concluido y se mantiene la situación de hecho que configura el contrato.

Solucionado este primer problema, hay que intentar explicar el porqué de esta segunda prórroga si tenemos en cuenta que el artículo 9, como hemos analizado, establece una prórroga legal —forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario— hasta cinco años. Pues bien, ya desde el texto proyectado el legislador parece haber pensado en un contrato ideal de duración de ocho años: cuatro de todo punto obligatorios y otros cuatro, salvo voluntad en contra. En la actualidad se amplía a cinco años el término mínimo, salvo voluntad contraria del arrendatario, y se le abre la posibilidad, aunque a merced de la voluntad del arrendador, de permanecer por tres períodos anuales, salvo que al final de cada uno de ellos quiera salirse de la relación contractual. Es decir, nos encontramos ante una segunda posible prórroga (19).

3.2. ¿A QUÉ CONTRATOS PUEDE SER DE APLICACIÓN ESTA PRÓRROGA DEL ARTÍCULO 10?

A) Contratos de duración inferior a cinco años que por el juego del artículo 9 han llegado a ese plazo. Tiene sentido pleno respecto de ellos por

(18) Se muestran partidarios de este entendimiento: GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 106, PRATS: *Ob. cit.*, págs. 109-110; MARÍN: *Ob. cit.*, págs. 220-222; ALBACAR: *Ob. cit.*, pág. 69; FUENTES: *Ob. cit.*, págs. 55-56. Son partidarios, por contra de configurarlo como supuesto de tácita reconducción: LEÓN-CASTRO, J., y Cossío, M.: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Granada, 1995, pág. 69.

(19) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 108.

la idea de que el contrato tendencialmente está llamado a durar ocho años, aunque el margen de protección para el arrendatario es distinto: hasta cinco años depende exclusivamente de su voluntad el mantenimiento del contrato; a partir de ese momento habrá que contar con la aquiescencia del arrendador derivada de su silencio (20).

B) Contratos de duración de cinco años. Se entiende que a ellos está dirigido este precepto de forma directa e inmediata por ese argumento ya esgrimido del esquema perfecto del contrato de duración de ocho años.

C) Contratos de duración inicial pactada superior a cinco años. Respecto de los mismos aparecen dos posiciones doctrinales enfrentadas:

a) Quienes aunque la literalidad del precepto no puede ser más concluyente: «una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel», han cuestionado la aplicabilidad de la prórroga a tales contratos. El argumento empleado tiene como fundamento el ámbito de la protección que dispensa la LAU. Si tendencialmente el legislador pretende, salvo voluntad en contrario, que dure ocho años, cuando estemos ante un contrato cuya duración inicial es superior a cinco, resultaría que la prórroga por tres más llevaría a que la duración protegida no sería ya de ocho años, sino de más, sin que se vea motivo alguno para ese peculiar régimen protector (21).

b) Los que sostienen que la prórroga es susceptible de ser aplicada a contratos de duración inicial pactada superior a cinco años. La justificación la encuentran en el carácter supletorio del Código Civil en orden a la reglamentación de los contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, que lleva a considerar que sólo se puede apelar al Código Civil cuando en la legislación especial no existe una previsión suficiente; situación ésta que no se produce en el caso objeto de análisis puesto que la propia dicción literal de este artículo 10 previene la expiración del contrato más allá de los cinco años de duración (22).

3.3. PLAZO DE PRÓRROGA DEL CONTRATO

A este respecto hay que analizar la problemática tanto desde la perspectiva del arrendador como del arrendatario:

(20) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 110.

(21) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, págs. 110-111.

(22) Cfr. MARÍN: *Ob. cit.*, págs. 223-224, donde además rebate la tesis anterior: «semejante tesis pasa por encima de la letra del precepto y, lo que es más decisivo, olvida que la sobreprotección al inquilino no viene dada en estos casos por la aplicación de la LAU, sino por la concorde voluntad del arrendador y del arrendatario de atribuir a su contrato una duración inicial pactada de más de cinco años; en suma, por un hecho propio del arrendador...»

— Para el arrendador, su silencio cuando han transcurrido los cinco años le supone tener que soportar la prórroga del contrato por otros tres años, quedando maniatado para poder intentar apartarse del contrato constante ese plazo.

— Para el arrendatario, su silencio sumado al del arrendador tras los cinco años determina la prórroga del contrato, pero para él por un máximo de tres años, ya que anualmente —sólo en el momento en que venza la correspondiente anualidad— podrá manifestar su voluntad contraria a la prórroga por otro año.

Es decir, no quedan amparados en la misma medida ambas partes contratantes, volviendo a aparecer la idea tantas veces aludida del carácter protector de las normas de los arrendamientos de vivienda en beneficio del arrendatario.

3.4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PRORROGADO

Esta cuestión a primera vista parece solucionada por el párrafo 2.º del artículo, cuando nos dice que le sigue siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviere sometido.

A este respecto, no obstante, se deben apuntar una serie de reflexiones:

1. Si estamos ante un contrato prorrogado por definición, se deberá seguir rigiendo por las mismas normas que lo conforman al perfeccionarse. Es decir, los pactos que las partes establecieron mantienen su vigencia, incluso a pesar de que el legislador no lo hubiera dicho.

2. No obstante, si se repasa el articulado de la Ley nos damos cuenta que si bien el régimen convencional —que no hay que olvidar que es ley entre las partes— sí subsiste, por contra existen normas legales que pueden hacer que el contrato tome derroteros diversos. Analícense si no preceptos tales como los artículos 13 (tras los cinco años el contrato queda excluido del régimen de protección del derecho del arrendatario en los casos de resolución del derecho del arrendador), 18 (a partir de los cinco años la actualización de la renta queda a merced de lo estipulado por las partes), 19 (tras cinco años puede el arrendador elevar las rentas por haber realizado obras de mejora) y 20.2 (permite al arrendador, una vez transcurridos cinco años, incrementar más de una vez al año los gastos a satisfacer por el inquilino por el mantenimiento del inmueble, incremento que puede ser más del doble del permitido respecto de la renta en atención al artículo 18.1) (23).

(23) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 110.

Ese detalle nos podría llevar a pensar que estamos ante una especie de *tertium genus*: no es un supuesto de tácita resolución, pues no estamos ante un nuevo contrato; y si bien parece que nos hallamos ante el mismo contrato inicial, con todas las previsiones pactadas, resulta que existen toda una serie de normas que siendo aplicables al contrato en el primer período de duración, más tarde fenecen y son alteradas por propio deseo del legislador.

3.5. *El juego de la tácita reconducción*

Si hemos concluido que no estamos ante un supuesto de tácita reconducción, habrá que plantearse si, a pesar de ello, cabe la posibilidad de que un contrato de arrendamiento sometido a la LAU sea susceptible de ser tácitamente reconducido.

Efectivamente, ninguna norma manifiesta una frontal oposición a tal posibilidad, por lo cual podremos entender que con independencia de las posibilidades de prórroga previstas en los artículos 9 y 10, cualquier contrato de arrendamiento quedará sujeto a tácita reconducción si se dan los requisitos que el Código Civil y la jurisprudencia interpretadora de los artículos 1.566 y 1.567 establecen.

En tal situación, nos enfrentaremos a un nuevo contrato que se regirá por las previsiones contractuales anteriores, excepto por lo que se refiere a la duración del mismo. Lo más relevante (*ex art. 1.567*) es que se extinguirán cualesquiera obligaciones accesorias que circunden el contrato, entre las que destacarán las posibles garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes del arrendatario.

Hay que decir que esta hipótesis de tácita reconducción sólo cobrará sentido en algunas hipótesis:

— En aquellos contratos cuya duración sea superior a cinco años, para quienes sostienen que no cabe el juego de la prórroga en este caso (24).

— Una vez ha transcurrido el plazo de cinco años de duración del contrato y resulta improcedente la prórroga por mediar pacto entre las partes.

— Para aquellos de duración igual o inferior a dicho término una vez agotado el plazo de tres años de prórroga que plantea el precepto, porque no se puede pretender una nueva prórroga por la propia literalidad del precepto: «hasta un máximo de tres años» (25).

(24) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, págs. 123-125.

(25) En este sentido parece existir unanimidad doctrinal: MARÍN, pág. 229; GUILARTE, pág. 117; FUENTES, pág. 57.

— En otras hipótesis, la protección que los artículos 9 y 10 ofrecen al arrendatario hacen que resulte carente de interés la figura de la tácita reconducción. Quizá, cabe la hipótesis de que, en aras a dejar carentes de contenido las garantías accesorias al contrato inicial el arrendatario manifieste su renuncia a la prórroga, y que por el hecho de permanecer quince días más en el disfrute de la vivienda se pueda entender tácitamente reconducido el contrato. Parece carente de lógica por parte del arrendador permitir esa situación puesto que verá perjudicados sus intereses, y en situación normal o bien instará el desahucio por llegada del término final del contrato o bien, advirtiendo la argucia del arrendatario, interrumpirá el plazo e instará la celebración de un nuevo contrato por la duración que pacten y con las garantías que le resulten más adecuadas (26).

4. EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO

La hipótesis que ahora vamos a analizar tiene un marco de actuación perfectamente establecido: los contratos de arrendamiento que tengan una duración inicial superior a cinco años. Tiene sentido esta limitación del ámbito en que se reconoce la posibilidad de ejercitar esa facultad por cuanto en los de duración igual o inferior a dicho plazo se reconoce la facultad al arrendatario de manifestar su voluntad de no continuar al término de cada uno de los plazos anuales. Ahora bien, así como en aquéllos esa manifestación de voluntad contraria a la prórroga tiene un plazo preclusivo específico de ejercicio, la facultad de este artículo 11, por contra, podrá ejercitarla en todo momento.

En tales supuestos el legislador, en aras siempre a la protección de la parte que entiende más débil de la relación arrendaticia, otorga al inquilino la facultad de desistir del contrato en vigor, sin necesidad de alegar justa causa alguna. Es decir, está dejando al arbitrio de una de las partes el mantenimiento del contrato, rompiendo con el principio que con carácter general establece el artículo 1.256 en sede de teoría general de los contratos.

Esa facultad de desistir que se encuentra acogida con desigual denominación en distintos contratos en particular, parte de la idea de que cuando nos encontramos ante una relación de carácter duradero pueden surgir cuestiones que lleven a que una de las partes entienda más favorable para sus intereses apartarse de esa vinculación. Claro está que ello puede suponer un detrimento para la otra parte del contrato.

(26) Evidentemente, si el arrendador resulta poco diligente, nada hay que objetar a que en esta hipótesis se deba entender que nos hallamos ante una tácita reconducción. En el mismo sentido MARÍN, pág. 229.

Para satisfacer los perjuicios que le puede causar a éste esa finalización anterior a lo previsto en el contrato, el legislador alude en ocasiones a la exigencia de aportar una justa causa, la necesidad de comunicar con un preaviso suficiente la intención de apartarse o, incluso, la obligación de compensar en alguna medida los detrimentos económicos que esta situación haya podido generar.

En sede de arrendamientos con el TR de la LAU existía una norma parecida en el artículo 56 aunque con unos requisitos de carácter objetivo distintos a los que plantea el actual artículo 11. Allí se reconocía esa facultad de desistir, con la exigencia de comunicación por escrito en un plazo no inferior a treinta días y con la necesidad de indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a la renta que quedaba por percibir.

Veamos cuál es la situación que se prevé en la actualidad:

— Legitimado para ejercitarla sólo está el arrendatario, sin que ninguna norma prevea facultad paralela en cabeza del arrendador; siendo así que tampoco nos enfrentamos a un contrato de duración indefinida, figura respecto de la que con carácter general se predica ese desistimiento: el contrato de arrendamiento por definición tiene un plazo prefijado y, caso de no tenerlo, se entiende concluido por un año.

— Una vez han transcurrido por lo menos los cinco primeros años del contrato, en cualquier momento y siempre que exista un preaviso de dos meses, podrá el arrendatario manifestar su voluntad de separarse del contrato.

Con ello, como antes he adelantado, se manifiesta una peculiaridad de esta situación frente a la posibilidad de no prorrogar los contratos de duración inferior. Es decir, resulta que el arrendatario con contrato de duración superior a cinco años es de mejor condición que el que ha celebrado un contrato de duración inferior, puesto que éste tiene sólo un momento temporalmente adecuado para manifestar su voluntad de no prorrogar, con el agravante de que puede hallarse a lo largo del año en una situación en la que cobra especial sentido la facultad de desistir (por ejemplo, traslado forzoso de la empresa que le destina a otra localidad) y donde se verá abocado a mantener el contrato por cuanto el legislador le veda la posibilidad de ejercitar legítimamente la facultad de desistir.

Ese preaviso, al igual que sucede con las comunicaciones de los artículos 9 y 10, no presenta una exigencia formal de ninguna clase, con lo cual será suficiente con que llegue al ámbito del conocimiento del arrendador, aunque sin duda a efectos probatorios siempre será conveniente la utilización de mecanismos que aseguren la recepción por éste.

Hay que señalar que el plazo de preaviso se ha visto acortado, pues en el texto proyectado se preveía uno de cuatro meses. Seguramente habrá que

considerar plausible esa reducción por cuanto de lo contrario se podía vaciar de contenido esa facultad, ya que en la mayoría de ocasiones es difícil para el arrendatario poder prever con tanta antelación la circunstancia que le lleva a desistir.

El segundo párrafo del precepto establece cuáles pueden ser los efectos del ejercicio de esa facultad de desistimiento.

El efecto previsto es la satisfacción por parte del arrendatario de una indemnización con la que atemperar los perjuicios que puede causar su decisión en las expectativas que se había podido crear el arrendador.

Ante todo hay que considerar que el precepto no establece la obligatoriedad de esta indemnización («podrán pactar»), sino que lo deja a la libre determinación de las partes. Ahora bien, caso de que se pacte dicha indemnización, doctrinalmente se considera que la previsión legal tiene un contenido imperativo en tanto está fijando el máximo que pueden las partes establecer. Se toma como fundamento para tal consideración el carácter tuitivo de las normas de este capítulo que tienden acusadamente a proteger a la parte más débil del contrato que es el arrendatario. Dicho de otro modo:

— Las partes se pueden abstener de pactar la indemnización, con lo cual el arrendatario podrá desistir del contrato sin coste alguno.

— Pueden pactar el pago de una indemnización inferior o igual a una mensualidad de renta por año que reste por cumplir.

— Lo que no se puede admitir es la inclusión de aquella cláusula que cifre el *quantum* indemnizatorio más allá de la previsión del artículo 11.2, cláusula que deberá tenerse por no puesta (27).

Ese debe ser el entendimiento en atención al artículo 6 que considera nulas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario los contenidos del Título II, cuyo capítulo II estamos nosotros estudiando.

Por otra parte, el párrafo 2.º *in fine* está poniendo de relieve que así como hemos visto que la manifestación de la voluntad de no querer prorrogar debe hacerse exclusivamente en un momento determinado del año, justo antes de la llegada del término del contrato, la facultad de desistir del contrato de más de cinco años —en cambio— puede ser ejercida en cual-

(27) En el mismo sentido GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 132; ALBACAR: *Ob. cit.*, pág. 70; FUENTES: *Ob. cit.*, pág. 59; LEÓN-CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 71; CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», en BERCOVITZ: *Ob. cit.*, pág. 249. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 114, se muestra favorable al entendimiento de que se trata de una norma dispositiva y que por tanto cabe el acuerdo sobre una indemnización de entidad superior a la prevista por la norma.

quier momento temporal y por ello se establece cuál será el *quantum* indemnizatorio a satisfacer por los períodos inferiores al año (28).

5. LA AMPLIACIÓN SUBJETIVA DE LAS FACULTADES DE INSTAR LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO O DE EVITAR LA EXTINCIÓN DEL MISMO POR EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIR

Sabemos que el contrato es ley entre las partes y que, como tal, obliga a las partes y a sus herederos a su cumplimiento.

Por ello, sin duda, el contrato de arrendamiento afecta, como no podía ser de otro modo, a arrendador y arrendatario.

Pero ese principio general inamovible y absoluto comienza a presentar sus grietas en España a partir de la previsión por el artículo 1.320, entre las normas generales del régimen económico matrimonial, de la exigencia del consentimiento de los cónyuges para la disposición de los derechos que se ostentan por alguno de ellos sobre la vivienda que se ha configurado como hogar o vivienda familiar.

La atribución a una determinada vivienda del carácter de hogar de la familia, centro neurálgico en que se desarrolla la convivencia de los integrantes de la misma, matiza en cierta medida el contenido de la facultad dispositiva del cónyuge titular del derecho que se ostenta sobre la misma. Situación ésta que el artículo 1.320 predica no sólo del derecho real de propiedad, sino de cualquiera otro limitado o incluso un derecho personal u obligacional que da lugar al disfrute de la vivienda. En este último apartado, evidentemente, habrá que incluir el supuesto de arrendamiento (29).

Pues bien, el artículo 12 LAU, en atención a estas ideas, plantea las posibles consecuencias del ejercicio de la facultad de no renovar o desistir el contrato por el cónyuge titular en la esfera jurídica del otro cónyuge.

5.1. LA EQUIPARACIÓN MATRIMONIO-PAREJA «MORE UXORIO»

El primer detalle a tener en cuenta y que se explica en el número 4 del artículo es que todo el régimen jurídico que previene es predicable de distintas situaciones personales:

— Al matrimonio, con independencia de que existan hijos y sin necesidad de acreditar la duración de la convivencia.

(28) Es de parecer semejante PRATS: *Ob. cit.*, pág. 114; CARRASCO: *Ob. cit.*, pág. 245.

(29) También, como es evidente, podrán tener cabida otras figuras como el precario o la cesión familiar gratuita o el «comodato» del inmueble.

- A las parejas de hecho heterosexuales que convivan y tengan hijos.
- A las parejas de hecho homosexuales y a las heterosexuales, sin hijos, siempre y cuando acrediten una convivencia de dos años.

Es evidente que la previsión legal de situaciones análogas a la relación matrimonial e incluso la contemplación de la pareja homosexual atemperará la polémica que ha llegado y tenido que ser resuelta por el TC sobre la equiparación o no de derechos entre los sujetos de estas relaciones en comparación a la pareja matrimonial.

Uno de los problemas que se pueden plantear es el de la prueba de la convivencia. No debe olvidarse que el artículo 12 exige, salvo que exista descendencia, en cuyo caso la vivienda no tiende a satisfacer tanto las expectativas del convivente como las necesidades de los hijos, la acreditación de la convivencia durante dos años. Se me ocurre que quizá los Registros municipales que ahora se están popularizando podrían cumplir dicha misión ya que en ellos se realiza una manifestación por parte de los convivientes de constituir una pareja *more uxorio*; por contra, a la hipótesis de un simple certificado de empadronamiento en el mismo domicilio, que, evidentemente, no puede demostrar cuál sea la relación de afectividad que existe entre esas personas (30). De todas formas, tampoco se me escapa que la consideración de ese certificado podría plantear problemas de índole constitucional: ¿No atenta contra la protección al derecho de intimidad la exigencia de manifestar las inclinaciones sexuales del individuo? ¿Han de ser tratados de forma desigual aquellos que sostengan esa relación de afectividad pero que, simplemente, no deseen hacerla pública?

Por otra parte, la exigencia de esa convivencia inmediatamente antes del desistimiento o renuncia a la prórroga impedirá que puedan solicitar la aplicación de este régimen jurídico otras personas con las que anteriormente se hubiera hallado en situación análoga, caso de existir, ya que el precepto limita específicamente el supuesto de hecho. Con ello, quizá se quiere poner freno a aquel peligro que ya había subrayado el TC de la situación de inseguridad que supone la relación *more uxorio* frente a la matrimonial, pues en este caso se deben dar unas coordenadas y unos requisitos que hacen imposible solapar dos situaciones matrimoniales, mientras que la relación *more uxorio* puede irse variando sin necesidad de ninguna comunicación o actuación jurídica, lo que puede hacer difícil la prueba del final de una y el comienzo de la otra (31).

(30) LEÓN-CASTRO y Cossío: *Ob. cit.*, pág. 73, abogan por una modificación de la vigente LRC que permita la toma de razón de esas situaciones e, incluso, la creación de un Libro de Familia al respecto.

(31) Sobre esta materia no es cuestión en esta sede de hacer grandes disquisiciones. Lo mejor, sin duda, es remitir al pormenorizado análisis de estas cuestiones y la crítica al tenor del precepto que realiza CARRASCO: *Ob. cit.*, págs. 275-278.

Sin ánimo de querer profundizar, sólo dejar apuntada una reflexión: si se ha querido asimilar a la relación matrimonial cualquiera otra de afectividad análoga en virtud del principio de no discriminación, ¿por qué no hacerla extensiva también a otras relaciones de convivencia, como puede ser la fraternal o la de simple amistad, que sin tener un componente sexual puede resultar de mayor contenido afectivo? Seguramente el legislador en aras a presentar un tenor progresista del texto legal ha olvidado esas otras situaciones que no se ve porqué han de ser de peor condición.

5.2. CONTRATOS A LOS QUE AFECTA

La norma que prevé tiene por objeto:

— Los contratos celebrados por un sujeto que ulteriormente contrae matrimonio y fija el hogar familiar en la vivienda.

— Los contratos de arrendamiento suscritos por uno de los cónyuges, celebrado constante matrimonio sobre la vivienda que se configura como hogar familiar.

— Los contratos celebrados por una persona que, una vez suscrito el contrato, inicia una relación de pareja con otra de igual o distinto sexo, *more uxorio*.

— El contrato celebrado por uno de los miembros de una pareja que convive *more uxorio*, constante la convivencia.

En todos estos casos, si quien suscribe el contrato se coloca en alguna de las situaciones que previene este artículo 12, se ponen en marcha los mecanismos que establece (32).

5.3. MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE DESISTIMIENTO O DE NO RENOVACIÓN

En este sentido, respecto de la relación matrimonial habría que entender que exclusivamente, en virtud de los artículos 1.320 y 1.322, esos actos de disposición sobre su derecho arrendaticio serían anulables al no ser realizados con el consentimiento del cónyuge.

Y decimos que son actos de disposición sobre elementos que forman parte de su activo patrimonial: recuérdese que se desiste de un contrato en vigor y se manifiesta la voluntad de no renovar un contrato cuando la Ley le reconoce la posibilidad de que dure hasta cinco años.

(32) En el mismo sentido PRATS, págs. 117-118.

Por contra, para las relaciones de hecho sí que era necesario que se planteara una norma en estos términos porque era la única vía para poder proteger las expectativas de los mismos dado que los preceptos del Código Civil no son aplicables a tales supuestos de hecho.

La consecuencia jurídica que prevé la norma es la siguiente:

— En lugar de declarar anulable esa manifestación de voluntad del arrendatario reconoce en favor del cónyuge o compañero la posibilidad de que se produzca la prórroga del contrato (*ex arts. 9-10*) o se mantenga la vigencia del mismo a pesar del desistimiento del arrendatario.

En estos supuestos sale de la posición arrendaticia el cónyuge o compañero que manifestó su voluntad, pero se reconoce el derecho del otro miembro de la pareja a incorporarse como parte en la relación contractual. Es decir, el efecto que se produce es la subrogación en la posición arrendaticia (33).

Claro está, esa subrogación necesitará de la acreditación de la voluntad de la pareja de mantenerse en la posición contractual. Por ello:

— El arrendador, si quiere, puede requerir al no titular para que manifieste su voluntad. En esta hipótesis se marca un plazo perentorio de quince días para que manifieste el no titular su voluntad. Si no contesta, se entenderá extinguido el contrato merced a la negativa del titular y al silencio del no titular. Y como sanción establece que el no titular que no manifiesta su intención deberá pagar la renta hasta la extinción del contrato.

— El arrendador, si no lo considera necesario, no requerirá al no titular y puede mantenerse esa situación fáctica. En tal caso, existe una presunción de mantenimiento de la relación arrendaticia hasta el momento de extinción del contrato, quedando constituida así la relación contractual entre el arrendador y el que históricamente era no titular del arrendamiento.

5.4. ABANDONO DE LA VIVIENDA POR EL TITULAR

Nos enfrentamos ante una situación que el legislador ha definido con muy poca fortuna.

Sabemos que jurídicamente el abandono o *derelictio* supone la desaprehensión material de un objeto que determina la pérdida o extinción del derecho real o de la posesión que sobre el mismo se ostentaba.

(33) Es unánime la opinión doctrinal sobre el particular: PRATS: *Ob. cit.*, pág. 117; FUENTES: *Ob. cit.*, pág. 62; CARRASCO: *Ob. cit.*, págs. 272-273.

El derecho de arrendamiento no puede ser abandonado ya que no es un derecho real, sino que, simplemente, se puede desistir de él. Y no concurren los requisitos que el artículo 11 establece para poder ejercitar esa facultad de desistimiento (34).

Otros son menos extremos en su consideración de la norma legal, interpretando que la cuestión no reside tanto en el abandono material de la vivienda como en el del abandono de la familia (35), siendo lógico que se otorgue al abandonado la posibilidad de mantenerse en el hogar.

Por otra parte, el abandono de la vivienda, si se mantienen en ella su cónyuge e hijos no implica incurrir en la causa de desahucio del artículo 27.), por cuanto que el artículo 7 entiende que subsiste la situación de arrendamiento de la vivienda.

Seguramente el legislador lo que ha pretendido es completar la protección del cónyuge que permanece en el supuesto del abandono del hogar familiar en los supuestos que plantea el artículo 105 CC en los casos de separación de hecho consentida por ambos o impuesta por el abandonante, o incluso en la situación de abandono malicioso tipificado por el artículo 487.1 CP. En estas situaciones y ante la posibilidad de que el cónyuge titular del contrato sea quien abandona y deja de pagar la renta, lo cual daría pie al ejercicio de la acción de desahucio, prefiere la Ley prever desde un principio la eventualidad (36).

En esta hipótesis, entiende el legislador que debe mantenerse la situación contractual, protegiendo a través de la subrogación legal al cónyuge que sigue habitando la vivienda.

Ahora bien, exige una actividad por parte del cónyuge no titular que desee subrogarse: debe, en el plazo de un mes desde el abandono, comunicar por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse en la posición de arrendatario. De no hacer efectiva esa comunicación, el legislador presume que no está interesado en mantener la relación contractual y, por ello, entiende extinguido el contrato; con el agravante de sancionar a este no titular con la carga de pagar la renta de ese período de un mes que se mantuvo latente el contrato, esté o no utilizando efectivamente la vivienda (37).

PEDRO A. MUNAR BERNAT
Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de las Islas Baleares

(34) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 119. De todas formas, lo que no se puede olvidar es que es posible el abandono de la posesión en concepto de arrendamiento que implica la titularidad contractual.

(35) Cfr. LEÓN-CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 75.

(36) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 119.

(37) La situación creada por la norma ha sido objeto de duras críticas de los comentaristas: GUILARTE, pág. 153; LEÓN-CASTRO, pág. 75.