

O IMPAGO DO I.B.I. COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO ANTERIOR Á L.A.U. DE 1994: OS PROBLEMAS DA ENERVACIÓN

**(En torno á Sentencia da Audiencia Provincial da
Coruña de 22 de decembro de 1997)**

M^a Cruz Enjo Mallou*

Universidad de Santiago de Compostela

A presente sentenza ofrece, ó meu xuízo, unha magnífica ocasión para abrir unha reflexión sobre una cuestión de gran trascendencia práctica no eido dos arrendamentos, como é a posibilidade de que o impago do Imposto sobre Bens Inmóviles (en adiante, IBI) poida dar lugar á resolución do contrato de arrendamento a través do exercicio dunha acción de desafiuzamento.

A cuestión non suscita maiores problemas respecto dos contratos sometidos á LAU vixente, posto que o seu artigo 27.2 prevé de xeito expreso a posibilidade de exercita-la acción de desafiuzamento por impago da renda, cantidades asimiladas a esta ou aquelas que o arrendatario asumiu pagar, expresión esta última que pola súa xeneralidade permite acoller no seu seo calquera concepto do que o arrendatario se fixera cargo, como pode suceder co IBI.

Semellante amplitude supón unha innovación respecto da situación existente con anterioridade á entrada en vigor desta lei, na que rexía o artigo 114 da LAU 1964 que, en termos menos amplos falaba de “renda ou cantidades asimiladas”; pero, ¿ que ocorrerá con aqueles contratos que, como sucede no caso que aquí se plantexa, celebrados baixo o réxime da antiga

* Área de Dereito Civil

normativa subsisten trala entrada en vigor da actual lexislación?, ¿en que conceptos se pode amparar o arrendador que pretende desafiuzar ó arrendatario por falta de pago? Estes problemas, orixinados pola sucesión de normas xurídicas no tempo, xa foron previstos polo lexislador, que para evitar lagoas ou problemas relacionados co dereito intertemporal ideou toda unha serie de disposicións transitorias que ás veces resultan do máis complexo e escuro. Unha delas, a Disposición Transitoria terceira, no primeiro número do apartado A) sinala o réxime normativo aplicable ós arrendamentos de local de negocio celebrados antes do 9 de maio de 1985 que subsistan na data de entrada en vigor da vixente lei, dispoñendo que continuarán rexíndose polas normas contidas na LAU de 1964, a salvo as modificacións contidas na mesma disposición transitoria. Idéntico contido posúe a Disposición Transitoria segunda no número primeiro do apartado A, en relación cos contratos de arrendamento de vivenda celebrados con anterioridade ó 9 de maio de 1985. Dacordo con isto, semella claro que a lexislación aplicable nestes supostos é a LAU de 1964, debendo aternos ó seu artigo 114, xa mencionado.

Nembargantes, o tratamento xurisprudencial desta materia non se caracteriza precisamente pola homoxeneidade en canto a argumentacións e resultados acadados, podéndose atopar con certa facilidade sentencias que, resolvendo sobre a mesma cuestión chegan a resultados moi distintos, e incluso contrapostos. Nós trataremos de indaga-los motivos polos que se pode chegar a solucións tan dispares, expoñendo cada unha das tendencias que segue a xurisprudencia nunha linea vacilante, e analizando as argumentacións que caracterizan a cada unha delas.

Sen perxuízo de que adiquemos unha maior atención á análise desta cuestión, considero que non estaría de máis entrar noutros dous puntos que tamén foron fonte de controversias no caso obxeto de exame, como teremos ocasión de comprobar ó examina-lo contido da sentenza, co que o comentario quedará dividido, a efectos sistemáticos, en tres partes ben diferenciadas.

Así, como segundo punto do noso comentario abordaremo-la análise dunha cuestión que aínda que é netamente procesal tivo unha enorme repercusión no resultado do proceso: trátase de indagar no papel que xogará o xuíz na providencia de citación ó demandado como consecuencia da obriga legal que lle impón o art. 1563.3º de advertir ó arrendatario das posibilidades

de enervar así como os efectos procesuais que tal decisión conleva, e que na presente sentenza ocupan un importante lugar, o que non deixa de causarnos certa perplexidade, como teremos ocasión de explicar.

Na última parte do comentario, e de xeito máis secundario, falaremos dun tema, tamén trascendental na sentenza e que garda relación cunha innovación introducida pola actual LAU, a posibilidade de enerva-la acción de desafiuzamento consignando as cantidades nas que se sustenta a demanda. En efecto, o artigo 1563.2 LEC prevé como regra xeral tal posibilidade, establecendo acto seguido dúas excepcións: a existencia dunha enervación anterior ou dun requirimento de pago recibido polo arrendatario con catro meses de antelación á interposición da demanda. É lóxico pensar que o arrendador intentará por tódolos medios acreditar a concorrencia dalgunha desas circunstancias para impedi-la enervación, como ocorre no caso aquí comentado donde se alega a existencia dun escrito requirindo de pago, plantexándose como cuestión fundamental cáles han de se-los requisitos de forma e fondo para que un escrito poida merece-la consideración de requirimento que faga constancia.

Descendendo xa ó plano dos feitos, cómpre facer unha somera descrición do “iter” procedimental, que da comezo coa interposición dunha acción de desafiuzamento por falta de pago da suma correspondente ó IBI de 1996 con fundamento nas seguintes alegacións fácticas: 1) a celebración entre as partes dun contrato de arrendamento de local de negocio con data de 10 de xuño de 1953; 2) o impago da cuota do IBI correspondente á anualidade de 1996; 3) existencia dun requirimento de pago feito ó arrendatario por medio de escrito de 14 de novembro de 1996, documento no que figura o “recibín” de puño e letra do arrendatario.

Como fundamentos de dereito interesa destaca-la solicitude de aplicación analóxica do artigo 27.2 a) da LAU actual, mentres que co fin de evita- la enervación alega o actor o art. 1563.2 en canto contempla a existencia dun requirimento como medio de imposibilitala.

A primeira reacción do demandado é consignar “ad cautelam” a contía obxeto de reclamación e contestar alegando a excepción de falta de acción por considerar que o único precepto aplicable é o art. 114 da LAU de 1964

que só fala de renda ou cantidade asimilada, sin comprendese o IBI en ningún dos dous conceptos. Non obstante, toma a precaución de opoñerse á eficacia do requirimento para facer así posible a enervación da acción, relegando a tal escrito á categoría de simple comunicación da contía da débeda por carecer dos requisitos de fondo e forma para dar constancia do contido e da data de recepción do mesmo.

O xuíz de primeira instancia, se ben entende que en efecto o escrito non da constancia da data de recepción –que é a relevante a efectos do art. 1563.2 LEC- presume que o silencio do demandado actúa a modo de convalidación ou subsanación deste defecto, dando por válida como data de notificación a indicada na demanda, todo o cal conduce a rexeitar-la posibilidade de enervación. Polo que respecta ó IBI, sen adentrarse na cuestión da súa natureza ou non de renda ou cantidade asimilada opta por considerar, acudindo de novo á presunción, a non oposición do demandado como un asentimento tácito á reclamación, declarando así o desafiuzamento.

Apelada a sentenza polo demandado, que reitera as súas argumentacións, a Audiencia Provincial ven a confirma-la concepción do xuíz *a quo* acerca do impago do IBI como determinante do éxito da acción de desafiuzamento, para rematar, dun xeito sorprendente, revocando a sentenza de primeira instancia por motivos estritamente procesuais, admitindo a enervación levada a efecto polo demandado. Vexamo-lo seu razoamento, para o cal se fai imprescindible transcribir na súa literalidade tres considerandos da sentenza:

“PRIMERO.-Los contratos de arrendamiento de los locales de negocio objeto de litis fueron concertados con fechas 10 de junio de 1953 y 5 de agosto de 1957, y, por tanto, y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera apartado A) 1 de la Ley de 24 de noviembre de 1994, continuarán rigiéndose por las normas del Texto Refundido de la L.A.U. de 1964, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma; lo que implica que de conformidad con lo establecido en el apartado D) 9 de la mentada disposición en relación con el apartado C) 10.2 de la Disposición Transitoria Segunda, el arrendador podrá exigir del arrendatario el total importe de la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

SEGUNDO.- Dado que el nuevo artículo 1563 de la L.E.C. permite la enervación de las cantidades asimiladas u otras cuyo pago hubiera asumido

el arrendatario, que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 29/94 establece que el Título V será aplicable a todos los contratos y que el artículo 39.3 alude a los desahucios por falta de pago de las cantidades a que se refiera la causa primera del apartado 2 del artículo 27 de la citada Ley, procede estimar que el impago de la cuota del impuesto sobre Bienes inmuebles correspondiente a anualidades posteriores a la entrada en vigor de la ley puede sustentar una acción judicial de desahucio.

TERCERO.- Dados los términos en que está planteada la litis y el resultado de las pruebas practicadas, la pretensión de doña M.J.P.A. no puede prosperar dado que:

Si bien es cierto que la actora alega en el hecho quinto de la demanda que el arrendatario no puede ejercitar la enervación de la suma adeudada, por haber sido requerido de pago con cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda y no haber abonado las cantidades adeudadas al tiempo de su presentación, también es evidente que el juez "a quo" por providencia de 10 de abril de 1997 acuerda hacer saber al demandado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1563 de la L.E.C. podrá enervar la acción de desahucio si cumple lo preceptuado en el apartado primero de la referida disposición, que la mentada providencia fue notificada a la representación de la demandante, y que el interpelado, don S.I.P.G. consignó el 21 de abril de 1997 la cantidad de 160.035 pesetas, importe del impuesto sobre bienes inmuebles, lo que implica que la demandante, al no haber recurrido la citada resolución debe pechar con las consecuencias que conlleva el haber cumplido la contraparte con lo preceptuado en el artículo 1563.1 de la L.E.C.

Siendo principio indiscutible en materia de reputación probatoria que quién en juicio pretende hacer valer un derecho debe probar los hechos justificativos de su pretensión, es de significar que la actora no acredita cumplidamente la fecha en que fue requerido de pago el demandado, pues el hecho de que conste estampada una rúbrica y las palabras "recibida notificación", no es prueba de por sí suficiente para estimar que el requerimiento se practicó en la indicada fecha."

1. O I.B.I. COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO ANTERIOR Á L.A.U. ACTUAL.

A sentenza opta neste punto por adherirse a unha liña xurisprudencial que sostén, como xa tivemos oportunidade de ver, a procedencia do xuízo de desafuzamento por impago deste imposto incluso tratándose de contratos celebrados antes da entrada en vigor da actual LAU. Non obstante, temos que

advertir que xunto a esta corrente de pensamento érguese outra -avalada igualmente por certo número de sentencias- que rexeita taxantemente que tal imposto sirva de fundamento, neses contratos, dunha acción de desafuzamento, por resultar aplicable o art. 114 da LAU de 1964 e non o seu homólogo na actualidade (art. 27.2).

Á vista desta dualidade de opinións que se atopan en polos opostos poderíase dicir que a polémica está servida; é máis, indo un pouco máis lonxe cabería, tras un exame detido das sentencias que abordan o tema, concluí-la existencia non de dúas senon de tres doutrinas xurisprudenciais, cada unha fundada en distintos argumentos, como consecuencia da subdivisión que ó meu xuízo cabe facer da corrente favorable ó arrendador, xa que se acadan idénticos resultados -a posibilidade de desafuzamento- acudindo a dúas vías argumentais moi distintas.

Así as cousas, e para facilita-la claridade na exposición, procederemos a un tratamento individualizado de cada unha desas tres vertentes xurisprudenciais, analizando os argumentos en que se amparan.

1.-Unha primeira liña estaría conformada, ó meu xuízo, por unha serie de decisións xudiciais, na que incluíríamos a que da lugar a este comentario, que admiten a aplicación do artigo 27.2 da LAU actual as relacións arrendaticias xurdidas baixo o réxime anterior. Estas sentencias non acuden ó razoamento analóxico, porque se atoparían co artigo 2.3 C.c que establece como regra xeral a irretroactividade e, con carácter máis xenérico co artigo 9.3 da Constitución que prohibe expresamente a retroactividade das disposicións restrictivas de dereitos individuais -e o art. 27.2 restrinxo claramente os dereitos do arrendatario-. Pero entón, ¿cal é o razoamento que da pé a esta xurisprudencia para acudir a este precepto? A resposta contense nos considerandos da sentenza que transcribimos, onde se pode aprecia-la complexidade do mecanismo xurídico gracias ó cal se chega a ese resultado: primeiramente cítase a Disposición Transitoria sexta por canto remite ó Título V da lei actual que leva como rúbrica "Procesos arrendaticios"; no debandito Título ubícase o artigo 39, regulador do procedemento, que no seu apartado 3º de novo acude á técnica da remisión, esta vez ó xuízo de desafuzamento que a LEC contempla nos arts.1570 e ss., entre outras causas polo impago das cantidades previstas no polémico artigo 27.

O fio argumental utilizado ampárase dende o meu punto de vista nunha interpretación sistemática que pretende interrelacionar, gracias ó xogo que dan as Disposicións Transitorias, preceptos situados en seccións moi diversas, abusando quizais da técnica da remisión normativa e sacando as disposicións legais do seu contexto natural. É certo que a base dunha sucesión de remisións a remisións logra traerse a colación o tan repetido artigo, pero resulta máis difícil crer que o artigo 27 estivese incardinado nese lugar con fines tan estratéxicos. Máis ben semella que a súa inclusión no art. 39 obedece a razóns de comodidade, á intención de evitar repeticións innecesarias, e non á finalidade última de chegar de xeito tan rebuscado e indirecto a declarar a aplicación retroactiva do mencionado precepto, para o cal habería que atravesar -e antes descubrir- un auténtico labirinto de normas, crenza que se reforza tendo en conta que o lexislador podería ter acadado tal efecto por vías moito menos rebuscadas -para iso se fixeron as Disposicións Transitorias, que xa son por si mesmas complicadas dabondo-.

Resumindo, é certo que aferrándose á literalidade mesma das disposicións legais, e escondéndose no complexo entramado de remisións que contén a LAU e especialmente nas Disposicións Transitorias, pode acadarse, aínda que dun xeito un tanto artificioso ó meu modo de ver, relacionar un precepto orientado a situacións xurdidas trala entrada en vigor da lei con situacións sometidas ó réxime anterior para alegar un efecto de retroactividade non previsto expresamente pola norma. Pero na miña opinión e acollendo criterios de interpretación teleolóxica que indaguen no espírito da lei, non estaba na mente do lexislador esa intencionalidade, senón que simplemente penso que cando na Disposición Transitoria 6^a remite ó Título V, faíno exclusivamente a efectos procesuais, co fin de extende-la aplicación das normas de procedemento que rexen na LAU do 94 ós conflitos que aparezan con relación a contratos sometidos á LAU de 1964, pero sin intención de introducir variacións de carácter sustantivo, como ocorrería de admiti-la aplicación retroactiva do art. 27.2 en detrimento do art. 114 da lei anterior, que como dixemos ten un contido máis reducido e favorecedor para o arrendatario.

Como conclusión, e partindo de que a ubicación do discutido artigo nesa sede é meramente circunstancial, sen pretensións de impoñe-lo seu contido material sobre a lexislación anterior, parece que non é moi viable

acudir a esta liña de interpretación para pretender beneficiarse da aplicación retroactiva do precepto que estende os motivos de desafuzamento, e digo isto porque aínda que efectivamente existen casos, como o presente, nos que tal tese terá éxito, ó día de hoxe son maioría as sentencias que para acadar idéntico resultado prefiren optar por unha vía alternativa, e non carente en principio de fundamento, que é a que nos dispoñemos a tratar a continuación.

2-. Como xa indicamos, existe unha segunda corrente xurisprudencial que chega á mesma solución que a anterior, só que rexeitando dende o primeiro momento o encaixe desta situación no art. 27, o que na miña opinión lle otorga maior coherencia ó seu razoamento; en efecto, dacordo con esta teoría non se precisan máis remisións que a que fai a Disposición Transitoria 3ª, ó dispoñer como réxime normativo aplicable ós contratos de arrendamento de local de negocio celebrados antes do 9 de maio de 1985 que subsitan na data de entrada en vigor da lei, o que xa os rexía ata ese momento, isto é, o texto refundido la LAU de 1964, salvando as modificacións contidas nos apartados seguintes de tal disposición transitoria. Dende o meu punto de vista, e como crítica á anterior tendencia, esta última expresión daría pé ó lexislador para ordear neste lugar os efectos retroactivos do art.27.2 ou a inaplicación do art. 114 da LAU 1964, cousa que non fixo, posto que nos apartados seguintes omite calquera referencia sobre este punto en concreto.

Así, seguindo fielmente as instrucións da norma de dereito transitorio, conclúese a pertinencia de aplica-lo art. 114, apartado primeiro, segundo o cal “el contrato de arrendamiento urbano... podrá resolverse a instancia del arrendador por ...la falta de pago de la renta o de las cantidades que a ésta se asimilan”. Pero de novo xurde unha cuestión que nos causa incertidume ¿qué ha de entenderse por *cantidades asimiladas á renda?*; ¿atópase o I.B.I. comprendido en tal concepto? A aclarar isto adica a Sentencia da Audiencia Provincial de Baleares do 30 de outubro de 1997 (AC 1997/2073) o seu considerando sexto, aproveitando a ocasión para someter a crítica outras opinións xurisprudenciais sobre os conceptos que cabe incluír nesta expresión, por todo o cal considero que merece a pena reproducir aquí as palabras utilizadas nesta resolución, que di así:

“En cuanto a si el Impuesto sobre los Bienes Inmuebles es cantidad asimilada a la renta a los efectos de que su impago dé lugar al desahucio, esta

Sala es concedora de las posturas doctrinales, e incluso de algunas Audiencias Provinciales, que son contrarias a tal posibilidad.

Dicha tesis, que es la que sostiene la apelante, se funda en que, siendo el contrato de arrendamiento anterior al 9 de mayo de 1985, resulta de aplicación la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964, excepto en aquellos concretos extremos regulados en el régimen transitorio de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Por ello, y al no contener la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 un precepto idéntico al 27.2º.a) de la de 1994 que extiende la acción de desahucio a la falta de pago de cualquiera de las cantidades cuyo pago corresponde al arrendatario, habremos de estar a lo dispuesto en la causa 1ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 en el que se limita la resolución contractual por impago al que lo sea de la renta o de las cantidades que a ésta se asimilan, concepto este último que debe entenderse por referencia al artículo 95 del texto refundido de la derogada Ley, esto es al coste de los servicios y suministros subsistentes en el momento en que comenzó a regir dicha Ley.

Sin embargo esta solución se basa en un concepto reduccionista de la expresión cantidades asimiladas a la renta utilizada en el artículo 114.1º de la LAU de 1964 que, a juicio de esta Sala carece de base legal en el propio texto derogado.

En efecto, si el legislador de 1964 hubiera querido limitar la resolución por impago de cantidades a las rentas y a los costes de servicios y suministros del artículo 95 de la derogada LAU así lo hubiese hecho constar. Más bien parece que el sentido de la norma es que pueda instarse la resolución de la relación locativa en el supuesto de que el arrendatario no satisficiera las sumas que, según Ley, venía obligado a abonar, tales como las cantidades a las que se refieren los incrementos de los artículos 60, 99, 102, 108 y 112 del Texto Refundido de 1964.

Por ello, cuando en virtud de disposición legal, en este caso la de la disposición transitoria segunda 10.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 noviembre 1994, se impone al arrendatario la obligación de abonar determinadas cantidades, su impago puede dar lugar al desahucio en virtud de lo establecido en el artículo 114.1º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 diciembre 1964, y sin necesidad de acudir al artículo 27.2 a) de la Ley actualmente vigente.”

Pola nosa parte, non deixa de sorprendernos a mención que se fai ó apartado 10.1º da Disposición Transitoria segunda -recurso utilizado noutras sentencias semellantes- como apoio legal que implícitamente, segundo este sector xurisprudencial, avala a consideración do impago do IBI como causa de resolución do contrato locativo. Examinado ese precepto, chegamos á

conclusión de que non di outra cousa que o que pretende dicir, isto é, que para as anualidades do contrato iniciadas trala entrada en vigor la nova lei, o arrendador disporá, entre outros, do dereito de esixir ó arrendatario o importe total da cuota do IBI que corresponda ó inmovible arrendado, sen que iso leve en absoluto, ó meu xuízo, a considerar que o seu impago sexa motivo de resolución do contrato. O único que se concede é a posibilidade de repercusión total da cuota do imposto como unha innovación, posto que anteriormente o texto articulado da LAU de 1964 permitía no seu art. 99.1º e 3º a repercusión de aumentos de contribución nos casos que mencionaba para as vivendas arrendadas antes da entrada en vigor do referido texto articulado, mentras que na nova lei marca en cambio a posibilidade de repercusión íntegra do imposto (antiga contribución urbana).

A afirmación anterior leva aparelado tamén o fracaso doutra argumentación asumida por esta xurisprudencia; en efecto, mantense que debe rexeitarse unha interpretación reduccionista do concepto “cantidades asimiladas á renda” do art. 114.1, que debe abarcar toda unha serie de cantidades ás que fan referencia, entre outros, o artigo 99, que prevé a facultade do arrendador de eleva-la renda por dez causas, aínda que a que a nós nos interesa é a 1ª: “Por creación o elevación de impuestos o arbitrios por el Estado, Provincia o Municipio que graven directamente la propiedad urbana”. Á vista deste texto, a xurisprudencia da por sentado que ó se-la creación ou elevación dun tributo causa de elevación da renda, evidentemente merece a consideración de cantidade asimilada á mesma. Nembargantes, parece pasar por alto unha circunstancia: o artigo refírese exclusivamente á renda de vivendas e locais de negocio mencionados no artigo 95, o que ven sendo dende sempre interpretado no senso de que a aplicabilidade do disposto no artigo 99 ven limitada ós contratos de arrendamento que subsitan ó día da entrada en vigor la lei de 1964, é dicir, a aquelas relacións arrendaticias xurdidas con anterioridad á LAU de 1964; polo tanto, respecto de contratos estipulados durante a vixencia de tal lei (e o contrato ó que se refire a sentencia antes transcrita data de 1980) non se pode pretende-la aplicación do artigo 99, que é precisamente o que pretende facer esta corrente xurisprudencial e algún sector doctrinal.

No mesmo caso se atopan os artigos 102 e 108 – alegados tamén na sentencia- que posibilitan ó arrendador esixi-los aumentos por custo dos

servicios e suministros e a compensación parcial das obras de reparación, respectivamente, posto que o circunscribe ós contratos a que se refire o artigo 95, de novo os estipulados antes da vixencia da LAU do 64. Con todo, non podemos descartar a inclusión das contías que menciona na esfera da expresión que agora nos ocupa, “cantidades asimiladas”, por contar co apoio normativo expreso do artigo 11.3 do apartado D da Disposición Transitoria 2^a que, aínda que regulando unha cuestión distinta da aquí tratada – a actualización da renda de arrendamento de vivenda anterior ó 9 de abril de 1995- sinala no seu párrafo segundo que se consideran cantidades asimiladas á renda a estes exclusivos efectos a repercusión ó arrendatario do custo dos serviciose suministros a que se refire o artigo 102 e 107 o Texto Refundido de 1964. É mais, superando aquel sector xurisprudencial que a sentenza crítica e que reducía o concepto de “cantidades asimiladas” exclusivamente ó custo dos serviciose e suministros de que falaba o anterior art. 95, estimamos que da expresión “a estes exclusivos efectos” utilizada no art. 11.3 da mentada disposición, se pode inferir que as cantidades que reflicten os arts. 102 e 107 non colman en absoluto as aspiracións que o lexislador tiña ó referirse a “cantidades asimiladas á renda”, podendo entenderse incluídas neste ámbito -ademais das xa aceptadas como *minimum*- contías tales como os serviciose individualizados por aparatos contadores, os gastos xerais do inmovible, a fianza etc., pero de ningún xeito cabe considerar de xeito xeneralizado e sen matizar, o IBI como unha cantidade asimilada á renda para obte-lo desafiuamento do arrendatario.

O erro da tendencia aquí apuntada obedece precisamente a esa ausencia de matices que ó meu modo de ver se fan imprescindibles para dar coherencia a esta elaboración xurisprudencial; aténdonos ó tenor da lei non podemos negar que os conceptos que integran os distintos apartados do art. 99 se poden entender como cantidades asimiladas á renda, pero cunha precisión: só para os contratos subsistentes á entrada en vigor da LAU de 1964 (e a este respecto debemos ter en conta que o contrato ó que se refire a sentenza comentada data de 1953, polo que encaixaría nesta doutrina).

Por conseguinte esta dirección xurisprudencial, aínda que parcialmente válida para determinados contratos, non é susceptible de aplicación xeneralizada por canto deixa sen resposta aqueles litixios nos que os contratos non reúnen eses requisitos temporais tan precisos.

3.-Por último, as conclusións obtidas da crítica da corrente anterior, que como vemos non satisface totalmente (aínda que sexa máis coherente que a primeira) son as que nos levan a considerar como máis idónea a terceira postura xurisprudencial, que como xa se pode intuír, é partidaria da aplicación do artigo 114 da lei de 1964 ó suposto aquí analizado, aínda que dándolle unha interpretación máis moderada que se opón a desvirtua-lo seu senso da terminoloxía “cantidades asimiladas á renda” transformándoo nun “caixón de sastre”no que meter todos aqueles conceptos que non sexan estrictamente a renda, como pretendía facer a doutrina exposta máis arriba.

Os cimentos sobre os que se levantará esta terceira perspectiva apoiaranse así nas críticas efectuadas, ó meu ver con acerto, á segunda teoría, partido así igual que esta da non aplicación do artigo 27.2) da LAU vixente e recorrendo á causa 1ª do art. 114 da lexislación anterior, pero dándolle unha interpretación equilibrada que, superando o mínimo consignado de xeito orientativo no mencionado art. 11.3, non leve a converti-la expresión nunha esponxa que absorba de xeito indistinto tódolos conceptos que se lle queiran atribuír, máis que nada para garanti-lo principio de seguridade xurídica, pois nese caso o arrendatario atoparíase nunha situación certamente inestable, pola indefinición e amplitude dos conceptos económicos que poden levar ó seu desahucio, e que el non coñecería con exactitude.

Para evitar este tipo de situacións faise imprescindible defini-los contornos que ha de te-lo concepto de “cantidades asimiladas”, tarefa que é levada a cabo, en especial a efectos de dilucida-la inclusión ou non do imposto na dicción do art. 114, a Sentencia da Audiencia Provincial de Segovia de 31 de decembro de 1996 (AC 1996/2352), que a continuación reproducimos por constituir un bo expoñente da corrente xurisprudencial que comentamos:

“Tratándose en este caso de un contrato de arrendamiento de vivienda celebrado antes de 9 de mayo de 1985, su régimen legal aplicable es, según la Disposición Transitoria 2ª de la Ley de Arrendamientos urbanos de 24 noviembre 1994, el de la LAU de 1964... como regla general, con las excepciones y modificaciones contenidas en la propia disposición transitoria segunda; entre ellas se encuentra ciertamente el derecho del arrendador de exigir del arrendatario el total importe de la cuota del Impuesto referido, pero no está la aplicación del nuevo artículo 27 de la nueva Ley que extiende la acción de desahucio a la falta de pago “de cualquiera de las cantidades cuyo pago

corresponde al arrendatario" (artículo 27.2 a). Precepto éste de la Ley de 1994 inaplicable por razón de lo dispuesto en su disposición transitoria 2.^a al presente contrato, que en tal extremo entre otros sigue rigiéndose por el artículo 114 cuyo número 1 restringe la resolución contractual por impago al que lo "sea de la renta o de las cantidades que a esta se asimilan"; y como quiera que esa repercusión del Impuesto no es renta ni es cantidad asimilable a ésta, la falta del pago del mismo por el arrendatario permitirá su reclamación por el arrendador pero no la resolución contractual por su falta de abono por parte del arrendatario".

No mesmo senso se pronuncia a Sentencia de 31 de outubro de 1997, da Audiencia Provincial de Cuenca, segundo a cal:

"... si tenemos en cuenta que si el art. 1563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite una interpretación extensiva de los medios de enervación, si el concepto de cantidades "asimiladas" a la renta debe interpretarse con carácter restrictivo, en la medida que, si conforme la Disposición Transitoria 2.^a, punto 10.2, se autoriza al arrendador a exigir del arrendatario "el total importe de lacuota del IBI" como ejercicio de una "facultad de repetición" que a aquél otorga la ley -lo que exige demostrar que el arrendador ha satisfecho previamente el impuesto-, al ser el tributo un concepto autónomo de la renta, dicho impuesto no puede formar parte de la "renta" y, por tanto, su impago no puede fundamentar una acción de tanta gravedad como es el desahucio, sino, a lo más, propiciar la acción de reclamación de su importe"

E idéntica opinión comparten tamén as Sentencias da A.P. de Burgos de 14 decembro 1995 e, máis recentemente, a Sentencia da A.P. de Córdoba de 12 xuño de 1997 (AC 1997/1338), resoluciónns que non fan máis que confirma-la nosa crenza de que non estamos ante unha concepción illada ou anecdótica senon máis ben o contrario, por atoparse arroupada por un número nada despreziable de Sentencias e avalada por argumentaciónns que respetan o espírito do lexislador e a coherencia que necesariamente ha de existir na relación entre ámbalas dúas leis, a derogada e a vixente, como consecuencia do enlace que levan a cabo o complexo, e ás veces escuro entramado de disposiciónns transitorias; e digo isto para botar man dun argumento que deriva da máis pura lóxica : se a expresión "cantidades asimiladas" incluíse todo o que pretendía a segunda tendencia xurisprudencial, carecería de senso que o lexislador engadise ás dúas expresiónns xa presentes no antigo art. 114 a terceira que aparece no art. 27, "pois caeríase nunha simple redundancia.

Á vista de todo isto, e concluíndo xa o tema, só nos queda dicir que atendendo a unha intrerpretación coherente de ámbalas dúas lexislacións, respetando a vontade do lexislador que sempre busca un equilibrio normativo, non nos quedará máis remedio que aceptar que non podemos pretender otorgar efectos retroactivos a unha disposición que perxudica seriamente ó arrendatario, polo que, ante unha pretensión de aplicación retroactiva do art. 27.2 o idóneo ó meu xeito de ver é desestimar directamente a demanda e non dar unha interpretación forzada ós preceptos no sentido que máis conveña ós intereses do arrendador.

Respecto das dúas últimas opinións xurisprudenciais, cabería resaltar de novo a limitada aplicabilidade da segunda polo estricto marco temporal no que se pode mover, e destacar por último as virtudes da terceira dirección por canto intenta dar unha interpretación coherente e equilibrada a unha cuestión, como tivemos ocasión de comprobar, sobre a que o texto da lei locativa non aporta demasiada luz.

2.- A ENERVACIÓN DA ACCIÓN DE DESAHUCIO

A pesar de que tanto o xuíz *a quo* como a sentenza que resolve a apelación consideran o impago do IBI como motivo suficiente en orden á prosperabilidade da acción de desafiuzamento, independentemente das consideracións vertidas a estes efectos no epígrafe anterior, o certo é que esta grave consecuencia pode ser contrarrestada polo arrendatario enervando a acción a través do pago ou consignación das cantidades adeudadas.

Tal posibilidade xa aparecía prevista no art. 147 do Texto Refundido de 1964 a modo de beneficio para o arrendatario, e recóllese na actualidade no art. 1563 LEC, como consecuencia da remodelación operada pola Disposición Adicional 5ª da lei locativa vixente, que introduce significativas modificacións nesta figura, dotándoa dun maior rigorismo que, coa finalidade de evitar fraudes, limita as posibilidades de enervación do arrendatario; polo tanto, e á vista da data de celebración do contrato no presente caso -1953- non resulta supérfluo preguntarse conforme a que normativa debe examinarse a facultade enervatoria, xa que as posibilidades de éxito do arrendatario quedan máis condicionadas coa nova regulación, estando pacificamente

aceptado, á vista das disposicións da lexislación vixente que haberá que estar á nova configuración otorgada á enervación polo art. 1563 LEC.

Dito isto, cómpre agora esclarecer en que supostos poderá o arrendatario excluí-lo efecto da acción de desafiuzamento mediante a enervación, cuestión que atopa unha fácil resposta acudindo ó art. 1563.1º: “El desahucio... podrá ser enervado por el arrendatario si en algún momento anterior al señalado para la celebración del juicio, paga al actor o pone a su disposición en el Juzgado o notarialmente el importe de las cantidades en cuya ineffectividad se sustente la demanda y el de las que en dicho instante adeude”.

Da lectura deste precepto despréndese con toda claridade que a enervación se configura como a regra xeral; agora ben, como toda regra conta con excepcións – que un arrendador que se precie intentará alegar-, neste caso previstas de xeito expreso polo lexislador no número seguinte do mesmo artigo: “Esta enervación no tendrá lugar cuando se hubiera producido otra anteriormente, ni cuando el arrendador hubiese requerido, por cualquier medio que permita acreditar su constancia, de pago al arrendatario con cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda y éste no hubiese pagado las cantidades adeudadas al tiempo de dicha presentación”.

Chama a atención neste punto o notable endurecemento do réxime actual da enervación en contraste coa permisividade do anterior sistema co arrendatario, que se prestaba a abusos que a nova LAU quere erradicar.

Nembargantes debemos advertir que desta configuración rigorista non queda libre o arrendador, ó que se lle atribúe unha auténtica carga procesual, consistente no deber de expresar no seu escrito de demanda a concorrencia das circunstancias que poidan permitir ou non a enervación.

Esta obriga legal ten como complemento o deber imposto ó órgano xudicial de controlar *ex officio* o cumprimento da mesma polo demandante, deber que establece o art. 1563.3º nestes termos: “ Cuando ésta proceda, el Juzgado indicará en la citación el deber de pagar o de consignar el importe antes de la celebración del juicio”.

E se xa causa problemas a constatación da concorrencia das circunstancias que excepciónan o xogo da enervación, tantos ou máis causará na práctica o cumprimento riguroso destas dúas obrigas legais impostas a demandate e xuíz, para garanti-la seguridade xurídica na posición do demandado, que poderá así saber a que aterse.

Digo isto, porque como é sabido na realidade cotiá non é infrecuente atoparse con demandas e outros actos procesais que carecen de tódolos requisitos legalmente esixidos; en concreto, o problema sobre o que queremos reflexionar aquí céntrase na actitude que, segundo os termos nos que se expresa a lei, ha de adoptar o órgano xudicial na providencia na que se ordear citar ó demandado, pero non sen antes facer unha referencia á consecuencia do cumprimento ou non polo demandante da carga procesual que en relación coa demanda lle impón o art. 1562.3º. Examinemos cada un destes problemas separadamente.

a) Requisitos da demanda.

Dacordo co disposto no art. 1563.3º deberán indicarse *en todo caso* no escrito de demanda as circunstancias concorrentes que poidan permitir ou non a enervación. A expresión que encabeza a frase dota de imperatividade a esta carga procesual que, por ser dereito coxente, precisa ser inexcusablemente cumprida polo demandante, como un requisito máis da demanda. Pero, ¿qué ocorre se o demandante omite consignar tales circunstancias?, ¿Cales serán as consecuencias procesuais desa omisión? O texto legal non ofrece respostas, silencio que como sempre dará lugar a diversas interpretacións.

En principio, podería pensarse que o silencio da demanda nese extremo débese á inexistencia de tales circunstancias, co cal nada habería que indicar, sen maiores consecuencias, razoamento o meu xuízo equivocado por canto do propio precepto se desprende a obriga de indica la existencia ou inexistencia das circunstancias concorrentes que “ poidan permitir ou non a enervación”. Por conseguinte, partiremos de que incluso a non concorrencia das mesmas ha de facerse constar na demanda, iso sí, sen esixencias probatorias no caso de non concorreren as debanditas circunstancias, pois de todos é sabida a dificultade de acreditar un feito negativo; trátase

sinxelamente de que o actor informe de que, polo que el sabe, non se produciu ningún dos feitos que impiden a enervación.

Máis problemático resulta o suposto en que, xa sexa por impericia ou por calquera outro motivo, o demandante omita calquera referencia ás debanditas circunstancias cando na realidade sí se produciron. A maior parte da doutrina entende, ó meu xuízo razoablemente, que a reacción máis axeitada do xuíz sería ter por presentada a demanda a pesares do defecto procesual en que se incurriu, aínda que sen darlle curso, concedendo un prazo prudencial para que o actor subsane tal omisión, de acordo coa reiterada doutrina do Tribunal Constitucional interpretativa do art. 11.3 LOPJ en relación co art. 24 da Constitución que consagra o dereito á tutela xudicial efectiva. Idéntica solución cabería concluir cando, feita a indicación na demanda, non se aporten os documentos que a acrediten, porque a pesar de que a literalidade do precepto non contén tal esixencia, sempre é conveniente a acreditación documental na medida do posible.

Algún autor (1) vai máis alá e pregúntase que ocorre se o actor, a pesar de ser advertido do defecto, non procede á súa subsanación, entendendo que, intentada a enervación polo demandado, o actor poderá subsanar tal defecto formal mediante a oposición en forma á enervación acreditando no xuízo a efectiva concorrencia dalgún dos motivos do citado art. 1563.2^º; e chega a esa conclusión amparándose na imperatividade de este artigo que di “ esta enervación no tendrá lugar cuando...”.

Sen perxucio do improbable de tal actitude, debemos rexeitar esa opinión, porque se acudimos igualmente á interpretación textual veremos que a expresión utilizada “en todo caso” non deixa a menor dúbida acerca da obrigatoriedade de consignar tales circunstancias, do que se desprende que de non facelo no momento procesual oportuno – ó presenta-la demanda-preclúe o trámite para efectuar tal precisión, estando imposibilitado despois para opoñerse á enervación en base a unhas circunstancias que non se alegaron; e máis se temos en conta que, lonxe de aparelar a consecuencia radical de desestimación da demanda á súa omisión, disfrutou da posibilidade

(1) MÉNDEZ,R. e VILALTA,A.E., *Juicio de desahucio en arrendamientos urbanos*, Ed. Bosch, Barcelona 1998, páx. 31.

de subsanar tal descoido. Ó meu entender o proceso está conformado por unha sucesión ordeada de actos procesais, cada un coa súa función e uns cauces formais que hai que respetar, so pena de infrinxir un dereito de tanta trascendencia como o de de defensa do demandado, que non ten porque verse perxudicado sorprendentemente por unhas circunstancias que estaba no seu dereito a coñecer no momento procesual oportuno, para poder defenderse axeitadamente.

De tódolos xeitos, a actuación normal de calquer arrendador mínimamente diligente, será a de consignar no seu escrito de demanda as circunstancias que impedirán a enervación da acción, como efectivamente acontece no suposto examinado, trasladándose aquí o problema ó seguinte acto procesal que corresponderá ó xuíz quen, tras admiti-la demanda deberá facer chega-la correspondente citación ó demandado advertindo da posibilidade o non de enerva-la acción.

A complexidade deste tema ven dada pola diversidade de situacións que se poden producir na práctica, carecendo algunhas de regulación legal expresa, polo que merecen ser analizadas individualmente.

b) A providencia de citación ó demandado.

En efecto, unha vez admitida a demanda, sempre que cumpra coas esixencias que encerra o art. 1563.3º, continúa dicindo este que “ cuando ésta (a enervación) proceda, el juzgador indicará en la citación el deber de pagar o consignar el importe antes de la celebración del juicio”.

O párrafo transcrito, que da instrucións moi claras ó xuíz cando aprecie a procedencia de enervar, introdúcenos nembargantes, polo seu enunciado en senso positivo, nun novo dilema: cal debe se-la actuación do xuíz en caso de que considere que non cabe a enervación.

Se nos atemos á letra da lei, cando o demandante omitise calquera alusión ás circunstancias do art. 1563.2º ou admitise expresamente a posibilidade de enervación, o xulgador fará constar ese extremo na resolución convocando ás partes ó xuízo e na correspondente citación, indicando a facultade que ten o demandado de deixar sin efecto a acción se procede ó

pago ou consignación das cantidades debidas que serven de base á demanda –neste suposto, o importe do IBI-, entendendo a xurisprudencia, na miña opinión axeitadamente, que de non facelo xeraría indefensión, provocando a nulidade de pleno dereito do acto por vulneración dunha norma esencial do procedemento (SAP Cuenca 13 xuño 1996 e artigo 238.3 LOPJ en relación co artigo 240 LOPJ) (2).

Polo que respecta ás consecuencias da nulidade, cabe cita-la Sentencia da A.P. de Lleida de 19 maio 1995, que pola súa claridade non require de máis comentarios, pois sinala que “...lo decisivo fue que el Juzgado no indicó al inquilino el deber que tenía de pagar o consignar las rentas antes del juicio para enervar la acción... ese deber de información se extiende también , lógicamente, a la cantidad exacta en que se sustenta la demanda; y por tanto, habiéndose incumplido una norma de procedimiento que ha podido causar indefensión –art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, lo procedente es declarar enervada la acción en lugar de decretar la nulidad de actuaciones, con arreglo al derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24 de la Constitución. Por razones de economía procesal y porque, en cierto modo, el defecto quedó subsanado en el propio juicio y a través del requerimiento posterior que efectuó el Juzgado al arrendatario para que pagar o consignara las rentas en el plazo que el indicó, lo que así hizo”.

No mesmo senso se pronuncia a Sentencia de 14 setembro 1995 A.P. de Oviedo: “...ni la citación que se efectuó al demandado contiene advertencia alguna, y , en consecuencia, la omisión de estas prevenciones veda que pueda sancionarse la conducta del arrendatario, privando de eficacia enervatoria a la consignación efectuada, debindo declararse enervada la acción de desahucio”.

Pero o certo é que na maior parte das ocasións o demandante precavido consignará na súa demanda algunha das circunstancias que evitan a enervación, atopándose o xuíz cunha normativa orfa de solución para ese

(2) GORDILLO PELAEZ, “La enervación de la acción de desahucio”, *LA LEY* 1996, páx 1354 e ss. opina que a falla de advertencia por parte do xuíz provocaría indefensión ó arrendatario por hurtarlle a posibilidade de exercer unha facultade elemental en orden a paraliza-la pretensión contra él esgrimida.

suposto, na medida en que só se lle indica como actuar *cando a enervación proceda*; expresión que nunha interpretación esaxeradamente aferrada ó texto da lei podería levar a entender que só se obriga a tal control de oficio cando se omita calquer mención da existencia dunha enervación anterior ou un requirimento, segundo a opinión avalada por algún autor (3) que sostén que noutro caso carece de senso facer tal advertencia, pois non sería posible exercitar con éxito a facultade a que nos vimos referindo.

Nembargantes, nós non compartimos esa opinión, e o motivo desta discrepancia é que, ó noso entender non resulta para nada supérfluo facer referencia á existencia das circunstancias que se opoñen á enervación, posto que a finalidade última da norma é informar ó demandado das súas posibilidades de actuación, o que esixe previamente adoptar unha decisión que en todo caso debería ter carácter provisional, evitando caer no prexuzgamento da cuestión, provisionalidades coa que resultan incompatibles as afirmacións taxantes como a que este autor fai.

Á vista disto, e á luz do disposto no último párrafo do art. 1563 dúas cousas parecen quedar claras; por unha banda, é un dato innegable a existencia dun deber de información por parte do órgano xudicial acerca da conveniencia de consigna-las cantidades adeudadas cando non existan obstáculos á enervación; pero, por outro lado non podemos esquecer que a expresión "cando proceda" require a realización polo xuíz con carácter previo dun xuízo de valor sobre a procedencia ou non da enervación; se conclúe que procede a lei é clara pero, ¿e se aprecia que non cabe enervación, por presentarse algunha circunstancia que a impide? Tomada esta decisión, o xuzgador, que non ten o apoio de preceptos que de xeito expreso lle orienten no seu proceder, contará en principio coa opción de gardar silencio, actitude que para algún sector doctrinal, ó que nos adherimos, desembocaría nunha inseguridade xurídica que podería perxudicar seriamente ó arrendatario.

Unha segunda postura, ó meu xuízo a máis axustada ó espírito da lei, consistiría en cumprir co deber de información na providencia dun xeito neutro, evitando prexuzga-las cuestións, advertindo ó demandado sobre as súas posibilidades para que poida actuar en consecuencia. Mais tal

(3) GORDILLO PELÁEZ, "La enervación de la acción de desahucio" *LA LEY* 1996., páx.1357.

advertencia conleva obviamente a necesidade de emitir un auténtico xuízo de valor, ben en senso positivo ben negativo, pero inclinando a balanza - aínda que só provisionalmente e por esixencias do proceso- a favor dunha das partes.

Convén recalcar o risco que o xuíz debe asumir nesta tarefa de información, véndose na obriga de tomar unha decisión un tanto apresurada, decisión que lonxe de ser meramente formal afecta seriamente á cuestión debatida, determinando o resultado da acción de desafiuzamento, antes de contar cos mínimos elementos probatorios necesarios para realizar tal operación.

En efecto, non debemos esquecer que a advertencia sobre a posibilidade ou non de enervación lévase a cabo nunha resolución que *strictu sensu* debería limitarse á mera ordeación material do proceso (art. 245.1 a) LOPX), sen incidir no fondo, nun momento procesal -o da citación ó demandado- no que o decisor só conta coa versión - non sempre diáfana e imparcial- que o demandante aportou no escrito de demanda, na cal obviamente non debe apoiar exclusivamente a valoración que se lle esixe; así pois se atendemos ó panorama que se lle ofrece no intre de decidir algo trascendental, o que terá que facer *inaudita parte* e antes de chegar ó acto do xuízo no que se practicarán as probas pertinentes, estimo que a actuación do xuíz debería ser sumamente cautelosa, prescindindo de afirmacións taxantes nun momento no que todavía non conta con toda a información que lle permita ser imparcial, pese ó cal deberá apreciar- repito, só provisionalmente- as posibilidades de enervación do demandado para darlle marxe de reacción .

Visto isto, e partindo como presuposto do acontecido no caso aquí resolto, donde o actor descarta a enervación por existir un requirimento de pago, imaxinemos cales poden ser as posibilidades de actuación do órgano decisor, presupoñendo que goza de certo marxe de liberdade na súa decisión, sen estar suxeito a un automatismo absoluto, e reflexionando sobre a importancia que debe darse nun proceso a unha decisión tomada momento e nas circunstancias máis arriba apuntadas.

1.- O xuíz pode optar, como primeira hipótese, por apreciar, vistas as alegacións feitas polo actor, a eficacia do requerimento de pago para descar-

ta-la enervación. Nembargantes, trátase dunha decisión adoptada como xa advertimos *inaudita parte*, susceptible polo tanto de provocar indefensión no demandado, o cal podería ver unha base legal para a concesión de tal beneficio, e terprocedido a tal fin a facer en forma e tempo hábil a consignación en pago das cantidades debidas; obviamente, ante unha resolución que lle causa semellante perxuízo dispón da posibilidade de interpoñer un recurso de reposición contra esa providencia que lle nega o seu dereito sen oílo, cousa que na realidade práctica nunca fará por ter na súa man a posibilidade de opoñerse a tal medida no acto do xuízo, momento procesual idóneo para entrar na discusión de fondo aportando os medios de proba correspondentes que poden chegar a demostra-la incorrección da decisión provisionalmente adoptada polo xulgador; así, a título meramente exemplificativo podería acreditar no xuízo defectos formais no requirimento, a súa insuficiencia para dar constancia do contido ou da data -como finalmente se concluiu na sentenza que comentamos- etc.

Semella evidente que esta segunda vía será á que se acoda na práctica por resultar moito máis ventaxosa para o demandado, tanto pola súa comodidade (evítase ter que interpoñer un recurso que probablemente non cambiará nada dado o seu carácter non devolutivo nin suspensivo) como pola maior celeridade con que lle permitirá facer uso da súa estratexia defensiva , e todo iso sin merma nas súas facultades de defensa, que poderá utilizar no acto do xuízo coa mesma ou incluso maior eficacia que no recurso.

2.- Plantexémonos a continuación a situación que se produciu no caso examinado: pese a consigna-lo demandante a circunstancia do requirimento, o xuíz, tras realizar un xuízo de valor dá vía libre á enervación da acción.

Frente a este resultado adverso o demandante, ó igual que ocorrera co demandado na situación antes examinada, debería dispoñer de dúas alternativas: ou ben recorre-la providencia ou ben agardar ó acto do xuízo para opoñerse á enervación, intentando acreditar mediante as probas permitidas que o requirimento aportado reúne tóloos requisitos que a lei ordeia, intentando facer ver ó xulgador o inadecuado dunha decisión que se viu forzado a adoptar un tanto superficialmente.

No presente caso prodúcese exactamente isto: un demandante que aporta un requirimento e un órgano xudicial que non obstante indica na providencia a facultade de enervar, aínda que finalmente resolve na sentenza estima-lo desafuzamento; decisión que será revocada en apelación por detectar -das razóns falaremos despois- defectos que fan inoperante o requirimento no proceso, abrindo paso así á enervación.

Pero o aspecto máis interesante desta segunda sentenza radica no feito de que o Tribunal de apelación, quizais nun afán de reforza-la motivación da súa decisión, engade nun *obiter dicta* un novo argumento que apoia a conclusión final -a enervación- aínda que por motivos de índole estritamente procesal; e así estima procedente a enervación, non xa só polos defectos detectados no requirimento senon tamén como un perxuízo anudado á pasividade procesal do actor, que notificado da providencia na que se advertía ó demandado da posibilidade de enervar, abstense de recorrer unha resolución que lle perxudica, debendo aterse ás consecuencias de tal inactividade, conclusión que non deixa de causarnos certa perplexidade e que nos leva a suscitar dous tipos de consideracións de carácter puramente procesal pero de enorme repercusión sobre o fondo do asunto.

Por un lado, chámamo-la atención a falla de lóxica no tratamento dispensado a ámbalas dúas partes no proceso; así, non atopamos ningunha sentenza na que se atase ás mans ó demandado por non recorrer-la providencia que que lle prohibía enervar, concedéndolle polo tanto liberdade de optar por recorrer ou discutir no acto do xuízo, sen que a postura de non recorrer - que será a normal- se vexa como o incumprimento dunha obriga, senon sinxelamente como un beneficio que o proceso lle deu a posibilidade de usar pero que a parte preferiu non utilizar. Nembargantes, na Sentencia aquí comentada e de xeito sorprendente, privase ó demandante de acudir á segunda vía -seguir discutindo no acto do xuízo- por non recorrer-la providencia que permite a enervación, castigo ó meu ver demasiado esaxerado se pensamos que se está anudando un perxuízo de tal calibre a unha resolución interlocutoria que contén unha decisión na cal o seu carácter provisional se pon de manifesto ó comprobar que a conclusión da Sentencia de primeira instancia -aínda que será revocada- é que non cabe a enervación, polo que o mesmo xuíz que apreciou a posibilidade de enervar ó comezo do proceso cambia radicalmente de criterio na sentenza, tras unha valoración

probatoria que o leva ó convencemento do equivocado da súa primeira decisión.

Ademáis, mesmo dende un punto de vista procesual tal desigualdade entre o tratamento do actor -que debe recorrer- e do demandado -que pode pero non ten porque facelo- resulta inadmisíbel por vulnerar, ó meu xuízo, un dos principios inherentes á estrutura de todo proceso: o principio de igualdade de armas, que esixe garantir idénticas posibilidades de ataque e defensa a ámbalas dúas partes, é dicir, as mesmas posibilidades e cargas de alegación, proba e impugnación, sen permitir privilexios procesuais que, como neste caso, carezan de xustificación obxetiva e razoable.

Por outra banda, e sen perxuízo de que o pronunzamento desta sentenza resulte para os procesualistas técnicamente impecable, non podemos deixar de preguntarnos a donde pode levarnos esta tendencia propugnada de esixir tan rigurosamente o cumprimento de todos e cada un dos trámites procesuais de xeito tan mecánico e negando todo marxe de liberdade de actuación tanto ó xulgador como ás partes.

Para averigualo, podemos imaxinar como hipótese que o demandante recorre a providencia que concede a enervación; obviamente e dacordo co disposto no art. 376 LEC non caberá outro recurso máis que o de reposición, a interpoñer dentro do terceiro día, co cal se abrirá un incidente paralelamente ó xuízo de desafuzamento, pois non debemos esquecer que estamos ante un recurso non devolutivo nin suspensivo, que non impide por tanto que a providencia se leve a efecto, é dicir, a enervación da acción que a mesma concede.

Nunha situación así, e seguindo cunha visión crítica, diremos que a sumariedade do xuízo de desafuzamento, quedará un tanto desvirtuada pola apertura dun incidente que fará inevitable un retraso na resolución dun proceso inspirado no principio de celeridade, que se convertirá nunha utopía se temos presente que contra o auto resolutorio do recurso de reposición caberá aínda apelación (art. 381 LEC) a resolver conxuntamente coa apelación principal, podendo facernos unha idea máis clara se cabe das dilacións que pode sufrir un proceso que pretendía ser sumario si se opta indiscriminadamente por recorrer todas cantas resolucións xudiciais se dicten.

Con estas ideas non se pretende criticar en absoluto a corrección técnica da decisión adoptada na sentenza, que aínda que rigurosa non se pode calificar como incorrecta, senón simplemente abrir un paréntese para reflexionar sobre os pros e os contras que implica elevar ata límites insospeitados a rixidez a que se prestan as normas procesuais, que estimo poden admitir certa flexibilidade sempre que redunde en beneficio do proceso, o cal está imbuído de principios de tanta relevancia práctica como o de economía procesual ou o máis xenérico que consagra o dereito á tutela xudicial efectiva, principio este que no caso comentado podería quedar menoscabado por vetar ó demandante unha vía de defensa da súa pretensión.

Así que, ¿por que non permitir o demandante que non recorreu unha providencia, seguramente pensando que no acto do xuízo conseguiría facer cambiar un criterio xudicial que só provisionalmente lle perxudica, proseguir o seu camiño procesual ata acadar unha sentenza imparcial e definitiva? Ofrecendo esta alternativa -que sí se lle concede ó demandado- o proceso gañaría en axilidade e rapidez sen perder, dende o meu punto de vista un ápice en canto á posibilidade de consecución da xustiza material que pode e debería acadarse – sen necesidade de da-lo rodeo que implica o recurso-no curso normal do xuízo de desafiuzamento, ó que resultan extranas tantas dilacións probablemente inútiles.

Segundo o meu parecer, aparellar perxuizos de tal envergadura ó feito de non recorrer a aludida providencia resulta desproporcionado por varios motivos; en primeiro lugar por tratarse dunha resolución interlocutoria limitada á ordeación material do proceso, sen perxuizo de que poida conter auténticos xuizos de valor que afecten á cuestión debatida, non sendo a súa función poñer fin ó mesmo como sucede coa sentenza; e en relación con esta reflexión, estimo que atribuir semellantes efectos a unha providencia sería casi como outorgarlle forza de cousa xulgada, poñendo fin a un proceso sen contar cos elementos de xuízo necesarios, o cal non semella demasiado axeitado.

De calquera xeito se para algo serviu este comentario é para poñer en evidencia a difícil situación na que se atopa o xuíz nese momento procesal concreto, o da citación do demandado, como consecuencia das obrigas que a ley lle impón para protexer ó arrendatario, momento no que deberá tomar

unha decisión especialmente delicada en supostos como o aquí estudiado, en que carece de instrucións legais expresas.

Non obstante, unha solución equilibrada podería ser a que suxire ALONSO CUEVILLAS, con acertado criterio ó meu entender, sinalando que o xuíz, cando o demandante tivese solicitado expresamente que non se permita a enervación da acción, debería advertir de tal circunstancia ó demandado, indicando a conveniencia de consignar prudencialmente a cantidade debida para o caso de que demostre que cabía enervación. Para min, estas últimas palabras constitúen a clave do problema e tamén da solución: é ó demandado a quen corresponde rebati-las alegacións do actor, demostrando que sí cabe enervación, non sendo esta a función do xuíz que, non obstante a súa obriga de advertir na providencia de citación sobre a enervación, non deberá tomar unha decisión definitiva ata o momento da sentenza, resolución que se a parte a quen perxudica non recorre sí levará aparelado sen dúbida algunha a confirmación do seu contido, que gañará así firmeza.

3.- OS REQUISITOS DO REQUIRIMENTO

Outro dos temas que toca a sentenza comentada é o dos requisitos que ha de reuni-lo requirimento que o actor, catro meses antes da interposición da demanda de desafuizamento, efectúa para intentar asegurar o éxito da súa pretensión paralizando a enervación, esixíndolle o art. 1563.2 facelo chegar “por calquera medio que permita acredita-la súa constancia”.

O debate neste extremo non se refire á existencia do escrito, que está fóra de dúbida, senón que se cingue a dilucidar se a súa natureza se adecúa ás esixencias que encerra o precepto en cuestión.

Por suposto, mentres que o actor non dubida en calificar tal escrito como “requirimento fehaciente”, o demandado empeñarase en desmentir tal afirmación opoñendo que se trata dunha simple comunicación da contía do IBI, amparándose en dous motivos: que malamente se pode falar de requirimento de pago canda a débeda aínda non naceu e, como segunda estratexia de defensa – a que a nós nos interesa nestre intre- expoñendo que

tal escrito carece dos requisitos de forma e fondo que precisa un requirimento de pago.

Á vista das alegacións, o xuíz *a quo* parece resolver nun principio a favor do arrendatario, ó non apreciar acreditada a data de recepción por éste do escrito(só consta a data de emisión), dando a continuación un xiro sorprendente -e ó meu xuízo desacertado- ó identificar por vía de presunción o silencio da defensa neste punto como un recoñecemento da certeza de tal data como a de recepción; criterio erróneo que será oportunamente corrixido polo Tribunal *ad quem* no seguinte senso:

“Siendo principio indiscutible en materia de reputación probatoria que quíen en juicio pretende hacer valer un derecho debe probar los hechos justificativos de su pretensión, es de significar que la actora no acredita cumplidamente la fecha en que fue requerido de pago el demandado, pues el hecho de que al pie del escrito de 14 de noviembre de 1996 conste estampada una rúbrica las palabras “recibida notificación”, no es prueba de por sí suficiente para estimar que el requerimiento se practicó en la indicada fecha.”.

Desta maneira, a controversia xira en torno á cuestión de cales son os medios que permitan acredita-la constancia do requirimento de pago na súa dobre vertente: o contido do mesmo e a data, que resulta fundamental a efectos do cómputo do prazo de catro meses que a le esixe, debendo atenderse no á do escrito senón á aquela en que o requerido recibiu o escrito. Polémica que se ve agravada pola confusa terminoloxía empregada pola LAU que unhas veces fala de notificacións, outras de requirimentos fehacentes, de requirimentos sen máis etc, expresións que por ter matices diferenciadores precisan dunha aclaración.

Así, metras a fehacencia parece necesitar a presenza dun fedatario público coma o notario, coa expresión “cualquier medio que permita acreditar su constancia” creo que se pretende rebaixa-las esixencias formais do específico escrito, estimando suficiente calquer medio que acredite de xeito indubitado o contido, a data e o destinatario do requirimento de pago. E atendendo a isto acostuman alegarse como medios eficaces o telegrama, o requirimento notarial, o burofax, o acto de conciliación etc., en definitiva calquera vía que sirva para acreditar nun proceso coma o presente os extremos xa indicados, sen que sexa suficiente o requirimento feito por correo

certificado, xa que o único que acredita é que se remitiu nunha determinada data algunha misiva ó arrendatario, pero non a realidade do seu contido.

Como conclusión, e a modo de recomendación debemos sinalar que o arrendador terá que ser especialmente cauteloso á hora de enviar o debandito requirimento ó arrendatario, asegurándose de que utiliza un medio que efectivamente poderá dar constancia en xuízo tanto do seu contido como da data de recepción polo destinatario, pois doutro xeito calquera anormalidade poderá ser utilizada polo arrendatario para acadala enervación e paralizar así o desafiuzamento.