

II. DICTAMENES

Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley

JUAN B. JORDANO BAREA

ANTECEDENTES

La casa núm 9 de la calle de V., de Vigo, es propiedad en proindiviso y a partes iguales, de don F., don E. y don R. Y., quienes adquirieron la finca por compraventa del solar y, en parte, por herencia de su madre doña R. L.; y el edificio, mediante obra nueva que ellos efectuaron, según consta en la escritura otorgada el 11 de agosto de 1942.

La situación arrendaticia de la referida casa es la siguiente:

Sótano y bajo: Lo lleva en arrendamiento para local de negocio la Sociedad X.

Primer piso: Lo lleva en arrendamiento, por contrato de fecha 19 de mayo de 1942, don A. F., funcionario y vecino de Barcelona, quien tiene cuatro hijos, y por estar habitualmente deshabitado, se practicó requerimiento notarial por los condueños, mediante acta de 8 de octubre de 1959, para ser ocupado dicho piso por el hijo del condueño don F. Y., llamado don A., que piensa contraer en breve matrimonio.

Piso segundo: Lo lleva en arrendamiento don M. L., desde el día 2 de junio de 1942; lo ocupa con su esposa y siete hijos, para vivienda.

Piso tercero: Lo lleva en arrendamiento, desde el día 3 de junio de 1942, don F. P., quien vive con su esposa y cinco hijos.

Bohardilla: Parte de la misma está dedicada a vivienda de la portera, y el resto para guardar los inquilinos muebles y objetos.

Los contratos de arrendamiento de cada uno de los pisos están vencidos en cuanto a la duración pactada, y vienen prorrogándose en virtud de las disposiciones legales

Los condueños don E. y don R. Y. no tienen hijos, estando casado el primero. El condueño don F. Y. está casado y tiene tres hijos, llamados don A., don B. y don C., todos ellos solteros y de más de treinta años de edad; los dos primeros contraerán matrimonio en breve plazo y han de residir, como siempre, en la ciudad de Vigo, careciendo de vivienda propia: actualmente viven los tres con su padre.

Don F., don E. y don R. Y. como condueños de la casa número 9 de la calle V., de Vigo, desean hacer donación, a los hijos del primero, donando los pisos de la manera siguiente:

El primer piso a don A.

El segundo piso a don B.

Y el tercer piso a don C.

El objeto de la donación es que al ser dueños cada uno de los expresados, de los respectivos pisos donados, puedan ocuparlos en compañía de sus respectivas esposas, o como piso de soltero el tercero, que es el que corresponde a don C., hasta el día en que contraiga matrimonio (dentro de un par de años), y procurar así que don B. vaya a vivir al piso segundo de la casa núm. 9 de la calle de V., ya que de otra forma, con arreglo al artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tendría que soportar la negativa de la prórroga don F. P., inquilino del piso tercero, padre de la novia de don B. precisamente es esto lo que se trata de evitar.

CONSULTA

Se desca conocer:

1. Si al formalizar en escritura pública la donación de los tres pisos de la manera que se expresa en los antecedentes, pueden, los respectivos donatarios, exigir y reclamar, mediante negativa de prórroga a los inquilinos que actualmente los ocupan, el piso a cada uno de ellos donado, con éxito probable de la acción que en su día se entable.

2. Si la negativa de prórroga de los contratos de arrendamiento, que ejercitase el condueño don F. Y., con el consentimiento de los demás condueños, pidiendo los pisos para los hijos que contraigan matrimonio, guardando el orden que determina el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tiene más probabilidades de éxito que la anterior (debe tenerse en cuenta que el ejercicio de esta acción es lo que se intenta evitar, porque el piso que a don B. le correspondería entonces es el tercero, que lleva en arrendamiento don F. P., dado el número de familiares de éste señor, no siendo conveniente, desde el punto de vista familiar, seguir este camino por ser una hija de él la futura esposa de don B.).

DICTAMEN

Para responder adecuadamente a las preguntas de la consulta, conviene antes analizar las posibilidades defensivas, de oposición y de reacción, que tendría el inquilino afectado por las donaciones proyectadas (es decir, don M. L., ocupante del piso 2.º de la casa a que este dictamen se refiere).

En principio, dos únicas posibilidades defensivas se le ofrecerían: invocar el abuso de derecho e impugnar como fraudulentas las donaciones que se llevaran a cabo.

Aunque ambas posibilidades defensivas están, en cierto modo, ligadas entre sí, vamos a examinarlas por separado, para mayor claridad.

I

¿ABUSO DE DERECHO?

Veamos la primera.

Según el artículo 9 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, «los Jueces y Tribunales desestimarán las pretensiones que ante ellos se formulen por demandante o demandado con manifiesto abuso de derecho». Y el Tri-

bunal Supremo, en sentencia de 14 de mayo de 1958, ha establecido que «la nueva legislación atribuye a los Tribunales como facultad extraordinaria la aplicación *de oficio*, y con independencia de las alegaciones que pudieran haber hecho los litigantes, de la doctrina del abuso de derecho».

El transcrito precepto (art. 9 L. A. U.), ha dado sanción legal en materia de arrendamientos urbanos a la teoría del abuso de derecho, reconocida anteriormente en nuestro ordenamiento por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, la cual estableció jurisprudencialmente lo siguiente.

«La doctrina moderna, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de humanización del Derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo; y, si bien existen discrepancias, teóricas y positivas, en orden a importantes puntos, entre ellos la construcción sistemática de la teoría en cuestión (al debatirse si se trata de una simple aplicación de la doctrina del acto ilícito, o de una teoría autónoma que opera dentro de una especie de zona intermedia, constituida por los actos cumplidos dentro de la esfera del derecho, pero mediante un abuso y engendrando una responsabilidad), así como también la extensión del principio prohibitivo con relación a las diversas categorías de derechos subjetivos, y sobre todo, las condiciones o elementos, subjetivos u objetivos, que han de determinar la estimación del abuso, es lo cierto e innegable, de todos modos, que tales dudas o divergencias no pueden borrar la conformidad substancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) 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 el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).»

La importante sentencia que, en su parte más sustanciosa, acabamos de transcribir, sigue siendo todavía fundamental para la teoría del abuso del derecho. También lo es la reciente Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1959, que sentó la doctrina siguiente:

«Los derechos, productos sociales como el Derecho objetivo mismo, encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y finalidad, existen para ella y por ella, cada uno de ellos tiene su razón de ser y su misión, que cumplir, cada uno de ellos es dirigido hacia un fin y no atañe a su titular desviarlo del mismo, son elaborados por la Sociedad y no la Sociedad para ellos, su finalidad hállase fuera y por encima de ellos mismos; no son, pues, absolutos, sino relativos, deben ser ejercitados en el plano de la institución, conforme a su espíritu, sin que sigan una falsa dirección, y su titular que hubiera, pues, no usado, sino abusado, vería su responsabilidad comprometida hacia la víctima de esta desviación culpable; vanamente objetaría que ha ejercido un derecho, porque ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, y es precisamente esta falta lo que se llama abuso de derecho.

Un acto cumplido conforme a un derecho subjetivo determinado puede hallarse en conflicto con el Derecho objetivo con la 'juridicidad' siendo ese conflicto el que los romanos ya habían percibido y tradujeron con la conocida máxima *summum jus, summa injuria*, cuando por el contrario, en todo caso, es el móvil y es el fin lo que hay que considerar; el fin es susceptible de justificar a menudo los medios empleados, pero en ningún caso los medios justifican el fin, pues este implicaría trastocar la moral, implicaría a la vez una inmoralidad y un absurdo y un camino ampliamente abierto a la mala fe y al fraude, por lo que precisa que el Derecho permanezca siendo la ciencia definida en Roma por el juriconsulto Celso: *ars boni et aequi*, la escuela de la probidad y de la equidad.

La teoría del abuso del derecho es a la vez objetiva, si se hace referencia al criterio de la función social de cada uno de nuestros derechos: el acto realizado reviste un carácter abusivo cuando se aparta de esa función o se lleva contra la misma; desde este punto de vista, la teoría es de orden social, como el criterio mismo, que constituye su punto central; pero para llegar a esta conclusión es necesario preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad; es necesario establecer sea por que ha actuado, sea cómo y si ha obedecido a un motivo legítimo, es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista y en esta medida la teoría del abuso adopta en sí un sentido, si no intencional, al menos subjetivo.

Siendo los derechos subjetivos relativos, han de ejercerse en función del fin por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución jurídica, lo que significa estar no frente a una mera teoría, sino ante un 'principio general de Derecho, impuesto por la juridicidad; sí, en efecto el derecho subjetivo es un poder jurídico atribuido a una voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos, si esos intereses tutelados por el Derecho objetivo son de esa especie, si la norma legal, el Derecho, tiende hacia la consecución de un fin, que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz social, y a tutelar los valores sin los

cuales esa convivencia queda lesionada, hay que concluir que los derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del Derecho.»

Las dos citadas sentencias de 14 de febrero de 1944 y 22 de septiembre de 1959, así como las de 5 y 24 de febrero de 1959, puntualizan certeramente los tres elementos o requisitos esenciales que integran el concepto del abuso de derecho:

1.º Uso de un derecho, objetiva o externamente legal (requisito común a todo ejercicio del derecho subjetivo).

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 el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Pues bien, en nuestro caso faltaría, por de pronto, el segundo de los indicados requisitos o elementos esenciales del concepto del abuso de derecho, porque el interés del inquilino del piso 2.º, don M. L., está ya protegido por una específica prerrogativa jurídica: la del artículo 54, párrafo 2, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, según el cual cuando la transmisión de vivienda se cause por donación, deberá respetarse el orden de prelación que establece el artículo 64 de la propia Ley en cuantos casos hubiere en la finca pisos de características análogas, entendiéndose que la analogía existe cuando el inmueble contare con dos o más pisos de renta, superficie, orientación y altura semejantes o parecidas. Prerrogativa jurídica que sería respetada al donarse *simultáneamente* los tres pisos con que cuenta el inmueble. La Ley impone un orden de prelación (es decir, deberá donarse un piso antes que otro u otros) cuando la donación de los pisos no comprenda todos los que de iguales o parecidas características hubiere en la finca: pero donándose todos al mismo tiempo, el posible interés de los inquilinos queda ya suficientemente protegido.

Es muy digno de tenerse en cuenta el hecho de que, antes de que existiera la prerrogativa jurídica contenida en el artículo 54, párrafo 2, de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), el Tribunal Supremo no aplicó la doctrina del abuso de derecho en los casos resueltos por las sentencias de 22 de enero y 16 de octubre de 1958, pese a que los mismos versaban sobre hipótesis de donación de un piso, con objeto de que lo ocupara para su uso personal el donatario, sin observar el orden de preferencia del artículo 79 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos.

La primera de las sentencias citadas (la de 22 de enero de 1958) afirma que las normas de los artículos 68 y 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, no funcionan en el caso debatido «porque el que ejercita la acción es el dueño del piso que lo adquirió por donación que le hiciera el padre, y todo cuanto se diga atendiendo a la situación del donante aquí no rige».

Por su parte, la sentencia de 16 de octubre de 1958 indica claramente que el arrendador, aunque está obligado a no infringir un orden de preferencia o prelación entre los pisos de los que es propietario cuando se opone a la prórroga por necesidad de ocupación de la vivienda, puede disponer

libremente por donación de cualquiera de las viviendas, aunque sea con objeto de que la ocupe para su uso personal el donatario. Textualmente, afirma esta sentencia que «el artículo 79 de la Ley anterior de Arrendamientos Urbanos no impone ninguna limitación ni condición a las donaciones de vivienda para su validez y eficacia».

Aunque hoy, vigente la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, los casos contemplados por esas dos sentencias del Tribunal Supremo serían resueitos de otro modo, dado el texto del actual artículo 54, párrafo 2, de la nueva Ley, sin embargo, los hemos traído a colación porque vienen a confirmar la ausencia de abuso de derecho en nuestro caso, toda vez que en aquéllos había más pie para aplicar la teoría del abuso, al no existir entonces una *específica prerrogativa jurídica que protegiera el interés del inquilino afectado*, y tratarse de supuestos mucho más graves que el nuestro, en el que se va a enajenar por los condóminos no uno, sino, contemporáneamente, los tres pisos de que consta la finca.

Pero no sólo faltaría en nuestro supuesto el segundo requisito o elemento esencial de la noción del abuso de derecho; faltaría, además, el tercero (inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva u objetiva).

Por su importancia para enjuiciar con acierto este extremo, reseñaremos a continuación los antecedentes de hecho y la doctrina establecida por la curiosa e interesante sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1959, recaída en un caso que guarda cierta analogía con el que es objeto de nuestro dictamen.

En el caso entonces debatido toda la finca pertenecía proindiviso a dos hermanos, quienes otorgaron escritura pública, por la que se adjudicó al hermano y copropietario no litigante la totalidad de los pisos primero y tercero, permaneciendo el resto (o sea, el sótano, planta baja y pisos segundo y cuarto) en situación de indivisión. El actor ocupaba el piso cuarto y el demandado el piso segundo, donde tenía su bufete de abogado. El comunero litigante, en base a carecer de otra vivienda, requirió por acta notarial, con autorización de su copropietario, al inquilino del piso segundo para que lo desalojara por necesitarlo para un hijo suyo que iba a contraer matrimonio. Se interpuso la demanda habitando el nuevo matrimonio con sus padres en el referido piso cuarto. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado inferior por estimar que hubo abuso de derecho. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y casó la sentencia de la Audiencia, dejando subsistente la del Juzgado.

En el segundo considerando de la sentencia del Tribunal Supremo a que nos venimos refiriendo, se dice:

«La sentencia recurrida sienta la afirmación de no obstante la aparente formalidad de la escritura de adjudicación, ésta 'da a conocer la inexactitud de las manifestaciones de los que fueron otorgantes en orden a una causa supuesta de adjudicación', y sin entrar a conocer sobre lo inadecuado de aplicar a esta base de hecho la doctrina del abuso de derecho, se ha de decir que para que ésta sea procedente se requiere que la intención o propósito en la efectividad de un derecho sea sólo el de causar un daño a otro interés jurídico y que no resulte

provecho para el agente que lo ejecuta, y aunque estas circunstancias pueden apreciarse por deducción, han de desprenderse de hechos ciertos que con eficiencia o razón lógica lo revelen, pero no es dable ni se puede confiar al mero juicio o criterio subjetivo del que enjuicia, ni tampoco es bastante el que resulte detrimento para otro interés, pues en toda colisión de derechos ha de resultar perjudicado el no protegido, habiéndose de reconocer que ninguna de las circunstancias que acusa la sentencia como vicios del convenio de división, entre los comuneros del piso, acreditan que los otorgantes se propusieron privar al inquilino del derecho de prórroga arrendaticia, puesto que ni que el precio asignado se liquidara o compensara con créditos existentes entre los interesados por negocios en común, ni que no estuvieran terminadas las obras, tal como la escritura lo prevé, desvirtúan la veracidad del contenido del documento público, ni tampoco es signo que haga pensar en el propósito que se atribuye por la sentencia el que el piso primero, adjudicado al copropietario no litigante, esté ocupado en determinadas fechas por el inquilino y el resto por criados o personas a él allegadas, sino que, por el contrario, hay que reconocer que, a virtud de la división que a todo comunero compete, se produjo el estado de hecho y de derecho que faculta al actor para negar la prórroga arrendaticia, por necesitar la vivienda para un hijo suyo.»

Por consiguiente, en esa ocasión, el Tribunal Supremo estimó que no hubo abuso de derecho por faltar el tercero de sus requisitos o elementos esenciales. Con mayoría de razón faltaría dicho requisito en nuestro caso, sobre todo si—como aconsejamos vivamente— se realizan por los condóminos simultáneamente las donaciones de los tres pisos que tiene el inmueble «por razón de matrimonio» (arts. 1.327 y siguientes del Código civil) de los tres hijos de don F. Y., actuando los matrimonios proyectados como concausa de las donaciones (*donationes ob causam*), que indique claramente la función o el fin que esas donaciones cumplen (ayudar a sostener las cargas de los futuros matrimonios), fin digno de protección y merecedor de tutela por parte del Derecho objetivo. Siendo los donantes padre y tíos (éstos sin hijos) de los donatarios, y jugando junto al *animus donandi* o mera liberalidad (*causa donationis*) la concausa de los futuros matrimonios, no se descubre la intención o propósito en la efectividad del derecho de propiedad adquirido (cfr. art. 69 de la L. A. U.) de causar un daño al inquilino afectado sin provecho para el agente, ni cabe deducir tampoco el *animus nocendi* o intención de perjudicar, con base en una presunción de hecho, ya que entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir no hay un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (art. 1.253 del Código civil). Simplemente habrá una colisión de derechos, de la que resulta detrimento para otro interés no protegido ni merecedor de protección.

II

¿FRAUDE A LA LEY?

Dijimos ya que la segunda posibilidad defensiva (fraude a la ley), que se ofrecería al inquilino afectado por las donaciones proyectadas, está en cierto modo ligada a la que acabamos de analizar (abuso de derecho).

En efecto, como resulta de la transcrita sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1959, la teoría del abuso de derecho está muy unida a la del fraude a la ley.

Según la vieja noción de Paulo (Dig., 1, 3, 29), *in fraudem legis facit qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*, es decir, actúa en fraude de la ley quien respetando las palabras de la ley, elude su sentido.

Modernamente, se ha definido el fraude como algo prohibido por el legislador que se busca conseguir mediante el uso de una norma jurídica creada para otros fines. Por el fraude se escapa al imperio de una norma, utilizando para ello, inadecuadamente, otra u otras normas. En el fraude hay un mal uso del Derecho objetivo, utilizándose de modo torcido sus normas. Hay uno o varios actos productores de un resultado contrario a una ley; que aparece amparado también en otra disposición, dada en verdad con una finalidad diferente. Hay, pues, una «ley defraudada» y una «ley de cobertura». Mas si ésta tiene como finalidad auténtica la de proteger o amparar el acto o actos realizados, no hay fraude a la ley.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido la noción técnico-jurídica moderna del fraude, negando validez al acto que implique fraude a la ley (sentencias de 22 de marzo de 1928, 8 de abril de 1942, 22 de enero y 27 de noviembre de 1947 y 6 de abril de 1949, entre otras muchas). Según la sentencia citada de 8 de abril de 1942, el fraude a la ley «se comete cuando se hace lo que la ley no quiere, aunque expresamente no lo prohíba».

En materia de arrendamientos urbanos, la jurisprudencia sobre el fraude a la ley es también copiosa, habiendo elaborado una doctrina extensiva de la literalidad de la norma jurídica, legitimada por la necesidad de reprimir o prevenir la *fraus legis*, cuando ésta queda patentizada por maniobras reveladoras de manifiesta confabulación en cuanto, con merma de los derechos del inquilino, no parte en el contrato o contratos realizados, los autores de éstos configuran la materia objeto de los mismos amoldándola premeditadamente a la forma indispensable y precisa para extraerlos de las limitaciones que la norma impone. Pero tal doctrina—según la misma jurisprudencia—es inaplicable cuando los actos no sólo autorizan a entender la inexistencia de confabulación, sino que la obstan y excluyen (vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1959), cual sucede en nuestro caso, donde faltaría además una «ley defraudada» (como tal, no cabe considerar la norma del art. 54, párrafo 2, de la L. A. U., siempre que los tres pisos se donen al mismo tiempo o bien de una manera sucesiva, pero guardando en las donaciones el orden de prelación del art. 64 de la misma Ley), y no podría pobrarse el *animus nocendi vel decipiendi (consilium fraudis)*, que si bien—según parte de la doctrina—no es elemento constitutivo del fraude, es con todo un dato muy significativo para caracterizar el acto de anómalo.

Para que prospere el fraude de ley se precisa una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, viole el contenido ético del precepto legal (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1957). Pero en nuestro caso, aparte de que no hay precepto legal defraudado o violado, la norma legal que ampara las proyectadas donaciones tiene la específica finalidad

de protegerlas. Los actos considerados constituyen el supuesto normal de aplicación de los artículos 1.327 y siguientes del Código civil, no produciéndose por circunstancias anómalas o sospechosas de cierto matiz antijurídico o contrario a la ética. El fondo moral de toda donación por razón de matrimonio es innegable. Por ello son merecedoras de toda protección por parte del ordenamiento jurídico (cfr. arts. 1.329, 1.332, 1.333 y 1.415, párrafo 1.º, en relación con el art. 1.409 del Código civil), no siendo incluso necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones (art. 1.330 del Código civil): e donatario se encuentra automáticamente favorecido por la atribución patrimonial a él deferida; después, puede ejercitar el derecho adquirido en la forma que más convenga a sus intereses (art. 69 de la L. A. U.).

A la vista de todo lo que dejamos escrito, parece que la posibilidad de reacción del inquilino afectado por las donaciones proyectadas, mediante su impugnación como realizadas *in fraudem legis*, no tendría éxito. Mucho menos lo tendría una impugnación de las referidas donaciones por simulación absoluta, alegando que son inexistentes, irreales o no seriamente queridas, hechas con la exclusiva finalidad ilícita, atípica y no negocial de perjudicar a don M. L. (*animus decipiendi vel fraudandi*), puesto que la existencia, realidad, seriedad y licitud de las donaciones por razón de matrimonio, del padre a los hijos y de los tíos sin descendencia a los sobrinos, es incontestable.

Por otro lado, esa impugnación no se podría llevar a cabo por vía de reconvencción en el mismo juicio especial previsto por la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 122 y 125), no sólo porque el inquilino demandado tendría que reconvenir o demandar a su vez a todos los donantes y donatarios que no sean parte en dicho pleito, sino también por razón de la materia litigiosa, que sería propia de un juicio declarativo ordinario (arts. 128 y 151 de la L. A. U., y repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo que sustrae del juicio especial arrendaticio las cuestiones «complejas», cual sería la de nuestro caso).

El inquilino demandado tendría, pues, que impugnar independientemente las donaciones por fraude a la ley o simulación en juicio declarativo ordinario, y aunque lo promoviera antes de iniciarse el juicio especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no prosperaría una eventual excepción de litis pendencia (art. 533, n.º 5.º, de la L. E. C.), que fuera esgrimida con miras puramente dilatorias, pues, según la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1958, para que pueda producirse la referida excepción, se requiere además de que al tiempo de la constitución de la relación jurídica procesal exista otro pleito ya pendiente—que concurren otras circunstancias de carácter substancial, esto es, la identidad en el *objeto*, *sujetos* y *causa*, y las de orden procesal, o sea, que las resoluciones que pongan fin a los dos pleitos han de tener el carácter de *definitivas*. Lo que no se daría en nuestro supuesto, toda vez que el pleito declarativo versaría sobre distinto objeto (dominio) que el del arrendaticio (posesión); no coincidirían los sujetos de uno y otro; y, por añadidura, la resolución que en el arrendaticio se dicte no es «definitiva» (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1957).

De suerte que el inquilino afectado por las donaciones proyectadas no conseguiría siquiera prolongar la ocupación de la vivienda durante la tramitación del juicio declarativo ordinario que, en su caso, promoviera. Y ya hemos dicho que su pretensión de fondo fracasaría, según parece, con toda probabilidad.

Para asegurar más el éxito de la acción que en su día interpongan los hijos de don F. Y., convendrá que—una vez hechas por los copropietarios las donaciones de cada uno de los pisos del edificio—don A., don B. y don C practiquen, los tres por separado y al mismo tiempo, el requerimiento notarial de denegación de prórroga, conforme al artículo 65 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (el requerimiento practicado el 8 de octubre de 1959 a don A., F., carecería ya de valor).

Aunque don C. no va a contraer inmediatamente matrimonio, ni es probable que lo contraiga dentro del año siguiente al requerimiento, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puntualizado que la necesidad surge desde el momento en que se pretende contraer matrimonio, aunque transcurrido un año desde el requerimiento, todavía no se haya contraído el enlace (vid. sentencias de 7 de febrero y 20 de octubre de 1953, 22 de enero y 15 de febrero de 1958). Las dudas que la norma contenida en el párrafo 2 del artículo 65 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos hubiera podido suscitar sobre la vigencia actual de la doctrina jurisprudencial aludida, se desvanecen ante sentencias, cual la de 1 de julio de 1959, en la que expresamente se niega que tal doctrina implicara violación de lo dispuesto en el artículo de referencia, que había sido citado como infringido en el recurso de injusticia notoria. Dicha reciente sentencia afirma que la necesidad surge desde que existe el estado formal y serio de contraer matrimonio, ya que es contrario a toda lógica esperar a su celebración, provocando una situación anómala, de no contar con hogar para su recogimiento.

Así, pues, basta con que concurren circunstancias que permitan calificar de verosímil, probable y cierto, dentro de la previsión lógica, el futuro matrimonio de don C. Lo que el artículo 63, párrafo 2, núm. 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice, para presumir la necesidad, es que la persona para la que se reclama la vivienda «contraiga matrimonio», no que «lo haya contraído» o que lo contraiga en el plazo de un año.

También convendrá, para asegurar el éxito de la acción a entablar, que los hijos de don F. Y., al contraer matrimonio, continúen habitando—como hasta ahora—con sus padres, absteniéndose de alquilar pisos para vivienda independiente en tanto que no adquieran firmeza las respectivas sentencias de desahucio, dado el criterio restrictivo que en este punto impera.

Aun cuando, para mayor seguridad todavía, cabría donar de una manera sucesiva o escalonada los tres pisos, guardando en las donaciones el orden de prelación establecido por el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de manera que en primer lugar se efectuara por los copropietarios del edificio la donación del piso primero a don A., en segundo lugar, la del piso tercero a don C., y en tercer lugar, la del piso segundo a don B., sin embargo, no creemos necesario seguir tan a la letra lo dispuesto en el artículo 54, párrafo 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, desde el momento en que si se hacen *simultáneamente* las donaciones de los tres únicos pisos

habitables de la casa, no tiene ya por qué entrar en juego el orden de prelación del artículo 64 citado.

Finalmente, de cara a las donaciones proyectadas, no existe el peligro del retracto de los inquilinos (arts. 47 y siguientes de la L. A. U.), toda vez que dicho derecho únicamente se da en las hipótesis de compraventa, dación en pago y adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, pero no en la donación, a menos que ésta sea simulada y encubra, en realidad, una venta, cosa que en nuestro supuesto no acaece.

CONCLUSIONES

Primera.—Respondemos en sentido afirmativo a la primera pregunta de la consulta. El peligro de que se apreciara abuso de derecho o fraude a la ley, queda eliminado si las donaciones proyectadas las realizan los condóminos por razón de matrimonio de los donatarios y, una vez hechas, los tres hijos de don F. Y. practican por separado y al mismo tiempo el requerimiento, denegando la prórroga de los correspondientes contratos de arrendamiento, por necesitar para sí la respectiva vivienda, al tener proyectado matrimonio y deber residir en la misma localidad en que está situada la finca.

Segunda.—Por lo dicho en la conclusión primera, huelga ya afirmar que el ejercicio de la acción a que se refiere la segunda pregunta de la consulta, aunque ciertamente seguro, puede evitarse siguiendo el camino ya indicado, merced al cual se conseguirá prácticamente la finalidad familiar propuesta.

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