

Ex-arrendamientos⁽¹⁾

IGNACIO NART
Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. DETERMINACIÓN DE LA BASE OBJETIVA. — A) Concepto de finca urbana.—B) Concepto de finca rústica.—C) Concepto de vivienda.—D) Concepto de los otros locales.—E) Concepto del local de negocio.—a) Local de negocio con vivienda.—b) Vivienda con negocio.—F) Concepto del local industrial de espectáculos.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS SITUACIONES «ARRENDATICIAS».—A) El arrendamiento de estas cosas hasta el Código civil.—B) En el Código civil.—1) Significado de la Lex Emptorem.—2) La posibilidad del subarriendo.—3) La adquisición inmediata de los frutos.—IV. EL ARRENDAMIENTO DE ESTAS COSAS EN LAS LEYES ESPECIALES.—A) *La normación legal del contrato originador.* a) Sobre fincas urbanas (alquiler obligatorio, desdoblamiento de la renta de viviendas amuebladas e inmovilización de la renta.—b) Sobre fincas rústicas (revisión y estabilización de la renta).—B) *Los efectos reales de la situación originada.* — 1.º *La prórroga forzosa.*— 1) En el régimen de la L. A. U.—a) La «sucesión» en el inquilinato.—b) La subrogación del consocio.—c) Excepciones a la prórroga.—a') La necesidad de la vivienda.—b') La necesidad del local de negocio.—2) En el régimen de la L. A. R.—a) Frente al propietario.—a') Colonatos especialmente protegidos.—b') Restantes colonatos agrícolas.—c') Restantes colonatos pecuarios.—b) Frente al adquirente.—c) La muerte del colono (sucesión).—2.º *Facultad de preferente adquisición* (naturaleza jurídica).—a) La regulación en la L. A. U.—b) La regulación en la L. A. R.—a') Retracto común.—b') Retracto especial.—c') Retracto conjunto.—c) Situación del adquirente por retracto.—3.º *Goce exclusivo y excluyente.*—4.º *Disponibilidad.*—a) La cesión de la vivienda.—b) El subarriendo de la vivienda.—c) El traspaso del local de negocio.—d) ¿Cabe el traspaso gratuito o donación del local de negocio?—e) El subarriendo del local de negocio.—f) La cesión y el subarriendo del colonato.—5.º *Poder directo sobre el edificio reconstruido.*—V. CONCLUSIONES CRÍTICAS. — 1) ¿Está desvirtuado el arrendamiento?—2) ¿En qué se diferencia de la enfiteusis?

I. INTRODUCCIÓN

La tradición romanística ofrece al Derecho moderno una noción tan amplia del arrendamiento, que en ella se comprenden múltiples y diversas figuras contractuales. Objeto del arrendamiento

(1) Después de terminado este trabajo llega a nuestras manos la magnífica monografía de VALLET GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio*, cuya introducción se muestra partidario de la concepción realista de este derecho con razonamientos coincidentes en muchos puntos a los nuestros.

miento lo puede ser una cosa, los servicios de una persona o la actividad de esta misma, en cuanto va encaminada a la producción de un cierto resultado.

A estas tres variedades corresponde la clasificación del Derecho romano en arrendamiento de cosas, de servicios y de obra.

Ahora bien: el esfuerzo sintético que exige la inclusión de tipos contractuales tan heterogéneos en un esquema general, como son los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, de cosas muebles de derechos, de explotaciones mineras, de establecimientos mercantiles, de trabajo, de prestaciones de obras, etc., suscitó una corriente científica que propugnaba la meta distinción de tales figuras, sujetándolas a disciplinas independientes, ya que aquella unidad conceptual sólo era defendible en un estado menos progresivo de las relaciones económicas y sociales.

Esta lección doctrinal fué acogida por las legislaciones más científicas y recientes.

El *Código alemán* regula con entera independencia el contrato de servicios o de trabajo (*diensvertrag*) y el de obras (*werkvertrag*); y del arrendamiento de cosas hace dos tipos: el alquiler de fondos urbanos y de cosa muebles (*miethe*), y el arrendamiento de fincas rústicas y derechos (*bacht*).

El *Código suizo* disciplina también con autonomía la locación de servicios (*contrat de travail*) y el de obra (*contrat d'entreprise*); y del arrendamiento de cosas hace también dos figuras: el de uso (*bail à loyer*) y el de uso y disfrute (*bail à ferme*).

El *Código civil español*, siguiendo la tradición romanista antes aludida e imitando al Código francés y al italiano de 1865, continúa fiel a aquella unidad conceptual del contrato de arrendamiento, distinguiendo bajo su rúbrica general, los arrendamientos de cosas, de obras y de servicios.

Pero el imperativo de las nuevas condiciones sociales y económicas ha logrado, al través de una legislación especial, la perfecta diferenciación de tales figuras contractuales, cuyos principios y naturaleza jurídica son, desde luego, distintos.

El panorama legal español «extra vagante» del C. c. se contiene en las leyes de Arrendamientos *rústicos* de 1935 (modificada y desfigurada por varias disposiciones posteriores, faltas de toda sistemática, que en ocasiones hacen difícilísima la determinación de lo vigente y lo derogado), y de Arrendamientos *urbanos* (también modificada por otras posteriores), en las cuales se contiene la regulación de *seis situaciones* distintas: del colonato y de la aparcería en cuanto a las *fincas rústicas*, y del inquilinato de viviendas y de la locación de locales de negocio, de otros que no son ni lo uno ni lo otro, y de locales de espectáculos, en cuanto a las *fincas urbanas*.

II. DETERMINACIÓN DE LA BASE OBJETIVA

Importa, pues, una previa determinación del ámbito objetivo de cada situación y aun antes de lo que a los efectos de ellas es finca rústica o urbana.

A) *Concepto de finca urbana*.—La ley de 31 de marzo de 1947, titulada «de arrendamientos urbanos», contiene la regulación de las situaciones arrendaticias recayentes sobre *viviendas y locales de negocio* y otros locales que no son ni lo uno ni lo otro.

Excluye expresamente de su ámbito (artículo 4.º) a los arrendamientos de *industria*; y si bien el de *locales de espectáculos* queda sometido a la prórroga obligatoria y a su régimen de excepciones, ello es una incidencia y no materia propia de la ley.

El legislador aprovechó la ocasión de ésta para dar un régimen o estatuto a tales arrendamientos que, por su materia, están fuera del *espíritu* animador de la L. A. U.: *el aseguramiento de dos cosas de primera necesidad* para la vida del hombre: la vivienda familiar, como *sede del hogar*, y el local de negocio, como *sede de la Empresa* u organización económica del trabajo.

Este espíritu marca el ámbito objetivo de la aplicación de esta ley.

Aunque el artículo 1.º comienza diciendo que «el arrendamiento que regula esta ley es el de *fincas urbanas*», tal dicción no sirve más que para excluir de un modo tajante a las *fincas rústicas*, que siguen sometidas a la confusa legislación compuesta, principalmente, por las leyes de 1935 y 1942.

La *calificación de una finca* en rústica o urbana es una cuestión de hecho, que el Juez apreciará libremente, sin que a ello le ligue la apreciación que hubieran hecho las partes en el contrato originador de la situación.

A nuestro juicio, más que el «destino», el criterio diferencial es el *objetivo*: será finca *rústica* la que produzca *frutos naturales*, y *urbana* la que no pueda producir más que *frutos civiles*, es decir, rentas, dinero.

Es cierto que la finca rústica arrendada produce también frutos civiles para el propietario; pero, en definitiva, ello se debe a una conversión de los frutos por negocio jurídico. O sea, que las fincas rústicas producen frutos naturales y que las urbanas sólo proporcionan directamente la utilidad del goce, pues para producir exigen un negocio jurídico de conversión de la utilidad en frutos civiles.

Siguiendo este criterio, las situaciones confusas se resolverán más fácilmente, porque en las fincas que pudiéramos llamar «híbridas», siempre predominará un dato objetivo: será más importante la parte directamente productiva que la productiva por conversión (o viceversa).

En el fondo, este es el criterio consagrado en el artículo 3.º.

cuando dice que: «se presumirá, salva prueba en contrario, que el objeto principal del arrendamiento es la explotación de aquel predio (donde haya una edificación), cuando la contribución territorial de la finca, por rústica, sea superior a la urbana».

Pero, ¿a qué se referirá la prueba en contrario? Si lo pensamos como una determinación contractual de la finalidad, ésta influirá decisivamente, al través de la determinación del tipo de finca, en la legislación aplicable: y, ¿puede hacerse depender la aplicación de una u otra ley de la voluntad privada?

A nuestro entender, la prueba en contrario ha de referirse a que, *objetivamente*, es principal la parte edificada del predio con relación a la cultivable, o sea, *a la falta de correlación de la imposición tributaria con la realidad*.

El índice tributario es, pues, una presunción de principalidad y accesoriedad; pero la realidad de éstas prevalecerá sobre aquél.

Excluida con la frase «fincas urbanas», la aplicación de esta ley a las rústicas, el mismo artículo 1.º constriñe seguidamente su ámbito objetivo de aplicación, dentro de éstas, a las *edificaciones habitables*, excluyendo, por tanto, a los *solares*, cercados, etcétera, aunque sean objeto de contrato con fines industriales, como dedicados a secaderos, parques de atracciones, etc.

La locución «edificaciones habitables» hemos de entenderla referida, sin embargo, a una habitabilidad en sentido muy amplio y no en el concreto que tiene, por ejemplo, para la Fiscalía de la Vivienda; porque la comprensión legal de los *depósitos* y *almacenes* (artículo 10), nos indica una idea mínima de *cobijo*, como indudablemente son aptos a tal efecto esos locales para el alojamiento, por ejemplo, de unidades militares en maniobras o en operaciones de guerra.

Habitabilidad se refiere, pues, a *edificación con techumbre*; se ha dicho muy bien que la idea mínima del hogar es un fuego, a cuyo alrededor se reúne una pareja humana con sus hijos, recogido o abrigado por unas paredes y un tejado.

Pero la *necesidad* de la vivienda y del local de negocio sólo es tal cuando constituyen las sedes el hogar y de la Empresa; es decir, cuando se da la circunstancia de la *permanencia* del hombre en el lugar geográfico donde se fija, donde *reside*.

Y como la L. A. U. no quiere proteger *conveniencias* sino *necesidades*, excluye de su amparadora regulación, en su artículo 2.º, a los arrendamientos llamados «*de temporada*» (de verano en unos lugares y de invierno en otros), donde la necesidad de la vivienda no es tal, sino comodidad; y donde el local de negocio no implica continuidad comercial e industrial, sino *ocasión* de mejor y extraordinario lucro: es decir: *donde la vivienda y el local de negocio no son sedes, respectivamente, de la familia y de la empresa*.

Vivienda y local de negocio son los dos objetos concretos de la regulación protectora de la ley.

Pero aquella su distinta función marca fuertes consecuencias en su régimen, hasta tal punto que puede decirse que esta ley contiene cuatro regulaciones distintas, que son cuatro leyes, en cuanto que disciplina de un modo divergente las cuatro situaciones.

B) *Concepto de finca rústica*.—La determinación del concepto de finca rústica es fundamental para fijar el ámbito de aplicación de cuantas leyes, desde 1935 hasta hoy, tratan de ordenar las situaciones arrendaticias sobre ellas.

Tal concepto podemos formarlo a base de los criterios de inclusión señalados en la ley de 1935 y de los de exclusión contenidos en la L. A. U.

Según el artículo 2.º de la ley de 1935, se considerarán rústicas las fincas cuyo disfrute o aprovechamiento se ceda para una explotación agrícola, pecuaria o forestal, con inclusión de las construcciones o edificaciones en ellas enclavadas, a menos que éstas se exceptúen en el contrato.

Y frente a esta determinación positiva, realiza la negativa excluyendo:

- 1) Los solares edificables, enclavados en un núcleo urbano o en sus planes de ensanche.
- 2) Los terrenos accesorios de edificios, cuya accesoriedad resultará de su valor inferior con respecto a las edificaciones.
- 3) Las tierras que, por su proximidad a poblaciones, puertos, carreteras o estaciones, tengan un valor en venta superior al duplo del que normalmente les correspondería, de no darse aquellas circunstancias.

A pesar de la aparente inclusión como rústicas de las fincas destinadas a explotaciones forestales (y que, indudablemente, lo son a los restantes efectos civiles e hipotecarios), el artículo 1.º de la misma ley de 1935 sujeta exclusivamente a su ámbito las situaciones creadas sobre fincas rústicas «con el fin de dedicarlas a la explotación agrícola o ganadera», sin mencionar ni referirse para nada en el resto de su articulado a las de dedicación forestal, por lo que los comentaristas (Royo, Trat. Arr. Rúst., pág. 227), entienden, con razón, que las fincas de explotación forestal no están sujetas a esta especial legislación (inadaptable, por lo demás, a ellas), y que, por lo tanto, se habrán de regir por la legislación civil, común y foral.

Pero el ámbito de aplicación de la legislación especial del colonato no se integra solamente con datos objetivos, sino subjetivos también.

Quedan excluidas de ella, por imperio del párrafo final del artículo 1.º de la Ley de 1935, las relaciones creadas «entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, afinidad o adopción, como igualmente los (contratos) celebrados entre colaterales de segundo grado».

Publicada la ley de 1942 se ha entendido por algunos que sus términos generales borran esta excepción. Pero tal ley, como

las de 1940 y 1941, son accesorias y reformadoras de la sustancial en materia de arrendamientos rústicos, que es la de 1935, a la que solamente derogan en aquellos puntos que señalan expresamente o que están en contradicción con sus nuevas prescripciones (derogación tácita). Y al no referirse para nada a esta excepción del ámbito de aplicación personal, habrá que entenderla subsistente, aunque ni tenga un fundamento claro y aunque origine algunas injusticias objetivas, como la recogida en la Sentencia de 16 de octubre de 1940, que deniega el retracto arrendaticio a un hermano, sobre finca originaria del patrimonio familiar, que fué vendida a un extraño.

Así, pues, las situaciones arrendaticias creadas contractualmente entre estas personas (observando que está *excluida la familia natural*), se regirán por la legislación común, con todas sus consecuencias, especialmente sobre libertad de renta, duración y carencia del derecho de preferente adquisición que la legislación especial atribuye al colono.

C) *Concepto de vivienda*.—Como las edificaciones, entendidas del modo que antes dijimos, sirven al hombre para vivir y para trabajar, y como ambos fines cabe que sean cumplidos simultáneamente por el mismo objeto (pues se puede trabajar donde se vive y se puede vivir donde se trabaja) importa aclarar también la clasificación jurídica que corresponda a las situaciones intermedias.

No define la ley el concepto de vivienda, y ello no parece necesario, pues su idea nos viene dada primeramente por la realidad; pero importa determinar la trascendencia de calificación que puede tener el *trabajo* que en ella se realice por su ocupante. A este respecto, el artículo séptimo establece que: «El contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o parientes de uno u otro hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerzan en la vivienda o en sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación.» El contenido de este precepto plantea cuatro importantes cuestiones: 1) El supuesto personal de su aplicación; 2) El concepto de la pequeña industria; 3) Si supone un permiso legal que hace innecesario el del propietario, y 4) La posible eficacia de la prohibición del arrendador (2).

1) Pártese de la base de que la profesión o pequeña industria doméstica ha de ejercerse por el propio inquilino, por su cónyuge o por los parientes de uno u otro «hasta el tercer grado», añadiendo el artículo «que con cualquiera de ellos conviva». ¿Qué significan estas expresiones y qué alcance hemos de atribuirles? ¿Deberán entenderse incluidos los parientes que se hallen *den-*

(2) En este punto seguimos muy de cerca a Cossío. *El arrendamiento de locales de negocio*, en «Anuario del Derecho civil», 1948, págs. 1200 y siguientes, si bien disenzimos en algunos extremos.

tro de ese tercer grado? Si tenemos en cuenta que el artículo 71 emplea los mismos términos; que el 72 se refiere concretamente a parientes que se hallan precisamente en ese tercer grado (tíos y sobrinos), y que, a mayor abundamiento, en la 9.ª disposición transitoria, que se refiere a tales artículos, se dice expresamente «parientes dentro del tercer grado», no cabe poner en tela de juicio que la norma examinada comprende a los parientes dentro del tercer grado inclusive.

No se aclara, en cambio, si ese parentesco ha de ser necesariamente por consanguinidad, o si se admite también por afinidad (por ejemplo, cuando se trate de yerno); pero teniendo en cuenta que el mencionado artículo 71 concede el derecho de «sucesión» en el arrendamiento a «los parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad», estimamos que, incluso, los afines deben ser comprendidos.

Es preciso, además, que tales parientes *convivan* con el inquilino o su cónyuge. ¿Cómo hemos de interpretar tal convivencia? *Convivir significa vivir bajo el mismo techo*, que en este caso no puede ser otro que el de la finca arrendada; pero surge la dificultad, en cuanto que al admitir que esa convivencia puede ser con el inquilino o su cónyuge, de que pudiera pensarse que, en el supuesto de que los cónyuges no vivan en la misma casa, por hallarse separados de hecho o de derecho, sería la aplicación el precepto aun en el caso de que el pariente que ejerciese la profesión o industria en la finca arrendada no viviese en ella, sino que conviviese en otra con el cónyuge no arrendatario.

Estimamos que tratándose de una norma excepcional, no puede ser interpretada extensivamente, y que únicamente cuando la convivencia tenga lugar en la misma finca arrendada será lícito aplicar la norma contenida en el artículo 7.º que examinamos.

2) Es importante la determinación del *concepto de la pequeña industria*, porque el exceso determina un cambio de destino de la cosa que puede dar lugar al desahucio y, si el propietario lo consiente, al cambio de régimen legal de vivienda por el de local de negocio.

El concepto hay que formarlo a base: a) de la idea de *accessoriedad* de la actividad con respecto al fin de habitar, es decir, a la inversa, que en el caso de habitación en el local de negocio: b) por la *reducida magnitud* de la industria, en que la máquina o máquinas que se emplean no predominen sobre la actividad personal o manual, siendo la máquina, es decir, el capital, lo que determinará la prevalencia. y c) el *carácter doméstico*, excluyente de la cooperación mayoritaria e importante de personal asalariado no conviviente. Todo ello juzgado, como señala Ferrara, no con criterios aritméticos, sino económicos y funcionales.

Finalmente, aunque la dicción legal se concrete a *industria* y en los demás casos distinga esta actividad de la comercial, no debe considerarse excluido el *comercio de insignificante tráfico*,

es decir, el que pueda desenvolverse en una vivienda sin que resulte desvirtuada su finalidad específica de servir de casa habitación (3).

3) ¿Supone este artículo 7.º una *autorización legal* para el ejercicio de tales actividades por el inquilino, aunque ello no haya sido especialmente estipulado en el contrato?

Indudablemente, porque ello no supone cambio de destino, ya que el artículo 149 sólo admite como causas de resolución el ejercicio de oficio, profesión o negocio inmoral, peligroso, incómodo o insalubre, y ello sólo en el caso de que tales circunstancias «fueren ignoradas por el actor (propietario) en el momento de la celebración del contrato, o al producirse la subrogación o continuación en los derechos del inquilino».

4) Finalmente, *la cláusula contractual prohibitiva de tales actividades, ha de considerarse totalmente ineficaz*: no solamente como no limitadora de las posibilidades del inquilino, sino también (y en ello disentimos de Cossío, pág. 1304) como no productiva de un rescabimiento, porque: a) no es posible determinar qué daño o perjuicio puede sufrir el propietario por ello, y b) ni aun en vía de cláusula penal podríamos conceder tal eficacia, ya que según el artículo 11, «los beneficios que la presente ley otorga a los inquilinos de viviendas... serán irrenunciables, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga».

D) *Concepto de «los otros locales»*.—Por lo demás, la L. A. U. somete al ordenamiento propio de las viviendas a los locales ocupados:

a) Por *dependencias del Estado y demás Corporaciones* de derecho público (artículo 8.º, párrafo 1.º);

b) Por *entidades benéficas*, Asociaciones piadosas y, en general, cualquier otra *que no persiga fin de lucro* (art. 8.º, p. 2.º), y

c) Para *meros escritorios, oficinas, depósitos y almacenes* no comunicados interiormente con un local de negocio del mismo arrendatario, porque, si existe tal comunicación, su régimen será el de estos locales, según dispone el artículo 10 de la L. A. U., a cuyo tenor: «El local destinado a mero *escritorio u oficinas* no se reputará local de negocio, sino vivienda, aunque su inquilino se vaya de él para ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo: pero *cuando interiormente se comunique* con otro ocupado por el mismo arrendatario, que merezca la conceptualización de local de negocio, *ambos se considerarán como uno solo de este último carácter*. Será también aplicable a los *depósitos y almacenes* lo establecido en el párrafo anterior para los *escritorios u oficinas*.» Y es que la realidad social reclamaba la estabilización, no sólo de las situaciones extremas (viviendas y locales de negocio), sino también de las intermedias, representadas

(3) Cossío. cit. pág. 1301.

por aquellos locales que, no siendo sedes de negocios y representando respecto de ellos la cualidad de fungibles o sustituibles, implicaban igualmente la necesidad de la permanencia *ante la escasez de medios de sustitución*.

Para estos tipos de ocupaciones de locales era necesario, pues, arbitrar un régimen de permanencia. Y la Ley, reconociendo que no son viviendas, los asimila a éstas.

Sin embargo, no todo este régimen es de aplicación a ellos: pues por su propia naturaleza no cabe ni la «sucesión» en el inquilinato, ni la «cesión» a los parientes, porque faltará siempre la convivencia y la relación familiar; es decir, el «hogar», en torno al cual nace, vive y muere el derecho del inquilino.

En realidad, tales locales sólo tienen de la vivienda el régimen de permanencia *personal*: lo que la L. A. U. quiso, al hacer tal asimilación, fué excluirlos de la patrimonialización del derecho del arrendatario de locales de negocio, propiamente dichos.

La vivienda es una *necesidad familiar*, mientras que el local de negocio es un *valor patrimonial*. Y no siendo justo acordar la cesibilidad de aquéllas fuera del ámbito familiar (lo que frustraba su función), resultaba necesario concederla respecto de éstos, pues sin el local, como asiento del negocio, éste quedaba desarticulado y convertido, de «entidad patrimonial con vida propia» (art. 4.º), en un conjunto de cosas: *el local es la base del arrendamiento*.

Pues bien: la L. A. U. excluye la negociación de tales locales, negándoles la cualidad de valor patrimonial para el arrendatario.

Más que asimilación a las viviendas, lo que no cabe en manera alguna por la diversidad de función, hay una exclusión del régimen de los locales de negocio.

Y aquella asimilación en lo único posible, el régimen de permanencia o prórroga y de sus excepciones, es bastante externa y adjetiva para fundar una fusión completa.

Creemos, pues, que *dentro de la L. A. U. hay cuatro regímenes* distintos: el de las viviendas, el de los locales de negocio (ambos especialmente regulados), y el de las oficinas, escritorios, almacenes y depósitos y el de las industrias de espectáculos, regulados éstos por reenvío.

El problema se plantea respecto de las oficinas, almacenes, etc., «cuando *interiormente se comuniquen* con otro, ocupado por el mismo arrendatario, que merezca la conceptualización de local de negocio», pues el artículo 10 sigue diciendo que «ambos se considerarán *como uno solo* de este último carácter».

No hay cuestión cuando ambos locales (el de negocio y el otro, unido al primero *orgánicamente* o, como dice la ley, «interiormente»), pertenezcan también al mismo propietario, ya que la situación puede considerarse única, tanto si fué creada simultáneamente en el mismo contrato (dando una cosa principal y otra accesoria), como si ambos locales fueron objeto de contratos sucesivos

(pues la principalidad y la accesoriedad quedaron establecidas después).

La dicción legal plantea el problema de si, perteneciendo el local de negocio y el accesorio, a aquél unido orgánicamente, a distintos propietarios, cabe un traspaso único, al que podrían concurrir en conflicto, que Cossío (4) estima insoluble, los tanteos y retractos de ambos propietarios.

Cree Cossío que no puede darse una completa *fusión de contrato* y que, por razón de aquella insolubilidad del conflicto, el artículo 10 debe entenderse en el limitado sentido de que impone, para el local accesorio, el régimen de los de negocio; pero de un modo aislado; es decir, corriendo, bajo tal régimen, una suerte independiente con respecto al local de negocio principal, que le arrastró a tal cambio de ordenación jurídica.

Esta nuestra manera de poner de relieve el nervio del pensamiento de Cossío, que él apenas esboza, basta para invalidar su tesis.

En efecto, la oficina o almacén que así cambia de régimen no es lógico que, habiendo sufrido tal cambio por razón de su accesoriedad, corra después una suerte independiente, sino que lo natural es que sufra los avatares de su cosa principal.

Y en la principalidad y accesoriedad estará la solución del conflicto entre los tanteos y retractos de los distintos propietarios: será preferente el del local intrínseco de negocio con respecto al propietario de la oficina o almacén accesorio; y sólo en el caso de que ambos no tanteen podrá su arrendatario traspasarlo a un tercero. A los efectos del traspaso, la oficina o almacén unidos orgánicamente a un local de negocio, «se considerarán como uno solo de este último carácter», dice el artículo 10 de un modo claro e inequívoco.

No se trata, pues, de ninguna *fusión de contrato* , como dice Cossío, sino de unidad de situación arrendaticia: de incorporación de un derecho real sobre una cosa, a otro que recae sobre otra, que es principal con respecto a la primera.

La *organización de la dependencia* entre el local accesorio y el principal, viene fijada por la ley en la frase «unidos interiormente». Tal incorporación, por unión interior, *es una cuestión de hecho* , de la libre apreciación del Juez, pues la ley no señala más criterios.

Pero, a nuestro juicio, es necesario *que tal unión interior* , en el caso de pertenencia a distintos propietarios, *haya sido consentida* (y, por lo tanto, conocida) *por el del local accesorio* , ya que tan fuertes consecuencias jurídicas derivadas de aquel cambio de régimen, no se pueden imponer a quien no consintió tal incorporación.

(4) Cit. pág. 1316.

La falta de facultades de visita e inspección que el propietario padece en el régimen vigente, impone que no pueda darse valor ninguno a su falta de silencio o falta de protesta a la unión hecha autónomamente por el arrendatario; y que sólo pueda considerarse como jurídicamente consumada, a estos efectos, cuando fué obtenida su autorización o, cuando habiéndole sido notificada, no se hubiera opuesto a la ya realizada. Porque, de suyo, la transformación de la vivienda en local de negocio (y esta situación es paralela, porque hay una conversión de régimen) es causa de resolución del arrendamiento (149, 4.^o).

No hay plazo legal alguno de caducidad de tal acción, y habrá que remitirse a la teoría general sobre el valor jurídico del silencio, que no es oportuno exponer aquí. La L. A. U., con ser tan excesivamente casuística, no prevé ninguno de estos supuestos; lo que demuestra la conveniencia de leyes sintéticas, cuyo nervio orgánico es más fácil de descubrir y cuyas lagunas naturales más sencillo de llenar que estas otras, barrocas de puro casuísticas, que ni apresan toda la vida, porque ello es imposible, ni permiten al intérprete una visión orgánica y de conjunto para una correcta ampliación analógica.

E) *Concepto de local de negocio.*—El concepto de local de negocio viene dado por el artículo 1.^o de la L. A. U., como *el establecimiento abierto para el ejercicio de una actividad de industria, de comercio o de enseñanza con fin lucrativo*.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, entiéndese por *comercio* aquella «negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando mercancías»; y por *industria*, «el conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno a varios productos naturales».

Pero, como dice Cossio (5), sería inútil acudir a una delimitación demasiado precisa de estos conceptos, ya que, ordinariamente, la palabra «industria» suele ser empleada para la designación de todas y cada una de estas actividades; por lo que parece más acertado estimar que el llamado arrendamiento de locales de negocio es aquel que tiene por objeto *el establecimiento de una Empresa en el local arrendado*.

Ello no impide, naturalmente, que se pueda establecer una distinción, relativamente precisa, entre la industria propiamente dicha, y el comercio, caracterizado éste por ser una intermediación lucrativa y profesional entre productores y consumidores.

Ahora bien, la nueva doctrina tiende a sustituir el concepto de *comerciante* por el más amplio del *empresario*, que comprende también al industrial. Y esto es lo recogido por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El local de negocio precisa, pues, un titular empresario: no basta con que ocasionalmente se haya desenvuelto en el local arren-

(5) Cit. pág. 1294.

dado una actividad de producción o cambio, para que el arrendamiento pueda estimarse de local de negocio.

El *fin lucrativo* es, también, esencial al concepto y va insito en la actividad comercial o industrial.

No así en la de enseñanza que, desenvuelta por Asociaciones o Congregaciones religiosas, tiene fines distintos y más altos, y cuyos locales arrendados deberán ser reputados, por lo tanto, como *viviendas* a los efectos de la ley (art. 8.º).

Claro es que un negocio no deja de serlo porque lo ejercite una entidad benéfica o piadosa; pero esto es de aplicación en cuanto a las actividades que no sean sus propios fines, aunque sí medios de sostenimiento económico de aquéllos, como, por ejemplo, talleres cuyo rendimiento sirva al mantenimiento del fin: la corrección de los descarriados, la enseñanza, etc.

Por no tener fin lucrativo sus actividades industriales y comerciales, deben ser excluidos también de la regulación de locales de negocio los ocupados por sociedades *Cooperativas* cuyo régimen se ajuste a la Ley de 2 de enero de 1942; y conceptuados como *viviendas* a los efectos de la L. A. U., de acuerdo con el artículo 8.º

Tales actividades comerciales, industriales o de enseñanza con fin lucrativo, han de ejercitarse con *establecimiento abierto*. Tal exigencia aparece impuesta expresamente por el artículo 1.º de la L. A. U. y parece no haber merecido, hasta ahora, una atención especial por parte de la doctrina y de los comentaristas.

Pues bien, a nuestro juicio, aquí está la raíz de la protección legal, hasta tal punto que estimamos que todo arrendamiento de edificaciones para la industria o el comercio, que *no sean establecimientos abiertos al público, que ubiquen la clientela, quedan fuera de la L. A. U.* y se regirán por el Código civil.

No quiere esto decir que haya de constituirse el concepto reducido a las Empresas de *clientela anónima*, por reclutarse entre el público en general, sino que hasta (pero es precisa) la relación entre local y clientela, aunque ésta sea restringida, como, por ejemplo, ocurre en los establecimientos de los mayoristas con relación a sus clientes, los minoristas.

Pero no hay local de negocio, en el sentido de la L. A. U., y para merecer su protección, si el local no es base de relación con la clientela; es decir, si el local es sustituible o fungible, a los efectos económicos del negocio.

Entendemos, pues, que la L. A. U. se refiere exclusivamente a las *pequeñas empresas*, en las que el local es la base de la organización, no a las *grandes empresas*, aunque en cuanto a éstas tenga también aplicación con respecto a los locales de que se sirvan para sus relaciones con el público; pero no para aquellos otros donde, funcionando quizá la sede de la organización comercial o industrial, no sean establecimientos abiertos, cuyos arrendamientos habrán de regirse por el Código civil.

Los locales-sedes de las pequeñas empresas y los despachos abiertos al público de las grandes, constituyen el medio de realización práctica de la organización comercial, del logro de la clientela, que no es un elemento intrínseco de la Empresa, sino su resultado.

La ley no protege ni puede proteger a la clientela, porque no es cosa, pero sí ampara los medios lícitos de obtenerla, que exigen al empresario *la organización de los elementos de su negocio, que han de estar forzosamente ubicados en un local de trato*, cuya no protección destruiría todos aquellos esfuerzos organizadores.

La Empresa, como fuerza económica que la sociedad no puede desconocer ni permitir su destrucción, exige, para su permanencia, la estabilidad de la situación arrendaticia.

Podríamos, pues, definir sintéticamente el *local de negocio*, a los efectos de la L. A. U., como *el lugar en que la Empresa se relaciona con su clientela*.

Hemos dicho antes que las edificaciones a que se refiere la L. A. U., entendidas como dejamos dicho, sirven al hombre, tanto para establecer su hogar como para organizar su Empresa; y como ambos fines cabe que sean servidos por el mismo objeto (pues se puede trabajar donde se vive y se puede vivir donde se trabaja), importa también aclarar las *situaciones intermedias*, representadas por los casos en que el local de negocio incluye, o puede incluir orgánicamente, una vivienda; o en que ésta (independiente, pero dentro del mismo edificio) ha sido incluida en el mismo contrato como objeto complementario de aquél; y también por los supuestos en que se desarrolla, en una vivienda propiamente dicha, ciertas actividades que puedan o parezcan transformar su función.

a) *Local de negocio con vivienda*.—A contrario sensu del artículo 7.º de la ley, que después estudiaremos, se dispone en el artículo 9.º que: «El contrato de arrendamiento de local de negocio no perderá su carácter por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él su vivienda.»

Tal disposición es perfectamente congruente con la exigencia del artículo 1.º, según el cual lo que cualifica el local de negocio es *el destino, no exclusivo, sino primordial* a que el mismo se dedique, según el arrendamiento.

Ello, sin embargo, plantea un doble problema: 1) si son posibles los arrendamientos mixtos, de vivienda y local de negocio; y 2) si el arrendatario de un local de negocio puede, sin autorización del propietario, establecer en él una vivienda para las personas indicadas.

1) En cuanto a los *arrendamientos mixtos*, hemos de excluir de tal concepto a la vivienda que, si bien distinta del local de negocio, esté unida con él orgánicamente (o, como dice el artícu-

lo 10 que acabamos de estudiar, "interiormente"), porque si aun perteneciendo la oficina o almacén a distinto propietario se considerarán como *una sola cosa* con el local de negocio, con mayor razón ocurrirá ello cuando en el mismo edificio haya organicidad de unión entre una vivienda y un local de negocio y su propietario los dé en arrendamiento único a la misma persona.

La cuestión se refiere, pues, a los supuestos en que bajo la misma unidad de contrato, se den a un arrendatario un local de negocio complementado por una vivienda, que puede estar en el mismo edificio (pero sin unión orgánica con aquél), o en casa distinta y separada, señalando para todo ello una renta única.

Lo más frecuente será el primer caso, o sea, la entrega de los bajos de un edificio para la instalación de un negocio, y de una de las viviendas del mismo para que sirva de habitación al empresario, que atenderá más cómodamente su negocio.

Creemos con Cossío (6) que la unidad de la causa contractual y la inexistencia de un precepto legal que autorice y regule la escisión de la renta, impone contemplar el supuesto como un arrendamiento de local de negocio, cuyo objeto único está formado por el local propiamente dicho y por la vivienda, en relación mutua de cosa principal y cosa accesoria.

2) En cuanto a la posibilidad de que el arrendatario de un local de negocio establezca en él su vivienda, la de su familia o la de personas a su servicio, sin autorización del propietario (aparte de la tácita implicada en que el local esté ya acondicionado para ello, por contener cocina, servicios y otras habitaciones), la cuestión ya no nos parece de tan fácil solución, porque falta un precepto paralelo al artículo 7.º, y que supone un verdadero permiso legal para que el inquilino ejerza en su vivienda, sin que ello desvirtúe el inquilinato, una profesión, función pública o pequeña industria doméstica.

El artículo 149 señala, bajo el número 4, como causa de rescisión del arrendamiento, la transformación de local de negocio en vivienda (y a la inversa); pero nuestro supuesto excluye tal *transformación*, pues imaginemos, simplemente, que el arrendatario, continuando su tráfico en el local, instala en él su vivienda.

En primer lugar, ello ha de ser objetivamente posible: es decir, el local ha de admitir, arquitectónicamente, las obras necesarias para que resulte una vivienda suficiente y salubre. Si ello es imposible, podemos, sin más, conceder al propietario el derecho de oponerse a tales obras, al menos como contrarias a las disposiciones legales que regulan la materia (cédulas de habitabilidad de la Fiscalía de la Vivienda): pero es que, además, el propietario (y en esto no ha parado su atención Cossío) podrá oponerse en todo caso, porque el arrendatario sólo puede realizar por sí mismo y sin autorización alguna, las *obras de urgente reparación* (143)

16. Cit. págs. 1304 y 1308.

y las que, ordenadas por las autoridades competentes, no hubieran sido iniciadas por el propietario dentro del mes del mandato (142).

Y es que el artículo 144, según el cual «salvo estipulación escrita en contrario, las demás obras que en la vivienda o local de negocio realizare el arrendatario o su continuador, quedarán en beneficio de la finca», *no se refiere más que al problema del reembolso del coste de las obras, sin que suponga la concesión de la facultad de hacerlas.*

b) *Vivienda con negocio.*—Nos remitimos a lo dicho antes sobre el concepto de la *pequeña industria doméstica*; pero aún hay otro punto, en contacto con el anterior, en que el régimen del inquilinato puede tener que dejar paso al del arrendamiento de locales de negocio.

Al tratar la ley del subarriendo de viviendas deja fuera de ordenamiento el caso de que el inquilino «tome a su cargo la manutención, mediante precio, de los que con él ocupen la vivienda», que considera como un caso de *hospedaje* «sometido a las disposiciones que regulen la materia» (art. 26).

Desde luego, *esto no es subarriendo*; pero, ¿queda tan fuera de la previsión legal como parece resultar de la dicción del artículo 26?

El contrato de hospedaje, sí; pero es indudable que *la vivienda en que habitual y profesionalmente se hospeda, no es tal vivienda, sino local de negocio* (y todos sabemos que las llamadas «pensiones» son objeto frecuente de traspaso), sin que el hecho de que no se pague matrícula industrial lo contradiga, aunque en el caso afirmativo el «alta» que en ella hubiera hecho el inquilino constituya una declaración expresa, por inequívoca, de ello.

Y la conversión de la vivienda en local de negocio, es decir, el cambio de la función (de sede del hogar a sede de la Empresa), es causa de resolución del inquilinato (149, 4.^a).

Sin embargo, si los huéspedes no pasaran de dos personas y los hijos de cualquiera de ellas, sin limitación de número, el artículo 27 no sólo excluye tal convivencia de la calificación prohibitiva de «subarriendo», sino también de la de «hospedaje», sin duda porque no se llega con ello a convertir la vivienda en local de negocio, ya que aquella no ha perdido su función de sede del hogar familiar, ni el negocio de huéspedes excede de la «pequeña industria doméstica» permitida por el artículo 7.^o

F) *Concepto del local industrial de espectáculos.*—Ya dijimos al principio que la L. A. U. en su artículo 4.^o excluía de su ámbito a los arrendamientos de «industrias o negocios»; es decir, *de Empresas*, que se regirán «por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil común y foral»; y, con todo rigor técnico, añade que: «sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido; de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad

patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente, para serlo, de meras formalidades administrativas". Este precepto viene completado interpretativamente por el artículo 5.º, según el cual no hay arrendamiento de industria, aun cuando con el local se incluyan otros elementos, por muy importantes, esenciales o diversos que sean (tales como saltos de agua, maquinarias, etc.), cuando la finalidad fuera el establecimiento por el arrendatario de su *propio negocio o industria*; es decir, cuando aquellos importantes elementos no estuvieran especialmente organizados por el propietario para el mismo negocio a que los dedicara el arrendatario o, estándolo aquél no hubiera iniciado su actividad comercial ni estuviera a punto de ello o, como dice el artículo 4.º, «pendiente de meras formalidades administrativas» (7).

(7) El arrendamiento de industria queda, pues, fuera de la L. A. U., y la dificultad de su regulación está, ni más ni menos, que en la *posibilidad o imposibilidad de constituirlo*; es decir: que es la situación paralela a la del *usufructo de Empresas*: las facultades dispositivas que hay que atribuir al arrendatario (como al usufructuario) sobre los elementos «flotantes»; facultades dispositivas que parecen imposibles fuera de la relación de propiedad.

El problema del usufructo suele ser más difícil, porque mientras el arrendamiento nace siempre en virtud de un contrato, en el que las partes pueden resolver cuantas dificultades vislumbren, el usufructo puede haber sido impuesto en una cláusula testamentaria de dos líneas, y son los albaceas-partidores los que tendrán que «construirlo» íntegramente.

Al constituirse un usufructo sobre una Empresa mercantil se intenta crear aquel derecho real sobre un conjunto de cosas organizadas en Empresa.

Las partes toman la Empresa como una «res nova», objeto unitario del usufructo; pero como esta nueva cosa no tiene reconocimiento jurídico y el poder creador de la voluntad no alcanza a sustituir la «base» de los derechos reales, sometida a un «ius cogens», ha de investigarse, para ver la posibilidad de aquel negocio, si éste puede proyectarse descompuesto sobre los elementos que componen el conjunto.

Ningún obstáculo hay con respecto a los bienes inmuebles y a los muebles no consumibles (edificios, máquinas, etc.).

Si lo hay, en principio, respecto a las *cosas consumibles* (física o jurídicamente, como las mercancías enajenables).

Pero, ¿cabe un usufructo sobre cosas consumibles?

Para unos, la consumibilidad es un obstáculo insuperable para la constitución del usufructo, porque las cosas consumibles perecen al ser usadas. De donde concluyen que el atribuir a una persona distinta del propietario la facultad de hacer perecer una cosa, es traspasarle la propiedad de la misma.

El resultado práctico de esta posición (con miras al cual debe ser contrastada) es que si un bodeguero da en usufructo su bodega, será nudo-propietario del edificio, vasijas, etc.: pero se convertirá en acreedor por el importe de los caldos que, bajo la falsa denominación de usufructo, han pasado a la propiedad de un verdadero comprador.

La consecuencia catastrófica de esta concepción es que si el usufructuario-comprador cae en quiebra, conservando aún todos o casi todos los primitivos caldos, el nudo propietario-vendedor será un acreedor entre los demás por el importe de aquéllos, que cobrará según el rango que le corresponda, a pesar de estar en sus vasijas los mismos vinos que fueron objeto de la constitución del usufructo.

Para evitar este inconveniente piensan otros que el paso de propiedad no se verifica por la tradición (como en la compraventa), sino por el *consumo*, en cuyo momento el usufructuario obra como propietario, destruyendo licita-

Esta inmediata proximidad a la efectiva explotación, está equiparada por la L. A. U. a la explotación misma, y los arrendamientos que sobre tales locales y elementos se concierten, quedan fuera

mente la cosa. Al consumir ésta, añaden, el nudo propietario deja de serlo; pero hasta tal momento ha habido un usufructo y una nuda propiedad.

Esta teoría imposibilita también la constitución del usufructo sobre Empresas mercantiles que contienen mercaderías de consumo o venta (consumo jurídico).

Y observemos que si en el momento del consumo desaparece la nuda propiedad, *también desaparece el usufructo*; es decir, que en el mismo momento del perecimiento de la cosa se esfuman las dos titularidades reales establecidas sobre ella, sucediéndose una etapa de relación obligatoria, en la cual el usufructuario debe al nudo propietario su valor u otro tanto de la misma especie y calidad.

Pero el usufructuario, para conservar la Empresa, debe *reponer* y, al hacerlo, *la nueva cosa se subroga en el lugar de la consumida, renaciendo sobre aquélla la doble titularidad* (nuda propiedad y usufructo), *para mantener la sustancia de la cosa* (la Empresa), que al constituirse el usufructo se tomó en consideración.

Podría objetarse a esto que la obligación de restituir se da para cuando termine el usufructo, pero no antes (482 C. c.); ahora bien: *la propia naturaleza de la Empresa mercantil exige que aquel deber de conservar la cosa usufructuada se traduzca:*

1.º En una *renovación constante* de los elementos desaparecidos, porque no es un usufructo «instantáneo» de cosas consumibles, sino una situación permanente sobre un conjunto de cosas (unas consumibles y otras no) tomadas como unidad funcional, donde las consumibles se están renovando constantemente y, siendo sustituibles o fungibles, hacen que la subrogación automática de las nuevas por las desaparecidas mantengan la *identidad de la sustancia* de la cosa que, al constituirse el usufructo, se tomó en consideración.

2.º En un *deber de explotar*, de donde el usufructuario ha de ejercer la Empresa para que no perezca, enajenando sus mercaderías, sobre las cuales no tiene una facultad anormal de disposición, sino la normal de este tipo de disfrute. No es que el usufructuario «pueda» enajenar, sino que «debe» hacerlo para disfrutar según su derecho y para cumplir su obligación de conservar la cosa que disfruta. No es, pues, un «usufructo de disposición», sino, pura y simplemente, de goce.

Tampoco ofrece dificultad concebir los poderes del usufructuario sobre los *créditos* de la Empresa, porque *no son créditos rentarios*, sino de percepción para la Empresa.

Por ello hay que considerarlo legitimado para cobrarlos y aplicarlos a su tráfico.

Las *deudas* de la Empresa no pasan «ipso iure» al usufructuario. Este responde de ellas por pacto expreso con el propietario, o cuando el usufructuario se haya constituido en fraude de acreedores (500, que se remite a los 642 y 643 del C. c.); pero resulta del art. 510 C. c. que el usufructuario *podrá* anticipar las sumas necesarias para el pago de las deudas de la Empresa, y tendrá derecho a exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo.

La misma solución constructiva que acabamos de dar para el usufructo *debe ser trasladada al arrendamiento*.

También el arrendatario tiene el *deber de conservar* la cosa arrendada, y también este deber hay que considerarlo desdoblado en una obligación de *explotar* y de *renovar* constantemente los elementos «flotantes» que en el tráfico negocial de la Empresa vayan desapareciendo.

La única diferencia consiste en que en esta renovación, las nuevas cosas, al subrogarse en el lugar de las desaparecidas, entran en la plena propiedad del arrendador (en el usufructo renacia sobre ellas la doble titularidad).

de su ámbito, rigiéndose por lo pactado y por la legislación común, civil y foral.

Sin embargo, los *locales de espectáculos* están por sí mismos equipados para tal inmediata explotación; y frecuentemente explotados por su mismo propietario.

Pues bien: los arrendamientos que sobre ellos se concierten y cuya duración contractual excediere de dos años, quedan sujetos a la prórroga obligatoria y al régimen de sus excepciones, si bien y en cuanto a éstas el propietario que deniegue la prórroga no está obligado a cumplir el requisito que, para los locales de negocio exige el apartado b) del artículo 90, del previo ejercicio de negocio o industria similar, en local arrendado, con un año de antelación. Por lo tanto, el propietario de un local de espectáculos puede reclamarlo para convertirse «ex novo» en empresario de tal negocio.

Y como ya dijimos, el arrendamiento de estos locales de espectáculos, y el de las oficinas, escritorios, depósitos y almacenes, constituyen los tercero y cuarto géneros de los regulados por la L. A. U., que dicta normas específicas para los de viviendas y de locales de negocio, y ordena por reenvío el régimen de estos otros tipos.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS SITUACIONES «ARRENDATICIAS»

Apenas hay otro parentesco entre estas situaciones que su regulación bajo un mismo rótulo en dos leyes; sin embargo, la determinación de lo común y de lo diferenciado para cada situación, nos impone una breve excursión histórica, en la que hemos de tener en cuenta las disposiciones, ya superadas, del Código civil y de la Ley Hipotecaria.

A) *El arrendamiento de estas cosas hasta el Código civil.*—El arrendamiento de inmuebles dice Cuq, no tenía razón de ser en la antigua Italia, pues todo ciudadano tenía un domicilio propio sobre un terreno concedido por el Estado, y cuidaba directamente de sus bienes y ganados con la ayuda de los miembros de su familia.

En cambio, desde antiguo fué conocido el arrendamiento de semovientes, porque las bestias de carga o tiro tenían demasiado precio para que cada jefe de familia pudiera poseer número suficiente de ellos; y era preciso alquilarlas cuando no se encontraba quien las prestase.

A ello se debe que, mientras la locación de animales era ya conocida en los tiempos de las XII Tablas, el de cosas sólo se desenvolvió cuando, después de las guerras púnicas, afluyeron a Roma gran número de extranjeros; y que el de tierras no se introduzca hasta el siglo VII de Roma, al aplicar a las de los particulares la relación jurídica que, en un principio, sólo se había usa-

do a propósito de las tierras de dominio público, que el Estado no podía usar directamente.

Precisamente el hecho de que la forma originaria de la locación de cosas fuera el arrendamiento de semovientes hizo, como observa Dernburg (8), que en derredor de la misma y conforme a sus fundamentos, se dibujara la teoría general de la locación y, con ella, su naturaleza jurídica. Dato éste de la máxima importancia para explicar algunos fenómenos singulares de la reglamentación romana de este contrato y, especialmente, el principio *emptio tollit locatio* consagrado por la *Lex Emptorem*, cuyo rigor, perfectamente justo cuando se trata del arrendamiento de bienes muebles, se concibe difícilmente tratándose del arrendamiento de bienes inmuebles.

Pero a todo esto, había aparecido, en la creación jurídica romana, la institución del *derecho de superficie*, para regular la ocupación (libre en un principio) del «ager publicus» para fines de edificación y *vivenda*, que desde una *relación personal de derecho público*, en la que el edificante pagaba un tributo llamado «solarium» por el terreno ocupado, que continuaba siendo del dominio público, se convierte en un *derecho real sobre cosa ajena* cuando el concesionario en vez del Estado, pasó a ser un particular, y se equipó jurídicamente al tenedor del suelo de un *interdicto* primero y, después, de las *demus acciones reales* por concesión pretoria, previa «causa cognitio»: la «*utilis petitio re, confessoria, negatoria*», la «*novis operis denuntiatio*», la «*cautio damni infecti*» e, incluso, la «*publiciana in rem*», a pesar de que según la opinión más corriente, no podía usucapir.

La finalidad de la previa «causa cognitio» nos la explica el mismo Digesto (43, 18, 3) al decir: «...a la verdad, con conocimiento de causa, le compelerá la acción real al que tomó en arrendamiento la superficie por no corto tiempo...» (*non módicus tempus*).

De modo que la diferencia práctica entre el arrendamiento (acciones personales) y la superficie (acciones reales) fué, para la jurisprudencia romana, una *diferencia puramente cuantitativa o de tiempo*. Al pasar cierto límite, el arrendamiento ya está protegido por acciones reales y, por ende, lo podemos clasificar como derecho real.

Pero, ¿cuál era la tasa del «módicus tempus»? Parece que quedaba al arbitrio judicial. Más tarde la Glosa sustentaría los criterios más diversos: treinta días, dos, cinco y hasta diez años, etc.

El objeto de la superficie lo podían ser las *edificaciones* o construcciones, *siempre que tuvieran adherencia al suelo* (no, por ejemplo, el «*hórreum frumentarium*»).

Paralelamente al derecho de superficie, nace y se desarrolla la *enfiteusis*, cuyo objeto son los predios rústicos, generalmente, aunque no siempre, terrenos yermos para su roturación y cultivo, que

8. *Pandect.*, II, pag. 491.

se concedían a cambio de un *canon* por años, llamado «vectigal» (del «ager vectigalis»).

Comienza por ser un *arrendamiento* por tiempo limitado, *que se va convirtiendo en perpetuo*, y que el Pretor protege concediendo al enfiteuta una acción real: la *actio in rem vectigalis*, que es una variante de la «rei vindicatio utilis».

El enfiteuta adquiere el derecho a disfrutar la finca cedida en su plenitud y, mientras dura su derecho, *ocupa la posición de un verdadero dueño*: percibe sus frutos y rendimientos, la mejora varía su cultivo y goza de la protección posesoria.

Sus obligaciones se reducen al pago del canon, a no deteriorar la finca y a notificar al propietario su voluntad de traspasar el derecho, para que éste pueda tantear (iu: protimiseos). Si falta a alguno de estos deberes, el dueño puede despojarle de su derecho y expulsarle de la finca.

La diferencia entre la superficie y la enfiteusis se produce como consecuencia de su coincidencia económica: la *absorción total del valor en uso de la finca* que constituye su objeto, que, siendo de naturaleza *rústica* se concreta en el aprovechamiento de sus frutos (enfiteusis), mediante su roturación y *puesta en cultivo*, ya que las edificaciones que en ella se construyan lo serán para mejor cumplir tal finalidad (accesorias); y tratándose de fincas *urbanas* (solares), su utilidad se contrae exclusivamente a su *edificación*.

Es preciso tener muy presente esta *coincidencia* entre ambas instituciones, porque nos explica que la enfiteusis haya prevalecido en el tiempo (ya que hasta muy recientemente lo rural absorbía, social y económicamente, a lo urbano), y que mientras la regulación de aquella se concretó minuciosamente en las legislaciones, la de la superficie haya sido apenas apuntada en muchas, debiendo ser completada con las normas de la primera.

Así ocurre en nuestro Código civil que sólo de pasada menciona la superficie en el párrafo tercero del artículo 1.611, al remitir a una ley especial que habría de dictarse (el R. D-L. de foros de 1925) la redención de este derecho real, en tanto que regula minuciosamente la *enfiteusis*, *bajo el nombre de contrato*, pero *configurando la situación*, de tal contrato resultante, *como de verdadero derecho real*, aceptando aparentemente la teoría del dominio dividido, nacida en la Glosa por un error de Bulgaro, quien viendo en el Derecho romano acciones directas y útiles y la atribución pretoria al enfiteuta de la «utilis rei vindicatio», creyó que existían dos tipos de dominio: directo y útil.

Pero nuestro Código, si bien utiliza para la enfiteusis esta terminología lo hace por economía del lenguaje.

En la situación legal, el *propietario es*:

1) Para unos (Castán, Sánchez Román y Sanz), el enfiteuta, ya que hace suyos los productos y accesiones de la finca, tiene «los derechos que corresponderían al propietario» sobre las minas

y tesoros (1.632), y porque fiscalmente se liquida la transmisión del dominio y la constitución del canon.

2) Para los que aceptan la teoría romana, como Traviesas (9), *el propietario es el censualista*, porque tiene el derecho al *reconocimiento* del censo y al *comiso* por el mal uso (último germen de la potencia expansiva del derecho de propiedad).

La *redención* del enfiteuta no es, pues, una liberación, sino *un acto constitutivo, una verdadera expropiación* por utilidad privada en función de consideraciones de organización de la economía social (como en la *servidumbre forzosa de paso*).

Las consideraciones de la opinión contraria no son concluyentes. En efecto: la adquisición de los frutos es el fin económico de la enfiteusis, su contenido, cuya protección jurídica con efectos reales constituye este derecho; el derecho del enfiteuta a los tesoros es, como dice el mismo Código, «el que correspondería al propietario», es decir, que señala el ámbito del derecho del enfiteuta frente a éste; y, finalmente, el criterio fiscal no puede ser base del jurídico, sino al revés, aunque frecuentemente lo perturbe.

Pero, además, en el caso de que el enfiteuta abandonase la finca, devendría "nullius" bajo la primera teoría, y con la segunda, el dominio directo reabsorbería el útil, cosa que está consagrada en el artículo 1.625 del Código civil para el caso de que, habiéndose perdido parcialmente la finca, no le convenga al enfiteuta pagar íntegra la pensión y «prefiera abandonar la finca al censualista».

No obstante nuestra posición, hemos de afirmar que *el censualista es la mínima cantidad de propietario posible*, porque mientras que sus facultades frente al enfiteuta se reducen a retraer cuando enajene y a decomisar la finca si la deteriora, las del enfiteuta son: redimir, transmitir libremente por herencia y enajenar a título oneroso, aunque bajo tanteo y retracto: *la enfiteusis es, para el enfiteuta, un puro valor patrimonial*.

Por eso la conservación de la finca y el pago de sus contribuciones corresponden al enfiteuta y no al *censualista*, que es un *propietario claudicante: la relación tiene su centro de gravedad en el enfiteuta, que atrae al dominio*.

En la *Edad Media*, los arrendamientos inmobiliarios se caracterizan por su tendencia a la perpetuidad, hasta tal punto que la historia del arrendamiento se confunde durante esta época con la de enfiteusis.

Pero la enfiteusis, a su vez, se había confundido y deformado con las *concesiones feudales* o señoriales, conservando de su carácter patrimonial la armazón técnico-jurídica heredada del Derecho romano.

Y cuando a mediados del siglo XIX las tendencias políticas de la época destruyeron los restos de la antigua y superada organización político-social asentada sobre las jurisdicciones personales, para fundar un nuevo orden político sobre la soberanía del pueblo

(9) Notas de sus explicaciones en la Cátedra de Oviedo en el curso 1931-32.

considerado como Nación, el movimiento político, extremista como todo movimiento pendular no se limitó a la abolición de lo puramente caducado por señorial, sino que arrastró al aniquilamiento lo que de aquel sistema tenía de ordenación económica.

La fobia a lo señorial fué enemiga, también, de la institución enfiteútica, que se aceptó a regañadientes como situación jurídico-económica de no inmediata liquidación, pero cuya desaparición era deseable (lo que sólo tenía justificación en cuanto al desorden que tuvo en su crecimiento, manifestado en la subenfiteusis).

De aquí que *el contrato de arrendamiento readquiriese una enorme importancia.*

Y los principios de la economía liberal (libertad de contratación y libertad de contenido), influyeron decisivamente en su regulación, inspirando leyes de sentido fuertemente individualista o anárquico, en que el hombre sólo encontraba en el contrincante su limitación, como lo fueron nuestros Decretos de 8 de junio de 1813 sobre arrendamientos rústicos y la Ley de 9 de abril de 1842 sobre arrendamientos urbanos, en los que quedó consagrada la absoluta libertad contractual y, con ella, el predominio de los propietarios, económicamente más fuertes.

B) *En el Código civil.*—De estas disposiciones se pasa, al través de la Ley Hipotecaria, a los artículos 1.546 y siguientes del Código civil, que regulan el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas de un modo unitario, como un *contrato* productor de las siguientes obligaciones y derechos:

1) Para el *arrendador*, de proporcionar al arrendatario el uso y disfrute de la finca arrendada, durante el tiempo convenido, lo que implica: una obligación de saneamiento (correlativa a la de la compraventa), consistente en mantenerle en aquel uso y disfrute; en el deber de mantener la cosa apta para ello, realizando las reparaciones necesarias; y, aunque no se diga expresamente, a pagar las contribuciones e impuestos de la finca.

2) Para el *arrendatario*, la obligación de pagar la renta convenida, no alterar ni deteriorar la cosa, y devolverla al finalizar el plazo contractual.

Pero, a pesar de este cuadro obligacional de la misma regulación del Código resalta, imponiéndose, un hecho con consecuencias jurídicas: *la atribución de la posesión de la finca al arrendatario en virtud de un título*: el contrato de arrendamiento.

Y esto implica el establecimiento de una situación jurídica, cuyas consecuencias, independientes de contrato-título, son: la *protección posesoria* directa del arrendatario contra los perturbadores de hecho, por medio de los interdictos; la *adquisición inmediata de los frutos*; y la *posibilidad normal de subarrendar*, salvo pacto prohibitivo.

Todo ello supone una base de derecho o *relación real*, que fué desconocida por la doctrina, obcecada por un solo precepto, el artículo 1.571, que consagra el criterio de la *Lex Emptorem* con dos

leves correcciones, en la redacción de su primer párrafo, que dice así:

«El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario, y lo dispuesto en la ley Hipotecaria.»

Aquella situación y este precepto nos imponen un breve estudio del significado de la *Lex Emptorem* y de sus correctivos, de la facultad de subarrendar que, salvo pacto, tiene el arrendatario y, finalmente, de la adquisición inmediata de los frutos por parte del arrendatario.

1) *Significado de la Lex Emptorem.*—El principio creado por la *Lex Emptorem* de que *emptio tollit locatio*, se generalizó en las legislaciones positivas, consagrándolo diferentes brocados: venta mata arriendo, vendage passe louage, Kauf bricht Miete, etc.; y fué recogido, dentro del Derecho histórico español, por las PARTIDAS (V. ley 19, tít. 8).

Al desaparecer el feudalismo estas reglas cobraron esplendor, mientras simultáneamente decaía la enfiteusis.

Pero como el principio de la *Lex Emptorem* constituye la negación de la estabilidad arrendaticia, dentro de las mismas codificaciones, exponente máximo del espíritu liberal, se implantan normas de *corrección*: el C. c. francés dispuso la permanencia del arrendatario si el arrendamiento constaba en documento notarial, salvo que el arrendador se hubiese reservado aquel derecho; el C. c. italiano de 1865, paralelamente, se refería a documento notarial o a documento privado de fecha cierta; el nuestro exceptúa el «pacto en contrario» de vendedor y comprador y el arrendamiento inscrito; en la codificación alemana, mientras el proyecto sancionaba plenamente la *Lex Emptorem*, el B. G. B. dispone la subrogación del comprador en los derechos y obligaciones «del contrato»; y, finalmente, el nuevo C. c. italiano adopta un criterio de amplia protección, según se trate de arrendamientos por más o menos de tres años, en combinación con el Registro de transcripción.

Suele entenderse la *Lex Emptorem* como la negación más completa del posible carácter real del derecho del arrendatario. Todo derecho real, se dice, debe reunir dos características: ser un poder directo e inmediato sobre la cosa y tener una oponibilidad «erga omnes» (lo que ahora se llama, con feísimos barbarismos, «inmediatividad» y «absolutividad»).

El primer aspecto lo trataremos más adelante, con relación al subarriendo. Ahora nos ocuparemos del segundo: *la caducidad del arrendamiento cuando se vende la finca arrendada, ¿implica necesariamente que carezca de carácter real?*

Piensen que si muchos autores, tanto extranjeros como nacionales (Fubini, Venzi, Pacifici, Ruggiero, Enneccerus, Castán y Roca Sastre): pero *no tienen razón*.

En efecto: la eficacia «erga omnes» no es más que la expre-

sión del deber general de *respeto a las situaciones jurídicas ajenas*, y es, en sí mismo, predicable tanto de los derechos reales como de los de crédito. Ahora bien: puede ocurrir que el orden jurídico *libere* de ese deber de respeto a ciertas personas: eso ocurre al comprador de la finca arrendada según la *Lex Emptorem*, y eso le pasa al adquirente de buena fe según el Registro y al protegido por el artículo 464 del C. c. ¿Dónde está la eficacia «*erga omnes*» de un usufructo no inscrito, en el caso de que la finca sea adquirida como libre por un tercero protegido por la fe pública?

La única diferencia entre ambas situaciones radica en que, para las derivadas de la protección al tráfico se exige el desconocimiento de la situación jurídica (buena fe), situación que se impone al adquirente que la conoce (mala fe), en tanto que el comprador de la finca arrendada puede romper el arriendo, según la *Lex Emptorem*, aunque le constase su existencia.

En todo caso y por este lado, *bastaría la derogación de la Lex Emptorem para que el derecho del arrendatario adquiriese carácter real*.

Ya reconocieron esto los autores de nuestra primitiva *Ley Hipotecaria*, cuando dijeron en su Exposición de Motivos que con la inscribibilidad del arrendamiento «se establecía implícitamente un derecho real»: pero esta afirmación, un tanto tímida (tal era el peso de la tradición obligacionista del arrendamiento), sólo tuvo una trascendencia jurisprudencial: tratar el arrendamiento inscribible como un *acto de riguroso dominio*, apartándolo del campo de los negocios de administración.

Por lo demás, la doctrina de entonces y, lo que es más curioso, la de ahora, desconociendo la realidad real (valga la redundancia), se perdió y pierde en una serie de disposiciones bizantinas acerca de *si la inscripción puede o no alterar la naturaleza del derecho inscrito* (lo que se niega), y, sobre la base del riguroso carácter creditual del arrendamiento, estima que su registración debió hacerse por medio de la *anotación preventiva*, como en el sistema suizo, y no en la forma de una propia inscripción, que debe reservarse para los derechos reales.

Por otra parte, intenta explicar la subsistencia del arrendamiento para el comprador por aquellas otras palabras de la Exposición de Motivos, en la que se dice que éste entra en la finca «con conocimiento de las obligaciones en que es sucesor», lo que debe rechazarse, porque: *a*) el Registro no es instrumento para la sucesión en obligaciones, sino en derechos reales; *b*) tal sucesión en las deudas exige el consentimiento del arrendatario o acreedor de ellas.

Esta doctrina, representada actualmente por Roca Sánchez, afirma, pues, en sustancia, que la publicidad del Registro no puede cambiar la naturaleza de un derecho y que la registración del arrendamiento sólo le atribuye (sin alterar por lo demás, su naturaleza

y régimen que el C. c. regula) la oponibilidad a los terceros adquirentes de la finca arrendada.

El resultado es, resume Roca (10), *un derecho personal con efecto de derecho real*, al igual que ocurre con las anotaciones preventivas de demandas en las que se ejercita una acción personal dirigida a provocar un cambio real.

Esta afirmación no puede ser más sofisticada. Si se niega el carácter real al arrendamiento por su falta de oponibilidad al adquirente, logrado este efecto, ¿por qué seguir negándole tal carácter?

La verdad es que *si la registración atribuye a un derecho un determinado efecto, es porque puede dársele*, es decir, porque su naturaleza intrínseca, no sólo lo permite, sino que casi lo exige y porque su carencia se debía a una circunstancia legal, ajena al derecho en sí. La obligación de pagar algo a otro no es inscribible y si se inscribiera, ni cambia su ser ni puede adquirir efecto alguno.

Si el arrendamiento inscrito puede adquirir una oponibilidad de la que, en principio, carecía, es porque puede tenerla: porque era un derecho real débil o mal conformado, pero capaz de recibir salud y fuerza por la inscripción. La inscripción puede vigorizar un derecho, pero no puede darle nada que, por su propia naturaleza, no sea capaz de recibir.

La analogía que Roca pretende establecer entre el arrendamiento inscrito y la anotación de la demanda de una acción personal, nos parece también inexacta y desafortunada, porque *la demanda anotada no supone la registración de una obligación*, sino la inmovilización judicial de un bien sobre el que poder hacer efectiva una pretensión en vías de discusión. Y el arrendamiento no es una pretensión, sino una situación.

Pero es que, además (y en esto hay perfecto acuerdo), *la anotación implica una interinidad, una transitoriedad de situación; y la registración del arrendamiento supone, busca y consigue la permanencia*.

Si el arrendamiento puede inscribirse con eficacia jurídica será, pues, porque su naturaleza intrínseca es de derecho real, sin efecto, en principio, frente al adquirente de la finca arrendada, pero que puede adquirirlo, porque a ello tiende, por dos caminos:

1) Por creación contractual del efecto de oponibilidad, al que naturalmente tiende; creación que, en el régimen jurídico de carencia, debe ser registrada, como excepción que los terceros deben conocer para tener que respetarla.

Por eso, cuando el régimen jurídico cambia de signo y lo normal es la oponibilidad, *la registración nada tiene que hacer en el régimen de arrendamientos*, porque nada les puede añadir como situaciones posesorias que llevan en sí mismas mayor publicación

que la del Registro (al que hay que acudir cuando las cosas no entran por los ojos, pero que es innecesario en las situaciones que se dan a conocer por sí mismas), y mejor *publicidad* también (la legal).

2) Por pacto entre el vendedor y comprador de la finca arrendada de respetar el arriendo vigente, es decir, de renuncia, por parte del comprador, a su derecho de destruir el derecho real que no tiene fuerza frente a él.

No es posible concebir esta situación de otro modo, que tendría que ser el de una estipulación a favor de tercero que, como tal, exigiría la aceptación del arrendatario y que podría ser revocada antes de que recayese tal aceptación. Y es indudable que ni el arrendatario tiene nada que aceptar ni tal «estipulación» puede ser revocada en ningún caso.

Es decir: frente a la vigorización del derecho del arrendatario, contractual y pública con respecto al tercero posible, la renuncia, contractual y privada, del tercero presente.

Hemos dicho antes que bastaría la derogación de la *Lex Emptorem* para que el derecho del arrendatario pusiera de relieve su naturaleza intrínseca de derecho real.

Pues bien: obcecado el legislador por la tradición personalista del arrendamiento, cuando en las legislaciones especiales establece de un modo fuerte e inderogable la permanencia del arrendatario, todavía nos hablará en ellas a base de una artificiosa teoría de *subrogación legal del comprador en la posición jurídica del arrendador*.

Pero las cosas son lo que son, y no lo que se las quiera llamar. Y tal subrogación no cabe:

1) Porque, legal o contractual, exige el consentimiento del acreedor, es decir, que sería precisa la intervención aprobatoria del arrendatario en la compraventa; y

2) Porque, en definitiva, la subrogación se refiere a una sustitución *en o de* las obligaciones, y no explica la permanencia de los poderes jurídicos del arrendatario sobre la cosa, su gravitación inmediata sobre la cosa arrendada.

En efecto: puede pensarse en la subrogación del obligado para la conservación de la cosa, pero ello nada tiene que ver con el disfrute (esencia del arrendamiento), que es independiente, en sí mismo, de tal subrogación.

En definitiva, el propietario, sea quien sea, está obligado frente al arrendatario a determinadas prestaciones de hacer, no por razón del contrato, sino en virtud de su relación con el predio, sobre el que su arrendatario tiene el derecho de disfrute.

2) *La posibilidad del subarriendo*.—Así como la oponibilidad «erga omnes» constituye la cara externa de todo derecho real, la interna consiste en el *poder directo e inmediato* del titular sobre la cosa.

En este aspecto, se dice, carece también el derecho del arren-

datario, quien goza al través de una prestación continua del propietario y no tiene poder autónomo sobre la cosa, ya que sólo puede actuar por sí mismo contra los perturbadores de hecho, pues contra los que pretenden desconocer o menoscabar su disfrute fundados en un título jurídico, ha de actuar el propietario a su servicio. Pero *examinemos estas afirmaciones.*

a) El *arrendador está obligado a conservar la cosa* en el estado que sirva adecuadamente al disfrute pactado con el arrendatario.

Esto supone una obligación de «hacer», que no es extraña al campo de los derechos reales, cuando consista, como en el caso presente, en un hacer relativo a las utilidades del inmueble que el arrendatario del mismo tiene derecho a obtener.

Supondrá, pues, que el derecho real del arrendatario es del tipo de los «in faciendo», a cargo del propietario del inmueble gravado; pero no lo lanza, por este solo dato, al campo de los derechos de crédito, sino que, antes al contrario, afirma nuestra opinión.

En efecto: el artículo 1.571, que consagra el principio de la Ley Emptorem, supone que el arrendador puede en todo caso, vender la finca arrendada sin el conocimiento y consentimiento del arrendatario.

Concebido el derecho de éste, de acuerdo con la tradición romanista, como un derecho de crédito, es indiscutible que aquella venta no podría producirse sin su consentimiento, porque el arrendador, que es deudor del arrendatario en cuanto a las obligaciones enumeradas en el art. 1.554, no podría ser sustituido en ellas sin la colaboración aceptante de éste, en una novación o por medio de una transmisión pasiva de obligaciones (si se estima que ello es posible fuera del procedimiento novatorio).

Si no ocurre así; si el arrendador que enajena es sustituido en sus obligaciones por el adquirente, ello indica que no estaba obligado por contrato, sino por su relación de propiedad sobre una cosa en situación de arrendamiento (aquellas obligaciones derivan de esta situación, y esta situación del contrato).

Y apoyadas las obligaciones de hacer sobre la cosa arrendada, la transmisión de ésta libera al enajenante y liga al adquirente. Es el juego típico de todo deber jurídico impuesto por razón de una cosa.

El arrendatario tiene, pues, un derecho real «in faciendo» sobre la cosa (Crome, Dernburg, Oertman y entre nosotros, Foncillas) que, además de implicar su inmediato disfrute, impone a quien sea su propietario ciertas obligaciones de hacer, de las que éste se libera por el abandono o por la enajenación de la cosa *para el futuro*, porque *en cuanto al pasado* sigue obligado, pero ya no por razón de la cosa con la cual rompió su relación, sino por virtud del artículo 1.101, que transforma su pasada obligación incumplida, en una actual de *resarcimiento*.

b) El *arrendatario carece de poder autónomo* sobre la cosa. Casi nos parece poco serio que se afirme esto, porque el arrendatario goza de la cosa arrendada, de un modo pleno, directo, exclusivo y excluyente. ¿Qué diferencia económica hay entre el arrendamiento y el usufructo? ¿Por qué va a haberla jurídica?

Por otra parte (y siempre dentro del régimen del Código civil), el *arrendatario* a quien no se le hubiera prohibido (¡prohibición de disponer aceptada por la ley como válida y eficaz!) *podrá subarrendar la cosa*.

Nótese bien: no podrá ceder el arrendamiento, porque ello implica una transmisión en parte activa, pero en mucha parte *pasiva* de obligaciones, que requiere el consentimiento del arrendador-acreedor; pero podrá subarrendar; es decir: *dispondrá autónomamente de la cosa arrendada*, transmitiendo su disfrute a un tercero.

Finalmente, se dice que si bien el arrendatario, como poseedor, tiene la protección interdicial frente a los perturbadores de hecho, no tiene autonomía de actuación jurídica con respecto a los que, fundados en un título, intenten una pretensión cuyo logro implique un menoscabo de su disfrute.

Y nos preguntamos: pero, ¿es que el usufructuario puede hacer algo contra un tercero que afirme la existencia de una servidumbre derivada del dueño?

Pero es que, además el artículo 1.553 establece que «son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa»; y en el 1.474 se dice que «en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1.461, el vendedor *responderá* al comprador: 1.º De la *posesión legal pacífica* de la cosa vendida», lo que coincide exactamente con lo ordenado en el 1.554, según el cual «el arrendador está obligado: 3.º A mantener al arrendatario en el *goce pacífico* del arrendamiento por todo el tiempo del contrato».

No hay, pues, diferencia de situación entre la compraventa, cuya finalidad es atributiva del dominio (el derecho real por excelencia), y el arrendamiento, cuyo objeto es la transmisión de un contenido económico más limitado: el disfrute temporal de una cosa.

3) *La adquisición inmediata de los frutos*.—Ni el principio de la Ley Emptorem (lado externo), ni el contenido del derecho del arrendatario (lado interno), excluyen, sino que imponen, el carácter real de este derecho; pero es que, además, si no se le reconoce esta naturaleza, es imposible de explicar, para los arrendamientos rústicos, el efecto automático e inmediato de la adquisición de los frutos de la finca arrendada por parte del arrendatario.

El arrendatario de una finca rústica *hace suyos los frutos*: ¿Cómo explicar esto dentro de la teoría obligacionista? Se han arbitrado diversas teorías:

1) Polacco y Fubini pretenden fundamentarlo en la obliga-

ción de proporcionar el disfrute; pero esto no explica nada, porque el disfrute es un hecho.

Podrá haber la obligación de permitir y facilitar el disfrute, pero el cumplimiento de aquélla habrá de traducirse en un permiso para obrar en la cosa; en definitiva: una concesión de un poder inmediato y directo.

2) Carnelutti estima que el arrendatario disfruta en virtud de una obligación de «no hacer» del arrendador.

Pero esta teoría, similar a la concepción obligacionista del derecho real, no parece aceptable, porque es evidente que al arrendatario no le basta, para satisfacer su interés, con que el propietario «no haga», sino que precisa estar facultado para «hacer» por sí mismo. Los que creen que no ejercito mi derecho de propiedad sobre una manzana cuando me la como, sino cuando prohibo a los demás tocarla están legitimados para sostener que el arrendatario sólo tiene derecho a exigir el no hacer del arrendador.

3) Para explicarse concretamente la adquisición de los frutos, Zittelmann piensa que con el derecho de arrendamiento va in-sita una *oferta de tradición* de aquéllos, que el arrendatario acepta al percibirlos.

Esta posición merece severas críticas, porque conduce a consecuencias absurdas. En efecto: el riesgo de la pérdida por caso fortuito deberá recaer, según esto, sobre el propietario, porque se produce antes de la aceptación (pendente obligatione); y es evidente que no ocurre así. El riesgo de la empresa agrícola lo asume el arrendatario, y sólo excepcionalmente se admite que la pérdida de la cosecha dé lugar a una reducción de la renta.

Por otra parte, y como dice Von Tuhr, si el arrendador deviene incapaz, el acto de tradición no podría perfeccionarse.

4) Acorralada, la doctrina busca un «*tertium genus*». Masco nos habla que el arrendamiento es «un derecho personal de disfrute», que entraña un poder directo sobre la cosa, aunque más personal que el derecho real propiamente dicho.

Pero el establecimiento de un tercer término, por sí mismo, tampoco explica nada. Decir que una cosa tiene una naturaleza «*sui generis*», sin explicar en qué consiste, es eludir una explicación que no se da, como cuando se termina una enumeración añadiendo el «*et coetera*» se quiere decir, en la mayoría de los casos, que no se recuerda o conoce más términos de la misma.

Y es que no hay escape: el arrendamiento ha de ser concebido como un derecho real de disfrute, que atribuye al arrendatario un poder directo sobre la cosa arrendada, por cuyo título adquiere sus frutos.

Es, pues, un derecho paralelo al del *usufructuario*, como observan De Buen y López Palop, del que, en definitiva, no se diferencia más que en el *matis fuertemente personal de éste, que*

termina en todo caso con la muerte del usufructuario, lo que no ocurre con el arrendamiento del Código, en el que prevalece el plazo contractual, ni mucho menos en los arrendamientos especiales en los que la situación arrendaticia permanece con casi total independencia de la vida del arrendatario.

IV. EL ARRENDAMIENTO DE ESTAS COSAS EN LAS LEYES ESPECIALES

Hemos afirmado y creemos haber probado que del contrato de arrendamiento de cosas surge, dentro del régimen del C. c., una situación jurídica de derecho real, que vive por sí misma y con sus propios efectos, desligada ya del contrato que fué su ocasión de vida.

Pues bien: si creemos esto con relación de aquel régimen, ¿qué no pensaremos en el ordenamiento resultante de las leyes especiales? Dentro de él pondremos de relieve dos características del mayor interés: 1) la normación legal del contrato originador; y 2) la extraordinaria potencia en efectos reales de la situación originada.

A) *La normación legal del contrato originador.*—Siguiendo la terminología de Niepperdey, puede afirmarse que en la legislación especial, el contrato de arrendamiento que recae sobre fincas se ha convertido en un contrato de normación legal: en un *negocio jurídico dictado*.

No es lo mismo el negocio jurídico dictado que el *forzoso*, ni éste es igual al *de conclusión forzosa*. Nos explicaremos, siguiendo en parte ideas de Polo (II).

El sistema de contratación conocido por nosotros responde exactamente a la concepción liberal y democrática que domina el siglo XIX y los comienzos del XX.

Reflejo fiel de aquella concepción política, hace del reconocimiento de los derechos individuales quicio y fundamento de todo el sistema, y coloca la ley al servicio directo de los particulares, garantizando la libertad de acción de éstos hasta los límites de lo tolerable.

La creación de estos derechos sólo puede surgir, para el liberalismo, por la libre voluntad del hombre. Y esta libertad es el señor más absoluto de derecho contractual.

En función de este sistema liberal, dos principios gobiernan todo el mundo contractual: el de la *autonomía de la voluntad* privada y como secuela de éste, el de *libertad de contratación*.

En un sistema de contratación así concebido, se desconoce, por

(II) En «Rev. Der. Priv.», 1941, de cuyo trabajo resumimos brevemente la parte necesaria para las consecuencias que sacaremos en nuestra materia, incluso tomando literalmente algún párrafo o frase, cuya exactitud de expresión nos pareció difícil de modificar.

tanto, todo sentido social y colectivo que no sean la suma de intereses personales; y el espíritu individualista encuentra en el sistema contractual su ambiente más propicio.

El principio de *libertad de contratación* aparece formulado en función del de la *autonomía de la libertad* privada, declarada consustancial al hombre y rodeada de un nimbo «ius naturalista» que la hace punto menos que intangible.

Este principio informa y preside todos los contratos. Aquel «laissez faire» de los fisiócratas conduce ahora al libre juego de las voluntades individuales y de las fuerzas económicas.

Presupuesto teórico y fundamental del sistema es la *igualdad de las partes*, que en el libre juego de sus intereses contrapuestos, llegan a fijar una serie de puntos coincidentes, y que, a su vez y libremente, se determinan a concluir el contrato. Es decir: que esta *libertad* de contratación se manifiesta en un doble aspecto: *libertad de conclusión del contrato* y *libertad de fijación de su contenido*.

A estas dos formas de manifestación de la libertad contractual, corresponden actualmente dos expresiones de su negación en los llamados en la técnica de Niepperdey, *contratos dictados* o *forzosos* en los cuales la obligación se concreta, unas veces a la celebración del contrato, otras a recoger en él un contenido mínimo normativo, y otras, en fin, celebración y contenido mínimo aparecen igualmente impuestos por la ley.

Ello se debe, no solamente a causas de orden social y ético, sino también y muy principalmente, a motivos de orden técnico.

La concentración industrial y capitalista puso bien pronto de relieve que la *cacareada igualdad de las partes no era más que teórica*, y que lo mismo el obrero (en el campo del trabajo) que el particular usuario o consumidor (en el de la economía), acudían al contrato en condiciones de verdadera inferioridad frente a la potencia económica de la gran Empresa, que en virtud de un monopolio o cuasi-monopolio de hecho (cuando no de derecho), les obliga, no sólo a celebrar el contrato (*crisis de la libertad de conclusión*), sino a aceptar íntegramente las condiciones por ella dictadas casi siempre abusivas (como, por ejemplo, las cláusulas de exoneración de responsabilidad), seguras de que el hambre o la *necesidad del artículo o del servicio*, le proporcionará los brazos que necesita para su taller o fábrica, o el cliente consumidor que sostiene su negocio (*crisis de la libertad de fijación de contenido*).

Surge entonces el llamado por Saleilles contrato de *adhesión*, que es un verdadero contrato-reglamento; y le siguen los denominados *contratos normativos*: el de *cártel* (o de coaliciones de Empresas) y el *colectivo* (generalmente de trabajo).

Es natural que una zona tan extensa y tan sensible de la Economía como lo es la de la contratación, no pudiera sustraerse a la penetración de las ideas colectivas y sociales, características del momento presente, penetración favorecida por una cada día

más creciente intervención del Poder público que, si pudo desentenderse de aquellos contratos aislados celebrados bajo el imperio de la voluntad, en cuanto se mantenían en unos ciertos límites de cantidad y cualidad, no puede permanecer ajeno, ni frente al nuevo tipo contractual que se va dibujando como consecuencia de la concentración industrial y capitalista, ni frente a *la perentoriedad de ciertas necesidades particulares en un medio económico de escasez*; en definitiva: de un desequilibrio entre la demanda y la oferta, que coloca al peticionario en una inferioridad injusta cuando ello recae sobre cosas de las que al hombre no le es dable prescindir: alimento, vestido, vivienda y transporte.

Ello hace que la intervención legal alcance desde colocar a una de las partes en la situación permanente de oferente (es el caso de los transportistas, frente a los que se cierra un contrato; no es que se les obligue a contratar), pasando por la obligación legal de contratar (los seguros sociales y de riesgos de transportes, en favor de obreros y viajeros), hasta la mera fijación legal del contenido del contrato, que en sí mismo es voluntario, es decir, que se celebrará o no, según la voluntad de las partes, pero si se celebra, su contenido viene impuesto por la Ley (por ejemplo: en los artículos sujetos a *tasa* no hay libertad de fijación del precio).

Esta intervención mínima legal alcanza a los dos tipos anteriores: es decir, que los contratos forzosos y los de conclusión forzosa son, también, de contenido dictado.

a) *Sobre fincas urbanas*.—En materia de *arrendamientos de fincas urbanas* hay una posibilidad futura de contrato de *conclusión forzosa*, que puede darse para los propietarios de locales aptos para viviendas, en el caso de que el Gobierno haga uso de la autorización para legislar por Decreto que le concede la 23 disposición transitoria de la vigente L. A. U.

Si se produjera este evento, el Gobierno puede imponer el *alquiler obligatorio de las viviendas vacantes*, previo un plazo de quince días que el Gobernador provincial habría de conceder al propietario para que lo concertase por sí mismo. Pasado tal plazo sin efecto, el Gobernador podrá acordar la ocupación arrendaticia del aspirante a inquilino a quien por turno corresponda y se halle dispuesto a pagar la renta exigida por el arrendador, si no fuera superior a la última declarada a fines fiscales.

Pero, aparte de esta posibilidad excepcional y aun no producida *el contrato es de contenido dictado en cuanto a los puntos* que indicaremos en seguida.

De la lectura superficial de la L. A. U. podría parecer que el contenido contractual es mucho mayor. Nada más inexacto; aunque la ley hable de prórroga del contrato, de causas de oposición a la prórroga y de resolución del contrato, la regulación que hace es de la situación arrendaticia creada por el contrato, pero que vive ya independizada de él.

Y esto es así hasta tal punto, que sólo el artículo 150 se re-

fiere directamente al contrato originador, permitiendo al inquilino liberarse de la obligación contractual del pago de las rentas, antes del término de duración pactado, cuando el propietario le perturbe su disfrute, no realice las reparaciones necesarias o no le preste los debidos servicios complementarios.

Es decir: después de vencido el plazo contractual, el inquilino debe las rentas por razón de la situación arrendaticia que es un derecho suyo, y al cesar ésta por el abandono de la vivienda, cesa aquélla; pero antes de tal vencimiento las debe, además, por razón del contrato y no puede liberarse de su deuda por el abandono.

El contrato de arrendamiento es de contenido dictado en cuanto a los siguientes puntos:

1) La constitución de una *fianza obligatoria* por el inquilino en favor del propietario por el importe de una renta de la vivienda y de dos del local de negocio, que aquél entregará a éste, quien la invertirá en el papel del Estado creado al efecto, que retendrá en garantía hasta finalizar la situación arrendaticia. La ley dice «hasta la terminación del contrato»; pero hay que entenderlo como decimos, porque también habla de «prórroga del contrato» y no de la situación, que se prolonga a la exclusiva voluntad del inquilino, cuando el contrato precisa, en todo caso, el concurso de voluntades.

2) En el inquilinato de *viviendas amuebladas*, la ley impone el *desdoblamiento contractual de la renta* en: a) por la vivienda considerada en sí misma, cuya *tasa* se rige por los criterios que indicaremos después; y b) por los muebles, que no podrá exceder de otro tanto (§7).

Este desdoblamiento tiene su *consecuencia* jurídica, que es un excelente índice indicador de la exactitud de nuestros puntos de vista: *sólo es causa de resolución el impago de la renta correspondiente a la vivienda*, considerada en sí: el impago de la renta de los muebles sólo da derecho a reclamar su importe (153).

Es decir: hay un contrato del que la ley separa la situación arrendaticia sobre la vivienda, que permanecerá a pesar del incumplimiento contractual del inquilino; pero lo que no parece justo es que constriña las posibilidades contractuales del propietario a uno solo de los términos que se dan en todas las obligaciones recíprocas (1.124 C. c.); reclamar el cumplimiento, pero privarle de obtener la resolución del contrato en cuanto a los muebles y, en consecuencia, la devolución de éstos.

3) La *renta* es lo único que pueden pactar los contratantes, quienes se encuentran, después del contrato, con una situación férreamente articulada por la ley, de enérgicos y típicos afectos de un perfecto derecho real.

Y aun la renta se encuentra sometida a una cierta *tasa legal de máximo*, que puede ser sintetizada así:

a) *En los edificios anteriores a 1936*, la renta se estabiliza en la vigente el 17 de julio de aquel año, que, en principio, es sus-

ceptible de incrementarse según la escala de porcentajes del artículo 118, cuya efectividad para las viviendas está suspendida a la determinación del Gobierno por la 11.ª disposición transitoria, suspensión que no afectó al 40 por 100 que también establece de incremento para la renta de los locales de negocio; pero, en ambas situaciones si en el interin hubiese habido una elevación convencional, no afectará a la base de cálculo del aumento (12).

b) *En los edificios construidos después de aquella fecha, pero antes del 2 de enero de 1942*, la renta entonces vigente queda establecida como tipo.

c) *En los edificios construidos con posterioridad*, la primera renta fijada contractualmente pasa a ser el «tipo» futuro.

d) *Libre el local de negocio o vivienda*, puede pactarse con el nuevo inquilino una renta superior al «tipo» que corresponda según lo indicado, *sin exceder de la que resulte catastrada por investigación* (no por declaración del propietario).

Pero, según el artículo 133, tanto el inquilino como el arrendatario de locales de negocio, puede imponer al propietario la *reducción de sus rentas a la cantidad declarada por éste al Fisco* o a la que, si no se formuló declaración, sirvieren de base al tributo, *«entendiéndose en estos casos novado el contrato» en cuanto a la renta*, sin necesidad de acudir a juicio.

Como por renta se entiende, a los efectos fiscales, «la cantidad total que el propietario percibe del inquilino como precio del disfrute o posesión» de la finca o de los servicios complementarios (artículo 6.º del D. de 21 de mayo de 1943), se infiere a contrario que los excesos de contribución que el propietario percibe de los inquilinos, que no son precio del disfrute ni le proporcionan utilidad alguna, no tienen el carácter de renta y no están comprendidos en la hipótesis del precepto que nos ocupa.

Aquel precepto es confirmación de su precedente directo, el artículo 12 de la ley de Reforma Tributaria; y ambos son el desarrollo del artículo 1.º del R. D.-L. de 1.º de enero de 1926, que denegaba al arrendador la acción para reclamar rentas superiores a las catastradas o amillaradas.

El *fundamento* de esta regla podría encontrarse, como dice Flores Micheo (13), en la razón de que se consiente al inquilino la rebeldía contra el propietario, en la misma medida en que éste lo es para con el Fisco, ya que el impuesto es la prima que al Estado se paga por la protección que nos presta.

Pero, en realidad y como dice el mismo autor, se trata de una medida que tiende exclusivamente a un resultado fiscal, buscando un aliado en el inquilino que sabe en guerra con el propietario,

(12) El Ministro de Justicia anunció a principios del corriente año que está en estudio una ley que permitirá la elevación de estas rentas antiguas dentro de ciertos módulos.

(13) En un interesantísimo trabajo titulado *Modificación de renta urbana por motivos fiscales*, en la «Rev. de Der. Priv.», 1948, pág. 212, del que tomamos algunas ideas y perfilamos otras.

porque hoy día casi todos los arrendamientos urbanos proporcionan un provecho injusto a una u otra de las partes.

Y la verdad es que la injusticia del propietario que defrauda a la Hacienda no puede justificar la del inquilino, que menoscaba la contraprestación debida.

No dice la ley que la renta quede reducida de pleno derecho a la cantidad declarada a la Hacienda, sino que los arrendatarios «podrán limitar el pago» a ella.

Se trata, pues, de un *derecho potestativo* y, dentro de esta categoría, de los llamados de *modificación* jurídica, cuya actuación por el inquilino afecta al propietario sin precisar la colaboración de éste, ni suponer ninguna pretensión o acción dirigida contra él.

La potestad de modificación jurídica concedida al arrendatario se ejerce y agota en una declaración de voluntad, expresiva de que quiere y provoca la reducción de la renta.

Tal declaración unilateral de voluntad es *recepticia* frente al arrendador; es decir, no se perfecciona ni produce efecto mientras no se le notifique. Sin embargo, en la práctica de los litigios, sin notificación previa se ha presentado la papeleta de conciliación; pero no hay inconveniente en entender que ésta, además de su efecto procesal, suple en el aspecto sustantivo a la notificación.

El *efecto* de tal actuación de voluntad es la reducción de la renta a la cantidad declarada al Fisco, «entendiéndose en estos casos *novado el contrato en cuanto a la renta*, sin necesidad de acudir a juicio» (133).

Tal novación, que nace apoyada en la ley por voluntad del inquilino y sin consentimiento del propietario, merece el calificativo de novación *legal* y, como constreñida a la renta, no es una novación propia o extintiva, sino simplemente *modificativa* o *impropia*, y no dará lugar a la extinción de las garantías prestadas por terceros para la seguridad de inquilinato.

El derecho potestativo, por su propia naturaleza, no produce acción alguna: concede, simplemente, la facultad de producir la modificación de una relación que conserva sus propias acciones.

Por eso *debe distinguirse este supuesto de la acción de revisión de rentas*, que tiende a conseguir del Juez un pronunciamiento de equidad, en el que juegan factores variadisimos y complejos.

El derecho de reducción modifica «per se» la renta, «sin necesidad de acudir a juicio».

Así como el inquilino puede reducir la renta a la cantidad declarada al Fisco por el propietario, *éste puede repercutir en el arrendatario los aumentos tributarios*.

Se produce, entonces, una modificación de la renta en sentido *impropio*, porque la renta verdadera (la utilidad del propietario) permanece invariable, aunque al lado de ella perciba éste una cierta suma de dinero que no tiene tal carácter, porque recibe el aumento, no para su utilidad y beneficio, sino *para entregarlo al Estado, de quien se convierte en recaudador indirecto*, aunque sin

premio de cobranza, sin descargo de partidas fallidas y sin procedimientos privilegiados.

En principio, el Registro fiscal de Edificios y Solares toma como base la declaración de los propietarios.

Pero hay que tener en cuenta que la contribución urbana recae sobre el *total importe de las rentas que un edificio produce o es susceptible de producir* (artículo 5.º del Reglamento, de 24 de enero de 1894). En consecuencia, un edificio puede tributar (y de hecho son muchos los que hoy tributan así), no por las rentas que efectivamente produzca, sino por la utilidad que la comprobación técnica le asigne; porque, naturalmente, aquel artículo es aplicable a los arrendamientos, no solo a los mal establecidos o empobrecedores, sino a los estabilizados o impedidos de elevación de rentas por la L. A. U. y las disposiciones que la precedieron.

Es decir, que el Estado puede cobrar por la utilidad que reconoce y comprueba que un edificio debe producir; pero impide que el propietario la obtenga. ¿Puede justificarse esto?

Pero si el Estado legislador impide, en beneficio de los inquilinos, la elevación de los alquileres, el Estado fiscal, al incrementar progresivamente la presión tributaria y reconocer que un local de vivienda o negocio, que produce «x» renta, debe producir «x + 1», crea una escisión en la utilidad base del tributo: la determinada por «x» (a cargo del propietario), y la fijada en «+ 1» (que percibe el inquilino, al dejarla de pagar a aquél).

Esta es la razón y la justicia de la repercusión sobre el inquilino y arrendatario del aumento de las cargas tributarias.

Pero para que ello sea posible, es preciso que «los alquileres pactados, incluidos todos los servicios, resulten iguales a los que, a efectos tributarios, hubiere *declarado* a la Hacienda el propietario del inmueble» (artículo 2.º del D. de 11 de enero de 1946).

Por tanto, no es necesario que en la declaración figuren las cantidades que el arrendador ya percibe por exceso de contribución y que no tienen, en ningún caso, el carácter de renta.

Por otra parte, aunque exista una diferencia entre la renta declarada (¡no la investigada!) y la efectiva, si no es mayor del 5 por 100 del total del inmueble, no impide la repercusión, porque dentro de tal límite no hay obligación de declarar y la inexactitud carece de trascendencia fiscal (artículos 1.º y 2.º del D. de 21 de mayo de 1943).

Aunque el artículo 126 de la Ley de Reforma Tributaria de 31 de diciembre de 1946 dice que *el exceso contributivo debe repartirse* en proporción a la renta que cada inquilino satisfaga, ello sólo ocurrirá cuando aquel exceso se produzca por *elevación de los coeficientes* (artículo 3.º del D. de 11 de enero de 1946); porque si surge por *ampliación de la base imponible*, se distribuirá «de modo que cada inquilino satisfaga la contribución correspondiente a la diferencia entre la renta que la parte del inmueble que ocupa es

susceptible de producir, a juicio de la Administración, y la realmente satisfecha» (artículo 1.º de la O. de 18 de noviembre de 1943).

La solución contraria sería injusta para los inquilinos cuyas rentas se aproximan más o se igualen con las investigadas, que en una repercusión proporcional pagarían, lo que a otro corresponde, como así lo reconoce la Exposición de Motivos de la Orden citada.

Siendo la repercusión una modificación impropia de la renta, en la que el propietario actúa a la manera de un recaudador indirecto, el incremento que por ello gire contra los inquilinos no es aumento de renta, aunque se comprenda bajo el mismo documento o «recibo» (pero, preceptivamente, por conceptos separados), y no se puede reconocer a esta situación el carácter de ejercicio de un derecho potestativo de modificación jurídica, como cree Flores Micheo, porque *nada se modifica*.

Cosa distinta e independiente es la protección que se dispensa por la ley al propietario, al repercutir: el abono del aumento es obligatorio para el inquilino «si es legítimo».

El propietario debe hacer su distribución y notificarla a los inquilinos interesados, quienes pueden aceptarla de un modo expreso, tácito o aun presunto (por silencio), según la ley.

O desconocerla, en cuyo caso el propietario puede optar por reclamarle las diferencias o por resolver el contrato, previa comprobación judicial, dentro del proceso, de la legitimidad de los aumentos que el inquilino rechaza. Esta acción alternativa caduca a los tres meses de la oposición del inquilino.

En estos efectos jurídicos, pues, la repercusión por aumento de contribuciones está asimilada a la renta misma.

b) *Sobre fincas rústicas*.—En materia de *arrendamientos rústicos*, los artículos 5.º y 6.º de la ley de 1935, desconociendo la realidad de la idiosincrasia jurídica del pueblo español, ordenaron que los contratos de arrendamientos serían *formales*, otorgándose necesariamente por *documento privado* aquellos cuya renta anual fuera inferior a cinco mil pesetas, y por *documento notarial* los que la excedieran; pero, además, habían de ser *inscritos* en el libro registro especial de Arrendamientos, para que adscribiesen a la legislación especial las situaciones que creaban: *la inscripción era verdaderamente constitutiva de los derechos dimanantes de la ley*.

El fracaso de esta medida legislativa fué tan rotundo, que el artículo 2.º de la ley de 1942 hubo de disponer, *con efecto retroactivo, la eficacia de las situaciones arrendaticias creadas con anterioridad y de las futuras, haciendo caso omiso de la forma de constitución*.

Quedan como de cumplimiento voluntario aquellos preceptos que imponían la forma y la inscripción, al que puede cualquiera de las partes obligar a la otra; pero, con una visión certera, dada la superfluidad de aquellos requisitos en cuanto a los efectos (que es lo fundamental), dispone el mismo artículo que los gastos serán de cuenta de quien lo inste: o lo que es igual, que «el que quiera

lujos que los pague», ya que lujo es lo que nada añade al propio derecho.

Claro que este artículo no se expresa como nosotros hacemos, sino que dice que «los contratos... se tendrán por válidos, cualquiera que sea la forma de su celebración»; pero el artículo 5.º siguiente dispone que «los beneficios de esta ley no serán de aplicación a quienes no estén actualmente en la posesión arrendaticia».

Luego lo que se convalida no es un «cruce de consentimientos» sucedido en un instante del tiempo pasado, y que, por lo demás, tampoco fué nulo o anulable, como aquella confirmación («se tendrán por válidos») parece suponer, sino válido y perfecto, aunque ineficaz, por defecto de forma, para crear una situación de plenitud jurídica a la que la ley tendía por este equivocado camino.

Porque las «formas», que son necesarias para la existencia de las cosas (forma dat esse rei), pueden ser naturales y artificiales. Y cuando un derecho tiene ya una intrínseca, que le atribuye *publicación* suficiente (la «publicidad» es cosa distinta y consiste en un juego de presunciones), como la pública posesión en concepto de arrendatario, las formas artificiales que se le quieran añadir, son artificiosas y mueren por sí mismas, porque no pueden injertarse vitalmente en el derecho, ya que éste las repele; y la naturaleza (hasta la jurídica) tiende a la sencillez. Y como los árboles se desprenden de las hojas muertas, de los derechos se caen las formas que caducan con la evolución jurídica, o que artificiosamente se les intenta vestir.

No se puede legislar contra el sentimiento jurídico del pueblo; esta es una lección bien aprendida por nuestros reformadores hipotecarios de 1944.

Así, pues, y contra la dicción legal, no se revalidan los contratos, sino las situaciones jurídicas por ellos creadas, a las que se atribuyen efectos independientes de los pactos contractuales (no previstos o, quizá, abiertamente no queridos), singularmente en cuanto a la fijación de la renta, duración de la situación y retracto del colono.

La legalidad vigente, en materia de normación legal de los contratos creadores de arrendamientos rústicos, está formada por los artículos 3.º de la ley de 1942 (que señala el modo de fijar la renta), y 7.º de la ley de 1935 (que regula su revisión, es decir, su fijación contractual y extracontractual).

El *principio general* vigente está contenido en el primer párrafo de ese último precepto que, huyendo de antiguas recetas (como la fijación oficial de rentas, trata de equilibrar las posiciones del propietario y del colono (*sobre la base de su desigualdad económica e igualdad jurídica*), por el procedimiento de revisión que regula, después de declarar que, «a fijación de la renta... quedará al arbitrio de las partes contra antes».

Pero, como dice Pérez Serrano (14), en el momento de la celebración del contrato «el propietario pesa más que el colono», y es posible que éste acepte una renta demasiado gravosa: una renta injusta.

Para corregir esto, el artículo 7.º de la ley de 1935 arbitra un procedimiento de equidad, para la *revisión de la cuantía de la renta contractual*.

No se trata de un supuesto paralelo a la posibilidad que el inquilino tiene, bajo el régimen de la L. A. U., para reducir la renta a la cantidad declarada por el propietario al Fisco. Este derecho, como verdaderamente potestativo y de modificación jurídica, no produce acción alguna, sino que altera unilateralmente la relación-base, y de ésta surgen las acciones, modificadas reflejamente; su ejercicio reduce «per se» las rentas, «sin necesidad de acudir a juicio» (133 de la L. A. U.).

Por el contrario, en nuestro actual supuesto, el colono tiene una acción, que no corresponde concretamente a ningún derecho (fuera del genérico «suum cuique», de no pagar un precio injusto), para conseguir del Juez un *pronunciamiento de equidad*, en el que juegan factores variadísimos y complejos. Y hasta tal punto esto es así, que el Juez no está constreñido a una estricta congruencia, pues *sin necesidad de reconvencción, puede elevar habiéndole pedido reducción o viceversa* (art. 53, párrafo 3.º, de la Ley de 1935).

Las partes, propietario y colono, pueden *someter a la aprobación del Juez* la determinación de la renta, y éste confirmarla o declarar nulo el contrato.

Estas rentas, confirmadas «ad initio», no son revisables; pero los contratos son *rescindibles* durante el decurso del tiempo contractual, *por lesión* debida a circunstancias imprevisibles y que *supere al 25 por 100 de la renta*.

Esto ha de considerarse por los Jueces como el *criterio legal y objetivo de que una renta es abusiva*.

La renta que no exceda del 25 por 100 de la que equitativamente debiera pagarse, podrá ser una renta «elevada», pero no es una renta «abusiva» y, por tanto, no revisable, sino confirmable, porque el Juez no tiene por qué convertirse en un corrector milimétrico del tráfico económico-jurídico.

Ahora bien: así como deberá confirmar la renta que no exceda de ese 25 por 100, la que lo exceda no será reducible parcialmente, es decir, limitada a un exceso inferior a aquel porcentaje, sino íntegramente revisada y estabilizada en lo justo. La situación es paralela a la que puede darse con los intereses altos y los usuarios, porque tiene el mismo fundamento ético-jurídico.

Dice la ley que los contratos sometidos a la aprobación judicial, que no la obtengan por excesividad de renta, *serán declarados nulos*. No dice que el Juez la revisará y que, fijada por él equitati-

(14) *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, pág. 874.

vamente, permanecerá el contrato con tal modificación, sino que el contrato es nulo.

Opone a esto el comentarista Royo (Arrendamientos rústicos, página 112), que la resolución judicial no deberá contener tal declaración de nulidad, sino meramente que la renta es abusiva, puesto que tal declaración o efecto (la nulidad) viene impuesta por la misma ley. Pero no es menos cierto que el Juez ha conocido sobre un contrato y lo ha calificado de inmoral, y que debe decretar cuantas consecuencias de ello se deriven.

Pero sea de esto lo que se quiera, lo cierto es que las facultades judiciales no alcanzan a revisar la renta del colonato «ab initio», es decir, cuando aún no ha nacido la situación arrendaticia, y sí sólo el título de su nacimiento: el contrato. Sólo cuando el colonato ha surgido a la vida jurídica por virtud de la puesta en posesión de la finca al colono, y éste lleva un año en la tenencia, es cuando el Juez puede revisar íntegramente la renta, sin que ello signifique destrucción alguna del contrato, porque éste se ha consumado en la creación de un derecho real a favor del colono (es un contrato que ya ha cumplido su misión), y de la relación arrendaticia, porque nada se pide sobre los poderes que a favor de su titular (el colono) implica, sino sobre la obligación que le incumben por razón de ellos.

Si la revisión de la renta se pidiera entonces, no por razón de la situación independiente ya del contrato, sino por razón de éste, cualquier pronunciamiento que sobre él se hiciera habría de repercutir necesariamente sobre aquélla; tan anulable sería el contrato antes como después de la posesión del colono, y ésta se vería decisivamente afectada por la declaración que recayese.

En los colonatos surgidos en virtud de un contrato no sometido a la aprobación judicial, cábele al colono solicitar, pasado un año (agrícola, habrá que entender) de su disfrute, la *revisión de la renta*.

Y el Juez la determinará (teniendo en cuenta la producción normal de los predios, los precios medios de sus productos, gastos de cultivo y los usos y costumbres locales), sin que su fallo tenga, en ningún caso, efecto retroactivo.

Carece de esta acción el colono que estuviera en prórroga por su sola voluntad, lo que parece justo, ya que cuando usa de su derecho a prolongar la situación, será porque le parece buena.

Lo que ya no parece tan justo es que, según el artículo 7.º del Reglamento de 27 de abril de 1935, «únicamente se entenderá obtenida la prórroga por la sola voluntad del arrendatario, cuando aquella se decreta no obstante la oposición del arrendador», porque ello equivale a que, para impedir la revisión, tenga éste que promover y perder un pleito... que puede ver claramente perdido.

Claro que se trata de un precepto meramente reglamentario, cuya ilegalidad por exceso no sería difícil de demostrar; pero no es menos cierta la aplicación excesivamente proteccionista para

el colono que nuestros Juzgados y Tribunales hacen de esta legislación especial, que verdaderamente llega a *privilegiada*.

Hasta la ley de 1942, la fijación de la renta se vino haciendo directamente en dinero, «forma de contratación, sin duda la más general y usada», dice la Sentencia de 5 de marzo de 1946, y que nosotros diríamos «forma normal».

Pero desde 1935 y, singularmente, desde nuestra guerra de Liberación, se produjo en nuestra Patria un hecho doloroso, pero innegable, que puso sobre el tapete jurídico la *permanencia de las contraprestaciones en los contratos de tracto*: la desvalorización progresiva de la moneda, que al perder valor adquisitivo hace subir el índice de los productos del campo, y repercute en la economía del propietario a la inversa, es decir, que compra caro a su colono y le cobra barato su renta.

Y el legislador intentó una *fórmula de estabilización* apoyándose en el «valor trigo», de un modo sin duda inteligente, pues no sólo tendía al futuro, sino también al pasado, produciendo una corrección a *revisión automática* de las rentas.

Cierto es, como señala Pérez Serrano (15) que la ley dejaba lagunas, como el de rentas que vinieran pactadas en especie distinta del trigo, y que éste resulta poco adecuado para servir de módulo en algunos arrendamientos, como los de plataneras en Canarias; pero en conjunto la medida era justiciera y el mecanismo no demasiado complejo, pues todo se reducía a que las partes convinieran su renta en dinero y la tradujeran luego en unidades de trigo, a la tasa vigente, para estabilizarla así.

En sustancia, el artículo 3.º de la ley de 23 de julio de 1942 *establece lo siguiente*:

1) Para los *contratos futuros*, la renta se fijará *necesariamente* en una determinada cantidad de trigo, libremente convenida; pero su pago se efectuará en dinero, con arreglo a la *tasa* oficial de aquel producto.

2) En los *colonatos* existentes se reducirá el numerario a quintales métricos de trigo, dividiendo las pesetas por una cifra (50, 67, 84), según la fecha en que la renta se hubiera estipulado. Si no hubiera acuerdo al realizar esto, podrán acudir las partes al Juez, en el procedimiento que al efecto señala.

El problema ha surgido al fijar la jurisprudencia el valor del adverbio de modo «necesariamente»: *¿qué valor y alcance ha de atribuirse a la infracción que supone el establecimiento de colonatos con renta fijada directa y exclusivamente en dinero?*

a) La fijación directa y exclusiva de la renta en dinero produce la *incerteza del precio*, dice la Sentencia de 28 de mayo de 1945, ya que el trigo tiene fluctuaciones distintas del dinero. Y como el precio cierto es uno de los requisitos constitutivos del contrato de arrendamiento, según el artículo 1.543 del C. c., su falta arrastra la *ineristencia* de aquél. Así parece concretar su Ponente, el señor

(15) Cit. págs. 851 y sigs.

Bellón, el juicio que apenas esboza en su obra de comentarios a esta materia.

Esta afirmación es totalmente errónea. Cierto es que el colono no debe trigo, sino dinero. Cierto que la cantidad de éste ha de determinarse en función de aquél. Pero no es menos verdad que «para que el precio se tenga por cierto bastará con que lo sea con referencia a otra cosa cierta» (1.447 C. c.), y que en el momento de la perfección del contrato la renta fijada en dinero equivale a una cierta cantidad de quintales métricos de trigo a la tasa legal.

Por otra parte, la viabilidad de esta reconversión está consagrada por el párrafo 2.º del mismo precepto que impone el «valor trigo» para los arrendamientos que, por ser anteriores a la ley no lo pudieron tener en cuenta; y a estos efectos y teniendo presente que con anterioridad a ella no había «tasa» legal de aquel producto, fija unas *tasas retroactivas*, a los meros efectos del cálculo de estas reconversiones que ordena.

¿Cómo puede decirse, pues, que hay incerteza, porque sea necesaria una sencilla operación aritmética?

b) Supone una *estipulación contra ley*, añade otro considerando de la misma Sentencia. Algo de esto parece también indicar el comentarista Rodríguez Jurado, cuando afirma que la cláusula, en tal forma estipulada, es nula y que «en algún caso puede motivar, incluso, la nulidad del contrato».

c) Aún avanza más la Sentencia de 10 de noviembre de 1947, que matiza el caso configurándolo como *contrato con causa torpe*, por ser ilícita, y, estimando culpables a ambas partes, aplica la regla 1.ª del artículo 1.306 del C. c. (permanencia de lo recibido e imposibilidad de otras reclamaciones).

Pero estimar que el contrato en que se fije directa y exclusivamente la renta en dinero contiene una estipulación contra ley o una causa torpe, es caer de bruces en la *declaración de nulidad*, que es lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo, cuando es evidente que la ley no conminó con ella, y que es regla de sabia prudencia aquella de los Tribunales franceses de «pas de nullité sans texte», tanto más cuanto que el legislador no decretó la nulidad de los contratos ya existentes y que contuvieran la cláusula de renta en dinero, sino que se limitó a ordenar una fórmula de adaptación, estableciendo unas tasas retroactivas.

Y tampoco dijo que el contrato quedase sin valor, en el caso de que no se llevase a cabo esta reconversión de un modo voluntario, sino que previendo la posibilidad de conflictos entre las partes señaló un camino breve y eficaz para resolverlos.

Resulta, pues, evidente, que en la fijación de la renta en dinero no hay causa torpe, ni falta la certeza del precio, ni se trata de una estipulación contra ley, sino de una estipulación «no conformada según la ley».

d) ¿Se estará, pues, ante una inobservancia *de forma*, como

afirma el comentarista Royo, y niega la primera de las sentencias citadas? En este caso, las partes podrían compelerse recíprocamente a llenarla, completando así un contrato, válido y eficaz por sí mismo.

Aunque este criterio tienda a la conservación del arrendamiento, exige para ello una actuación voluntaria o forzosa de las partes, que creemos innecesaria en sí misma, porque la fijación de la renta en trigo *no es una forma o vestidura* en que un negocio debe manifestarse para tener eficacia jurídica, *sino un modo de estipular*: no se trata de un requisito extrínseco, exigido por la ley como «elementum iuris» del negocio, sino de la conformación obligatoria de uno de los ya elementos intrínsecos del negocio, en sí mismo considerado (la renta o merced).

En su citado trabajo, Pérez Serrano prescinde de este criterio después de recogerlo, y prefiere lanzarse por los confusos campos de la *conversión de los negocios jurídicos* en aras de su conservación.

De sus razonamientos, muy sugestivos siempre, sólo nos parece aprovechable sus obsevaciones sobre el hecho de que el aceptar la nulidad, conduce al resultado contrario al pretendido por la ley, pues mientras ésta sólo tiende a la justicia y nivelación económica de las prestaciones, la nulidad conduce a la destrucción de la relación, lo que puede ser aprovechado dolosamente por los propietarios (¿y por qué no por los colonos? replicamos nosotros), impidiendo la estabilidad arrendaticia con tal cláusula.

Además, reconocemos no ver claro lo de la conversión del negocio... ¿en qué? Era arrendamiento y lo que se quiere demostrar es que siga existiendo como tal.

Claro que él extiende el campo para cerrarlo sobre un espacio menor y dice: si se admite que un negocio no viable puede seguir viviendo como otro negocio viable del que contiene todos los elementos, ¿por qué no admitir la conversión menor que supone la aplicación de la estipulación de la renta en dinero al través del trigo, es decir, pasando del dinero pactado al trigo tasado, y de éste al dinero que se haya de pagar?

Pero los problemas son distintos: en la conversión nos encontramos con todos los elementos de otro negocio y le daremos o reconoceremos vida, cuando quepa interpretar la voluntad de las partes en el sentido de que, de no poder lograr el primer negocio, querían el segundo.

Es decir: que *no se les puede imponer, sino suponer*, el segundo negocio. Y en nuestro caso se trata de una imposición, no de una suposición.

Esto nos hace creer que *ni hay conversión, ni defecto de forma*, sino algo mucho más simple y más eficaz: un resultado que la ley impone, aun cuando no sea recogido contractualmente por las partes. Un precepto de derecho necesario, independiente de la voluntad particular y que se impone a ésta cuando se da su hecho

de aplicación, que consiste en el concierto de un arrendamiento con *determinación actual de la contraprestación del colono*.

Lo que la ley regula «necesariamente» no es la contraprestación en sí misma («libremente convenida»), que es lo que fijan las partes en el momento de la perfección del contrato y en consideración al «sic stantibus» de *entonces*; lo que la ley marca es la viabilidad de la prestación *después*. *No constriñe el presente, sino el futuro*. Y el contrato será completo con tal que dé base para el ajuste económico del porvenir, según la ley.

En *resumen*: en el contrato con renta directa y exclusivamente en dinero, hay consentimiento, causa lícita y precio cierto actual; es, pues, un contrato válido y perfecto, pero no completo, porque carece de la regulación de las rentas *futuras*, que la ley impone «necesariamente» para estabilizar la proporcionalidad de las contraprestaciones, sobre la base de la hecha por las partes en el momento inicial.

Rectificando oficialmente aquella jurisprudencia, el *Decreto de 15 de julio de 1949*, ha confirmado nuestra interpretación, que queda expuesta, disponiendo:

1) Que *no es causa de nulidad* del contrato la estipulación directa y exclusiva de la renta en dinero o en especie distinta del trigo (artículo 1.º);

2) Que *la cantidad dineraria* pactada como renta se entenderá *convertida en tantos quintales métricos de trigo* como resulte de dividirla por el precio-tasa de éste, sin bonificación alguna, vigente en el momento de la celebración del contrato (art. 2.º, a);

3) Que *la especie distinta del trigo se entenderá también convertida en dinero* por su precio-tasa o, en su defecto, por el del mercado en la misma fecha; y *obtenida así una cantidad dineraria se convertirá ésta en valor-trigo*, en la forma del apartado anterior (artículo 2.º, b); y

4) Que el *desacuerdo* de las partes sobre estas operaciones *se resolverá judicialmente* por el procedimiento de la tercera disposición transitoria de la ley de 1940.

B) LOS EFECTOS REALES DE LA SITUACIÓN ORIGINADA

Hemos dejado dicho antes que la legislación especial sobre arrendamientos se refiere al *contrato* en poquísimos extremos y que todo su contenido se dirige a la regulación de la *situación arrendaticia*, a la que atribuye típicos efectos reales de extraordinaria potencia.

En efecto; las características que se suelen exigir como tipificadoras del derecho real son dos: la *oponibilidad «erga omnes»* o efecto externo del derecho, y el *poder directo* del titular sobre la cosa, o aspecto interno del mismo.

Pues bien; ambas características se dan en el derecho del arrendatario:

1) La *oponibilidad* se revela en la permanencia indefinida frente al propietario y frente al adquirente en la «sucesión» de ciertos parientes, y en la facultad de adquirir la cosa con preferencia a los extraños (tanteo-retracto) o resolver la transmisión.

2) El *poder directo* sobre la cosa se manifiesta, además de en su goce exclusivo y excluyente en la cesión, ya total (traspaso), ya parcial (subarriendo), y cuando se trata de finca urbana, en la posibilidad de ocupar una vivienda o local equivalente en el edificio reconstruido.

Trataremos cada uno de estos puntos por coincidencias y por especialidades.

1.º *La prórroga forzosa*.—En esta materia, como en las demás, estudiaremos el problema en el arrendamiento urbano y en el arrendamiento rústico, pues tienen algunas particularidades que los diferencian.

1) *En el régimen de la L. A. U.*—En la L. A. U. la permanencia del arrendatario viene impuesta de un modo absoluto e indefinido por el artículo 70, «aunque cambie el dueño o el titular arrendador».

Esta última frase (titular arrendador) marca una fuerte diferencia con el régimen del colonato, en el cual la muerte del usufructuario creador de la situación resuelve el derecho del colono (artículo 9.º, párrafo 2.º, de la ley de 1935), consecuencia que no le parece ni lógica ni justa a Pérez Serrano (16), que la refiere al contrato, con respecto al cual, desde luego, no cabría hablar de resolución, sino de rescisión por lesión en los intereses del nudo propietario (cuando a éste se le considere sucesor en las obligaciones del usufructuario contratante).

Pero, a nuestro parecer, ni le falta lógica ni justicia a aquella consecuencia. El derecho del colono, del inquilino y del locatario de locales de negocio, como real, descansa en el derecho del concedente, y las limitaciones del derecho de éste han de repercutir en aquél. Caducado el usufructo por sus causas naturales, caduca la hipoteca sobre él constituida; ello es lógico y justo, ¿por qué no va a caducar el arriendo?

Pues bien, en el régimen de la L. A. U. el usufructuario puede dar en inquilinato o en locación las viviendas y los locales de negocio, gravándolos con un derecho real «in faciendo» que no se extingue con el derecho y vida del concedente, sino que permanece indefinidamente, afectando plenamente al nudo propietario que consolida «nominalmente», pues tiene que pechar con la situación creada y conformarse con ganar la percepción de las rentas... que pudieron haber sido ridículamente fijadas por el usufructuario.

Según la Sentencia de 2 de diciembre de 1939, la permanencia del arrendatario no se afecta por la adjudicación de la finca en el procedimiento sumario del artículo 131 de la L. H.; pero dos sen-

(16) Cit. pág. 868.

tencias posteriores, de 5 de febrero y 22 de diciembre de 1945, referentes, la primera al colonato y la segunda al arrendamiento de locales de negocio, sostienen que *el arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta, es ineficaz frente al adjudicatario* del inmueble, ya que éste no es un adquirente voluntario (?), y que según el artículo 131 de la L. H., verificado el remate y la adjudicación, se decretará de oficio y por imperio legal la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas posteriores a la inscripción de hipoteca, cuya ejecución actúa a la manera de condición resolutoria que se ha cumplido.

Pero como observa Flórez de Quiñones (17), comentando la primera de ambas sentencias, la hipoteca sólo defiende el derecho del acreedor a cobrarse su crédito con el precio obtenido en la *venta* ejecutiva de la finca, cuyo adquirente adjudicatario es un *simple comprador* y, como tal, sucesor del hipotecante; se trata de una sucesión traslativa a título singular, característica recogida en el artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1942 (colonato), y en el 70 de la L. A. U., cuando habla, sin paliativos, de transmisión por cualquier título.

Aclaremos nosotros la exactitud de esta observación, añadiendo que la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas posteriores se refiere a las comprensivas de derechos de realización de valor (hipotecas y embargos), porque tal realización se agota con la ejecución hipotecaria.

La permanencia de la situación arrendaticia tiene dos importantes manifestaciones en los artículos 71 y 72 de la L. A. U., por una parte, y en el 73 por otra, que estudiaremos brevemente bajo las rúbricas de «la sucesión en el inquilinato» y de «la subrogación del consocio».

a) *La «sucesión» en el inquilinato.*—El artículo 71 de la L. A. U. atribuye al cónyuge y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado del inquilino fallecido, que con él conviviesen con un año de antelación al óbito, el derecho a continuar ocupando la vivienda, sin necesidad de otorgar nuevo contrato, «quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido». Y el artículo 72 marca el orden de preferencia entre ellos, cuando éstos no quisiesen ocupar conjuntamente la vivienda.

El hecho de la muerte del inquilino y el establecimiento de un orden familiar para la continuación de la situación arrendaticia, hace pensar a muchos (18) que se trata de una *sucesión mortis causa*, si bien «sui generis», lo que es lo mismo que no decir nada.

Es importante tratar de descubrir la entraña de la cuestión, porque sin ello no puede haber clara comprensión ni recta aplicación de los preceptos legales.

(17) En «Rev. de Der. Priv.», 1945, pág. 529.

(18) Entre los comentaristas puede verse a ROYO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*. II. 1.º, pág. 29.

No se trata, pues, de una disquisición teórica, sino eminentemente práctica.

Si el derecho del inquilino tuviese el mismo fuerte matiz *personal* que el del usufructuario, se extinguiría con él, como ocurre con el usufructuario que, aunque transmisible, depende en su duración de la vida del usufructuario.

Si, por el contrario, fuera un derecho exclusivamente *patrimonial*, el inquilino podría disponer de él testamentariamente, como lo puede hacer el arrendatario de *locales de negocio* (73).

La circunstancia de que la sucesión en los locales de negocio corresponde al *heredero* del locatario fallecido y, en su defecto, al *consocio*, nos hace pensar que el legislador ve en la convivencia de aquellos parientes una *comunidad familiar de disfrute*.

Esto nos demuestra, una vez más, la independencia de la situación arrendaticia con respecto al contrato que la originó.

Por el contrato, arrendador y arrendatario se obligaron a dar nacimiento a una situación que la ley regula como real. Adquirido así, por el inquilino, un derecho real sobre cosa ajena, la L. A. U. permite su *transmisibilidad*: de un modo absoluto y *patrimonial* para los locales de negocio (a lo que la ley llama «traspaso»), y de un modo *familiar* y, por ende, *gratuito*, para las viviendas (es la «cesión» permitida a los parientes convivientes dentro del *segundo* grado, del artículo 34).

Y dentro de los respectivos ámbitos de transmisibilidad, la ley admite la creación legítima y tácita, por el arrendatario, de una *comunidad en el derecho*, por la asociación (locales de negocio), o por la convivencia familiar (viviendas).

Y la desaparición de un comunero (cuando hereditariamente no es sustituido o sustituible), produce el *acrecimiento* del derecho del sobreviviente.

Por eso, cuando al fallecimiento del inquilino no hay parientes convivientes, el inquilinato se extingue: si el inquilino deja parientes, pero no convivían con él, *porque no son comuneros*, y si los que con él convivían no eran parientes, *por no tener la cualidad de familiares*.

Así, pues, entre la personalidad del derecho del usufructuario y la patrimonialidad del que tiene el arrendatario de locales de negocio, *el derecho del inquilino tiene un fuerte carácter familiar*.

Pero *este carácter hay que referirlo al inquilino-contratante*. Se protege su derecho en función de *su familia*, y aquel derecho debe morir cuando la familia deja de ser «la familia del inquilino» para devenir «otra familia».

Es decir, el pariente sustituto no pasa nunca a primer término en el inquilinato que continúa: sigue siendo «el familiar del inquilino fallecido» y su familia ya no es la familia de aquél, y, por tanto, queda extraña a la relación de inquilinato. Así lo comprende la L. A. U., que sólo llama inquilino al contratante, mien-

tras que a su sustituto le llama «continuador» (artículo 71 y 9.ª disposición transitoria), o «beneficiario» (artículo 72).

De aquí tres importantes consecuencias:

1) Que, *de suyo, no cabe más que una continuación por fallecimiento*. Es decir, y ejemplificando: que al fallecimiento del inquilino A acrecerá el derecho de su cónyuge conviviente B; pero al óbito de B no podrá hacer lo mismo su hermano conviviente C.

La prueba de que éste es el sentido del artículo 71 está en la excepción confirmatoria que supone la 9.ª Disposición transitoria, al ordenar que «hasta que el Gobierno, por entender mejorado el problema de la vivienda, disponga lo contrario, el beneficio establecido en los artículos 71 y 72 será también aplicable a los parientes *dentro* del tercer grado por consanguinidad, del familiar del inquilino fallecido que hubiere continuado el contrato».

2) Que *el pariente acreciente o continuador no podrá ceder inter-vivos su derecho a sus propios parientes convivientes dentro del tercer grado, conforme al inquilino le está permitido por el artículo 34*.

Esto le está permitido «al inquilino», y ya hemos dicho cómo la ley no llama tal cosa a su sustituto mortis-causa, sino «continuador» y «beneficiario».

3) Que el pariente cesionario (en la cesión inter-vivos permitida por el artículo 34), no podrá ceder, a su vez, a sus propios parientes convivientes; ni, en principio, cabría que a su fallecimiento fuera continuado el inquilinato por aquéllos, si bien ello será posible por la excepción establecida por la 9.ª Disposición transitoria, *aunque* ya por un solo tracto, pues el primero (y único, según el artículo 71), se agotó en la cesión.

Por no calar el verdadero carácter del derecho del inquilino, cree el comentarista Royo que caben indefinidas cesiones inter-vivos entre parientes convivientes dentro del segundo grado; y que, en todo caso, estos cesionarios podrán ser continuados en el inquilinato después de su fallecimiento.

Y es que no ha visto que el concepto de familia conviviente, dentro de la L. A. U., se refiere siempre al inquilino contratante (el único inquilino), y que, fallecido éste o salido de la relación arrendaticia por cesión, ya no vuelve a re-crearse la familia, a los efectos de la ley.

b) *La subrogación del consocio*.—Con respecto a los locales de negocio, dispone el artículo 73 que: «por el mero hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio, ocurrido bajo la vigencia del contrato, podrá advenir arrendatario el heredero; y a falta de éste o de su desec de continuar el arrendamiento, el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil». La primera observación que hemos de hacer sobre la redacción de este precepto es que no resulta clara ni técnica.

Su punto de partida es «el mero hecho de la muerte del arrendatario» del local de negocio ocurrido bajo la vigencia de con-

trato. Pues bien, para nosotros, que entendemos el contrato como simplemente originador de una situación de derecho real, la frase "bajo la vigencia del contrato", hemos de entenderla en el sentido de «durante la vida de la situación arrendaticia».

Claro que la misma ley habla de la prórroga indefinida del contrato y de las excepciones a esta prórroga; pero ya veremos después el verdadero sentido jurídico de esta rúbrica.

Ocurrido aquel hecho, «podrá advenir arrendatario el heredero». Ya no se trata, como para las viviendas, de un «continuador» del inquilino fallecido, al que se sigue refiriendo la relación: el heredero, si quiere, podrá advenir arrendatario.

El derecho del arrendatario de locales de negocio se revela, pues, en este precepto, como plenamente patrimonial, puesto que aquél puede disponer de él testamentariamente.

Por lo demás, no creemos que la palabra «heredero» esté empleada con rigor técnico, en el sentido de sucesor a título universal, sino en el más amplio de «sucesor mortis-causa»; porque si el arrendatario puede disponer también inter-vivos de su derecho, ¿qué razón hay para negarle la disponibilidad a título de legado?

Por lo demás, esta primera parte del precepto no ofrece dificultad especial, ya que, en definitiva, no es más que una aplicación expresa de la regla general del artículo 661 del Código (supuesto el carácter patrimonial del derecho del arrendatario de locales de negocio), a disponer que «el heredero sucede al difunto, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones».

Sólo una leve y pueril duda podría presentarse: si la ley dice «heredero», en singular, ¿es que excluye la continuación del arrendamiento por varios herederos?

Si se entendiera así, este artículo contendría una importante desviación de los principios de nuestro derecho sucesorio; pero baste recordar, para negar esta interpretación, que el artículo 55 dispone en su primer párrafo: «La asociación que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario de local de negocio, que hubiere fallecido, no se reputará traspaso mientras subsista.» Este precepto admite, pues, de un modo expreso, que puedan ser varios los herederos que sucedan en el local de negocio, bien en régimen de comunidad hereditaria o de sociedad civil o mercantil creada al efecto, lo que «no se reputará traspaso».

Es decir, que «a sensu contrario», *se reputará traspaso la asociación que el arrendatario concierte*, bajo forma civil o mercantil (aun cuando Roca Sastre crea que tales procesos de «comunicación de bienes», como él dice, no producen un verdadero desplazamiento de sustancia jurídica) (19).

Y como frente a este tipo de *traspaso parcial o menos pleno*, no cabe el juego de derechos recíprocos para la defensa de los

(19) *Naturaleza jurídica de la aportación social*, en Conferencia del C. N. de Valencia, 1945.

particulares intereses del arrendatario y del propietario (derecho a la preferente adquisición, o a una participación en el precio), y para la cesión parcial de todo el local (o subarriendo), se exige en todo caso el consentimiento del propietario, hemos de concluir que *el arrendatario, para constituir sociedad en su negocio, aportándolo con el local, precisará necesariamente aquella autorización.*

Conseguida ésta, pudo constituir una sociedad capitalista o personalista. Aquéllas no se extinguen por la muerte de un socio. Estas, sí; salvo pacto de continuación de la sociedad entre los sobrevivientes o con los herederos del premuerto.

Aportado el local a una Compañía, a ella pertenece hasta su disolución. Nos hemos de concretar, pues, a los casos en que las sociedades personalistas (todas las civiles y las mercantiles de tipo colectivo), caen en disolución por la muerte de un socio.

En este supuesto también podrá advenir arrendatario el socio (sobreviviente), dice el artículo 73.

Cree García Trelles (20) que la ley excluye la sustitución del arrendatario fallecido por más de un socio, puesto que la ley se produce en singular.

Convenimos con él en que la redacción del precepto no es un modelo de claridad y precisión, y aceptamos sus conclusiones, pero no su razonamiento.

Supuesta la necesidad de la autorización del propietario para el traspaso parcial que la asociación supone, la sociedad al efecto constituida, sea civil o mercantil, causó una verdadera novación de la situación arrendaticia por cambio de la persona de su titular, que, de ser una persona individual, pasó a ser una persona jurídica.

Y es la desaparición de ésta (por muerte de uno de los socios, cuando este evento la produzca), la que causa el supuesto de aplicación del artículo 73: advenir arrendatario el socio, puesto que la sociedad ha entrado en liquidación.

Y la liquidación social puede hacerse destruyendo el negocio y repartiendo sus elementos o el precio de éstos, una vez vendidos, o vendiendo el negocio en sí, es decir: convirtiendo el negocio en dinero y repartiendo éste.

La venta del negocio adscrito al local implica un nuevo traspaso. Y aquí estamos en el punto final: este traspaso sólo cabe hacerlo, según el artículo 73, a uno de los socios supervivientes, no a un extraño.

c) *Excepciones a la prórroga.*—La permanencia absoluta e indefinida del arrendatario o inquilino, sólo puede ser interrumpida por el *propietario*, apoyándose en dos causas:

1) Precisar la vivienda o el local de negocio para sí o para sus ascendientes o descendientes consanguíneos; y

(20) *Sobre la interpretación del artículo 73 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.* en «Rev. de Der. Priv.», 1947, pág. 966.

2) Proyectar el derribo y reconstrucción de la finca, de modo que el nuevo edificio cuente, al menos, con un tercio más de viviendas y una como mínimo si el derruido no las tenía, respetando, además, los locales de negocio que en éste hubiere (76 y 102 de L. A. U.).

Y decimos el *propietario*, porque sólo éste puede hacerlo, y *no el contratante o arrendador*, que está obligado a respetar el plazo contractual, pasado el cual su obligación cesa, aunque continúe el «pati», ya no fundado en el contrato, sino en la independencia que ha adquirido el derecho el arrendatario o inquilino, por su carácter real.

a') *La necesidad de la vivienda*.—Goza de presunción legal, como tal *necesidad* (que fuera de estos casos habrá de probarse), *el propietario* cuando, residiendo fuera del *término municipal* donde radique la finca, hubiera de domiciliarse en él, o aun residiendo dentro de él contraiga matrimonio y deba residir en la *localidad*, cuando la vivienda que ya ocupe resulte notoriamente insuficiente por aumento de sus necesidades familiares, y cuando deba desalzarla por causas ajenas a su voluntad (77).

Es decir, que en estos casos *son los hechos los que deben probarse, no la necesidad que se presume*. Fuera de ellos, y siempre para él o para aquellos de sus parientes, habrá de probar la necesidad y los hechos que la motiven.

Pero el propietario «no podrá... escoger a su arbitrio la vivienda que desee ocupar, sino que deberá dirigirse» preferente y sucesivamente, sobre las habitualmente desocupadas, las que no sirvan de hogar familiar (como los pisos «de solteros»), los escritorios y almacenes (cuando éstos sean habitables, en sentido restringido o de Fiscalía de la Vivienda, habrá que entender), las ocupadas por menor familia (teniendo presente que no constituyen familia, a estos efectos, los convivientes permitidos, ni los subarrendatarios) y, en último término, sobre las ocupadas por funcionarios públicos con deber de residencia, o por quienes ejerzan en ellas profesión u oficio que sean objeto de tributación (luego las viviendas donde se ejerza una «pequeña industria doméstica», no tienen protección especial).

Naturalmente, este orden legal de selección no tiene lugar cuando el propietario no tenga más vivienda que aquella sobre la que pretende hacer cesar la situación arrendaticia (89).

Para conseguirlo, tiene que *notificar fehacientemente* al inquilino, con un año de antelación a la fecha en que quiere tener libre la vivienda para él o sus parientes, haciéndole saber ésta su voluntad, la necesidad de hecho y los hechos que la fundamentan o, en los supuestos legales, la presumen; las circunstancias que, ateniéndose al orden legal de selección, concretan su pretensión sobre la vivienda del notificado; y ofreciéndole, «de un modo formal», la indemnización de un año de renta.

Esta notificación entraña, pues, un *triple contenido*: 1) una

declaración de voluntad recepticia, de hacer cesar el inquilinato, 2) una exposición de los hechos que legalmente la hacen viable, y 3) un ofrecimiento «formal» de indemnización.

El problema del ofrecimiento está en la frase «de un modo formal», porque si la indemnización es debida por ley, nada añade a su obligatoriedad el ofrecimiento que al inquilino se haga por promesa ante el Notario requirente.

¿Querrá decir que la suma de aquellas rentas ha de ofrecérsese en metálico en el acto de la notificación?

Parece que no, ya que el artículo 83 dice que el inquilino la recibirá del arrendador «al desalojar la vivienda» si lo hiciere antes de transcurrir el año, porque si lo dejare pasar sin hacerlo, perderá su derecho a ella (a no mediar justa causa, que el Juez apreciará, pudiendo imponer entonces una indemnización de seis rentas).

Ante estas dudas, y siguiendo la tendencia cautelar que caracteriza nuestro Cuerpo, en nuestra práctica profesional hemos aconsejado aquel ofrecimiento en metálico, seguido de consignación bancaria, en cuenta de garantía a disposición del inquilino, a quien se le vuelve a notificar su apertura.

La amplitud legal del requerimiento tiende a que el inquilino de buena fe («rara avis») conozca y juzgue la justificación de la pretensión del propietario, en evitación de litigios inútiles.

La no ocupación de la vivienda de acuerdo con el requerimiento, atribuye al inquilino el *derecho de reocuparla* y ser indemnizado, que caduca a los tres meses.

No es, pues, un caso de resarcimiento por incumplimiento de obligaciones (nunca contractuales, pues dentro del plazo pactado no cabe la eficacia de la «necesidad»), sino de *acción directa sobre la cosa*: de «inmediata actividad», como se dice ahora.

b') *La necesidad de local de negocio*.—Deberá acreditarse en concurrencia con el hecho de que el que haya de ocuparlo se halle establecido en el local arrendado, con un año de antelación, ejerciendo actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo (90): pero la «conveniencia» de ampliar el propio negocio no es necesidad a estos efectos (92): es decir, aunque objetivamente lo sea, no es causa legal justificativa de la terminación de la situación arrendaticia.

Supuesto este hecho y aquella necesidad, que deben probarse, el propietario ha de cumplir dos requisitos para la viabilidad de su pretensión:

- 1) *Notificar* fehacientemente al arrendatario el propósito de ocupar, por sí o por aquellos de sus parientes, el local; y
- 2) *Indemnizarle* en la cuantía que libremente convenga o en la que, de no haber acuerdo, fije la Junta de Estimación, que bajo la presidencia del Juez municipal o comarcal, se integra con un propietario de finca urbana y un comerciante o industrial (de la localidad o, en su defecto, de las colindantes) clasificado en los

mismos tarifa y epígrafe tributario que el arrendatario, o que explote un negocio análogo al de éste. Las valoraciones y resoluciones de estas Juntas de Estimación son ejecutivas y sólo impugnables en juicio declarativo.

La indemnización convenida o así fijada deberá ser abonada al arrendatario entre la notificación y el día en que deba dejar libre el local.

Pasado este plazo, se prorroga la situación por cinco años si no se verificó aquella entrega, y si llegado éste el arrendatario no desaloja, pierde el derecho a la indemnización (93); es decir, que tendrá que devolverla, ya que si el propietario no se la entregó, se da aquella prórroga.

Como vemos, la dicción legal es bastante confusa, y también podría sostenerse todo lo contrario, o sea, que el arrendatario debe desalojar en todo caso, y si no recibió la indemnización, pedir y obtener la reintegración en el local bajo aquella prórroga.

Sin embargo, dado que la ley tiende a la protección exagerada de los arrendatarios, que aun acentúan las resoluciones de los Tribunales, estimamos prácticamente más prudente atenerse a la primera interpretación.

Finalmente, dispone el artículo 91 que el local deberá ser ocupado y abierto al público, por la persona para quien se pidió, dentro de los seis meses siguientes de haber sido desalojado por el arrendatario, bajo la pena de reintegración de éste por otros cinco años como mínimo, más el resarcimiento a que hubiere lugar.

2) *En el régimen de la L. A. R.*—Esta materia está regulada íntegramente por las leyes de 1940 y 1942, de difícilísima armonización, pues establecen distinciones entre los arrendamientos según se trate de aprovechamientos agrícolas o ganaderos, y, dentro de ellos, atendiendo a la cuantía de las rentas, que miden por dos criterios divergentes y no compaginados (dinero y trigo). Y aun impone la segunda de ellas un tipo especial, que interfiere a todos los que se puedan encontrar a base del juego de los criterios anteriores: el caso de que el colono cultive directa y personalmente por una renta inferior a 40 quintales métricos de trigo.

a) *Frente al propietario.*—Pero importa destacar, antes de penetrar en el inevitable casuismo, que el artículo 2.º de la ley de 1940 comienza diciendo que «la duración de los contratos de arrendamiento podrá ser fijada por las partes contratantes, ajustándose necesariamente a los plazos mínimos siguientes...» Habla, pues, de *contratos* y de *plazos mínimos* también, y en este punto podría presentarse el mismo problema que acabamos de estudiar con respecto a la fijación de la renta en trigo: ¿“*quid iuris*” si en un contrato se señala un plazo inferior al mínimo legal?

Frente a este problema, la jurisprudencia ha sido, en cambio, bastante más acertada en sus conclusiones, aunque no la creemos tanto en cuanto a las premisas, pues afirma (S. de 17 de abril

de 1944) que «aun en el supuesto de que se hubiera pactado una duración... sin que para ello sea preciso un nuevo contrato..., fuera cual fuera lo convenido por las partes respecto a tal duración».

La doctrina y los Tribunales siguen aferrados a la concepción obligacionista del arrendamiento de cosas, que les obliga a verdaderas torsiones para explicarse los fenómenos más sencillos.

Bajo tal concepción y al tener que referirlo todo al contrato, se encuentra con que éste está destrozado por las leyes, que aunque sigan hablando todavía de él muy seriamente, lo desgarran en jirones y no aprovecha de él más que un guiñapo: la ocasión que fué del nacimiento de una situación sobre una cosa, cuyos efectos (goce, permanencia, transmisión y adquisición preferente) imponen férrea e inderogablemente. Crean, en una palabra, una de las situaciones de dehecho real más fuertes y definidas, porque las partes pueden quererla o no: pero si la quieren, han de sufrirla o gozarla con todas sus consecuencias legales.

Los plazos de permanencia que las leyes de 1940 y 1942 señalan, son derechos del colono a permanecer en el goce de la finca, contra el propietario y contra el tercero que entre en relación con ella, por dominio o por otro derecho real: se imponen, pues, al adquirente de la finca, en la forma que veremos a continuación.

Es un derecho atribuido por la ley en razón a la posesión arrendaticia de una cosa causada por un contrato, que es su título.

Combinando los preceptos de ambas leyes, podemos sintetizar el régimen de permanencia del colono distinguiendo tres tipos: 1) colonatos especialmente protegidos; 2) restantes colonatos de finalidad agrícola; y 3) restantes colonatos de finalidad ganadera.

a') *Colonatos especialmente protegidos*.—Los colonatos especialmente protegidos, tanto agrícolas como ganaderos, se integran por dos notas fundamentales:

a) *El cultivo directo y personal del colono*. La nota del cultivo directo se refiere a los riesgos de la explotación. La del cultivo personal, a que éste se verifique por el mismo colono de un modo material o por sus familiares, en un sentido amplio, que con él convivan cooperando al sostenimiento del hogar (*familiares cooperadores*), sin el empleo permanente de personal asalariado y sin que el circunstancial exceda del 15 por 100 de las obradas que exija el cultivo de la finca (art. 4.º, apartado 2.º, de la ley de 1942).

b) *Que la renta anual no exceda de cuarenta quintales métricos de trigo*. Si falta esta circunstancia, el régimen de este colonato salta al corriente o normal de la ley, de inferior permanencia, retracto más débil y cuya transmisión mortis-causa es de un ámbito personal más restringido.

El *plazo mínimo de duración es de tres años*: pero el colono puede prolongarlo por cuatro plazos más (o sea, *hasta un total de quince años*), sin necesidad de ningún aviso o notificación al propietario, quien sólo puede interrumpir tal prolongación pasados los primeros tres años, y siempre al finalizar una de las prórrogas (no

en el medio), por recabar para sí la finca para cultivarla también directa y personalmente por un plazo mínimo de seis años.

La infracción de esta obligación da derecho al colono desalojado para obtener la reintegración de la posesión arrendaticia de la finca (*es un poder directo sobre la cosa*), y a ser indemnizado en la cuantía del importe de una a cuatro rentas (límite objetivo), que señalará el juez.

A igual régimen de prórroga y excepción queda sometido el adquirente «por cualquier título» de la finca, con la importantísima restricción de que si bien el propietario al terminar aquellos quince años de máximo puede reclamar la finca libremente, *el tercer adquirente sólo podrá obtenerla para el cultivo directo y personal*, aunque hubiere comprado la finca durante el transcurso del último período de su prórroga.

Nada dice la ley del futuro y no se sabe si pasados otros quince años desde su adquisición podrá obtener libremente la finca; pero este silencio parece una confirmación de aquella regla.

El adquirente, pues, sólo podrá interrumpir la relación arrendaticia para cultivar la finca directa y personalmente.

b') *Restantes colonatos agrícolas*.—Se integran por aquellos en que falten cualquiera de las dos notas que tipifican a los especialmente protegidos, o sea: cuando falte el cultivo directo y personal del colono, o cuando la renta exceda de los cuarenta quintales métricos de trigo.

Así hay que entenderlo después de la ley de 1942, que deja virtualmente sin efecto la distinción establecida por la del 1940, entre arrendamientos con renta inferior y superior a cinco mil pesetas.

En estos colonatos el *plazo mínimo de duración es de seis años*, prorrogables por otros seis a voluntad del colono, que para hacerlo eficazmente *deberá notificar esta su voluntad* al propietario con un año de antelación.

Se trata, pues, de un *derecho potestativo* y, dentro de esta categoría, de los llamados de *modificación jurídica*, cuya actuación por el colono afecta al propietario, sin precisar la colaboración de éste, ni suponer ninguna acción o pretensión dirigida contra él.

La potestad de modificación jurídica concedida al colono, se ejerce y agota en una declaración de voluntad, expresiva de que quiere y provoca la prolongación de su situación arrendaticia. Tal declaración unilateral de voluntad es *recepticia* frente al *propietario*, es decir: *no se perfecciona ni produce efecto mientras no se le notifique*.

El propietario podrá impedir la prórroga reclamando el cultivo *directo* (o sea, a su riesgo económico, pero sin precisar su intervención personal o familiar en los trabajos), que habrá de llevar por otros seis años, bajo la pena de la reintegración arrendaticia del colono y del resarcimiento de los perjuicios (sin límite objetivo alguno), si no lo hiciera.

Iguales restricciones sufre el *tercer adquirente* de la finca. Tanto éste como el propietario, obtendrán libre la finca al finalizar la prórroga.

c') *Restantes colonatos pecuarios*.—Según la ley de 1940, la duración de estos colonatos depende de la cuantía de su renta anual.

Los de renta superior a cinco mil pesetas tendrán una duración mínima de dos años y son susceptibles de tres prórrogas, hasta alcanzar, pues, un *máximo de ocho años*.

Los de *renta inferior a cinco mil pesetas* (pero superior a cuarenta quintales métricos de trigo, por que los inferiores pertenecen a la categoría de «especialmente protegidos»), tendrán también una duración mínima de dos años y no pasarán, con sus prórrogas, de *quince años*, es decir, que admiten seis prórrogas y media.

Hay que reconocer que la dicción legal no es clara, y que cabría pensar que tal máximo se refiere exclusivamente a las prórrogas, con lo que la duración total podría alcanzar los dieciocho años; pero ello conduce al absurdo de que los «especialmente protegidos» serían más cortos que este tipo intermedio y poco claro, surgido de la no hecha compaginación de dos leyes entre los de menos de 5.000 pesetas de renta y de 40 quintales de trigo, que resultarían más extensos que éstos (dieciocho años), pero menos intensos (puede impedirse la prórroga sin obligarse al cultivo personal), y de inferior transmisibilidad al fallecimiento del colono, como se verá.

En ambos tipos, el colono, para lograr la efectividad jurídica de su prórroga, ha de ejercitar su derecho potestativo de modificación jurídica mediante la *notificación* al propietario *con seis meses de antelación*, quien sólo puede destruir la modificación así causada recabando la finca para su *explotación directa*.

En los colonatos del primer tipo, el propietario que recabe la finca para su explotación directa deberá hacerlo así por seis años; en los del segundo, por tres. El tercer adquirente, en todo caso, *por seis años*.

El incumplimiento de esta obligación causará la reposición arrendaticia del colono desalojado y su derecho al rescimiento (tampoco sin límite objetivo). Pero ni el propietario ni el adquirente tienen este deber, si la prórroga en curso es la última.

El problema se nos presenta con respecto a la influencia que en el régimen de estos colonatos puede tener *la renta, a través de su variabilidad por revisión* o por la diferente cantidad en pesetas que arroje la *conversión* en dinero del «valor trigo».

La *revisión* juicio de equidad, produce la fijación de la renta justa, y aunque no produzca el efecto de la devolución del exceso recibido por el propietario, ni del abono del defecto por el colono (en los respectivos casos en que el Juez resuelva que es excesiva o baja), no se puede negar que *marca* la situación.

Creemos, pues, que el régimen se atenderá a la cuantía de la renta revisada judicialmente.

La *conversión* del trigo en dinero irá arrojando cantidades diferentes entre sí en el decurso del tiempo de duración del colonato y con arreglo a la variabilidad de la tasa del trigo; pero también creemos que el régimen será el correspondiente por razón de la cantidad resultante de la conversión según la tasa del trigo en el momento inicial del colonato.

Otra cosa sería la consagración de la incertidumbre jurídica.

Finalmente, hemos de decir dos palabras sobre el *criterio diferenciador entre los colonatos agrícolas y los pecuarios*.

La mayoría de las situaciones serán claras e inequívocas de un tipo u otro; pero caben también situaciones «híbridas» o intermedias, que convendrá clasificar para sujetarlas a uno u otro régimen.

Puede ocurrir que las partes lo hayan señalado; pero esta «definición» contractual, no puede ser vinculante para el Juez, porque la aplicación de uno u otro régimen no puede quedar a la voluntad de las partes, ya que ello se prestaría al fraude de la ley. Será, pues, una cuestión «de hecho», a la libre apreciación judicial.

b) *Frente al adquirente*.—Al exponer el régimen de permanencia del colono frente al propietario, hemos dicho también cómo supone igual oponibilidad frente al tercer adquirente, según resulta del artículo 9.º de la Ley de 1942, en términos casi idénticos, con las pequeñas diferencias que dejamos apuntadas.

Quedó también hecha la oportuna referencia a cierta doctrina jurisprudencial sobre las adquisiciones en ejecución procesal de fincas arrendadas, al tratar de las prórrogas forzosas dentro del régimen de la L. A. U., a cuyo comentario nos remitimos.

c) *La muerte del colono*.—En este punto se manifiesta también claramente el carácter real del colonato.

Según el artículo 18 de la Ley de 1935, *el fallecimiento del colono extingue el arrendamiento*, salvo que sus herederos sean el cónyuge, ascendientes o descendientes en línea directa o hasta el segundo grado en la colateral.

Y conforme al artículo 3.º de la Ley de 1942, el fallecimiento del colono en los arrendamientos especialmente protegidos, *no los extingue*, sino que los continúa el *familiar cooperador* por aquél designado testamentariamente, o en defecto de tal designación, el elegido por la mayoría de los familiares cooperadores dentro de los dos meses del fallecimiento, o por el designado por el propietario, pasado este plazo sin haber acuerdo.

Pero en ningún caso está obligado el propietario a dividir el arrendamiento, según el mismo artículo 18 de la Ley de 1935, transunto del 1.618 del C. c. según el cual: «No pueden dividirse entre dos o más personas las fincas gravadas con censo, sin el consentimiento expreso del censalista, aunque se adquieran a título de herencia».

No sólo este paralelismo, sino el estudio cuidadoso de la situación, nos lleva al resultado de que se trata de un derecho real.

En efecto: las obligaciones y derechos que se extinguen con la muerte de una persona son los personalísimos: los que no tienen este carácter se transmiten a los herederos. Lo mismo ocurre con las titularidades jurídico-reales: pero en éstas cabe una mayor variedad de matices.

Frente a la patrimonialidad absoluta del derecho real del enfiteuta, el del usufructuario tiene un fuerte matiz, ya personalísimo (cuando se le concede en función del cumplimiento de ciertos deberes: patria potestad, tutela, jefatura doméstica), ya personal (cuando siendo un mero valor patrimonial, es transmisible, pero depende indefectiblemente de la vida del usufructuario).

Pues bien: aceptando que el derecho del colono sea real, reconoceremos el juego de la transmisibilidad mortis-causa de su derecho, atribuyendo al de los colonatos especialmente protegidos un fuerte matiz *doméstico* y al de los otros un simple matiz *familiar*.

Los arrendamientos pequeños (de cultivo personal y directo y con renta inferior a 40 quintales de trigo) son, generalmente, el sostén de la casa, como *sede del hogar*. Los que exceden estos límites, no suelen ser trabajados por la *comunidad doméstica* ni pueden ser considerados como sostén de la casa, aunque puedan ser ayuda de la familia.

De aquí que pensamos que tiene razón el comentarista Royo (aunque no por sus mismas consideraciones, bastante confusas), cuando afirma que la ley de 1942 no ha derogado a la de 1935 en este punto, y que ambos ordenamientos subsisten, pues se dirigen y contemplan dos supuestos distintos.

En los arrendamientos especialmente protegidos, *el grupo doméstico* (cooperadores familiares) *excluye a la línea familiar*, por razón de la adscripción de la finca a la «casa». No es que el colono causante tenga límites sucesorios, sino objetivos, porque la ley configura su derecho en función del hogar, no del patrimonio.

No se trata, insistimos, de una *preferencia*, sino de una *exclusión*: si el colono especialmente protegido fallece sin familiares cooperadores, el colonato se extingue, aunque deje esposa, padres, hijos o hermanos: su derecho no es transmisible sólo por el hecho del parentesco, sino que exige la convivencia cooperadora: *se trata de una comunidad de disfrute*.

En los colonatos corrientes, el fallecimiento del colono extingue en todo caso el arrendamiento, es decir, aun la vigencia del contractual, porque ya no se trata de la transmisión *mortis causa* de derecho y obligaciones (legalmente posible), sino de un derecho real de un matiz *casi personal*, como el usufructo.

Y decimos «casi personal» porque su transmisibilidad *mortis-causa* a los herederos, restringida al caso de que éstos sean el cónyuge, ascendientes o descendientes en línea directa o hasta el segundo grado en la colateral, importe reconocerle un carácter familiar.

En este caso no cabe más que la designación del continuador

por testamento, o por acuerdo entre estos herederos, en el supuesto de que haya varios que reúnan aquel carácter. Este derecho será uno más de los inventariables y adjudicables.

En aquel caso, el matiz doméstico del colonato hace no sólo que el colono pueda elegir entre sus familiares cooperadores exclusivamente, sino que sean éstos, *aun sin tener la cualidad de herederos* (les basta con ser comuneros del disfrute), puedan determinar el titular continuador.

Y si la ley concede al propietario la facultad final de designación, es como árbitro decisor e interesado también directamente en el asunto.

Los familiares cooperadores no son, pues, sucesores *mortis causa* del colono fallecido, sino comuneros en su disfrute, si bien se trata de una comunidad especial y no bien configurada, como lo está, aunque no completamente, la de los familiares convivientes del inquilino, en el régimen de la L. A. U.

2.º *Facultad de preferente adquisición.*—Es la conocida por el nombre de retracto del arrendatario (colono o inquilino).

El problema consiste en determinar la *naturaleza jurídica* del retracto legal, al que se refiere y define el artículo 1.521 del Código civil, como «el derecho de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».

Sanz (21), al ocuparse del artículo 37 de la ley Hipotecaria y aludir a la innecesaria inscripción de los retractos legales para que produzca sus efectos frente a todos, dice que ello viene justificado, tanto si se les considera como una limitación o *prohibición de disponer* emanada directamente de la ley, o como un *derecho subjetivamente real*.

Sin embargo, si profundizamos el estudio sobre la naturaleza jurídica del retracto legal, difícilmente podremos encajar esta figura en alguna de ambas categorías.

El retracto legal *no es, desde luego, una prohibición de disponer*, ni de las auténticas, es decir, de las que tienen eficacia real, ni de las impropias, cuyo incumplimiento se resuelve en una obligación de indemnizar.

No es una prohibición de disponer de *naturaleza real*, porque éstas (como señala, entre otras Resoluciones, la de 22 de junio de 1943), impiden el ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al titular, oponiendo, sin implicar una falta de capacidad jurídica, un veto al desenvolvimiento de las atribuciones concedidas normalmente al propietario, de forma que constituyen un obstáculo que niega la inscripción a los títulos otorgados en oposición a ellas (Res. de 8 de mayo de 1943). Y es evidente que las facultades de disposición del dueño de la finca, a que se refiere el retracto, no están disminuídas; y que las enajenaciones que realice tienen libre acceso al Registro de la propiedad.

(21) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 306.

Tampoco es el retracto legal una prohibición de disponer impropia, o de *simple alcance obligacional*, ya que cuando la enajenación se produce, el retrayente está facultado para dirigirse contra el adquirente; pero no para exigir del enajenante una indemnización de daños y perjuicios.

¿Puede decirse que *el retracto legal sea un derecho subjetivamente real?*

Prescindiendo de discutir la mayor o menor exactitud de esta terminología, recogida unánimemente por nuestra doctrina actual por influencia de la técnica alemana, y que parece convertir los objetos en titulares jurídicos, es lo cierto que hay retractos legales concedidos sin conexión con la propiedad de un inmueble concreto o la titularidad de un derecho determinado (los gentilicios, por ejemplo), sino que se atribuyen directamente por la ley a una persona o grupo de personas.

Y, claro está, en tales casos no estamos en presencia de derechos subjetivamente reales, sino de sujetos inmediata y directamente determinados.

Por ello Atard, en su trabajo sobre las titularidades "ob rem", se cuida mucho de incluir tan sólo el retracto de comuneros y el de colindantes, entre las activas (y al ocuparse de los retractos).

Puede decirse, pues, que si bien los retractos legales clásicos son derechos subjetivamente reales, por lo menos en el Derecho común, la aparición de nuevas modalidades hace imposible una adscripción definitiva de tal derecho a esta categoría jurídica.

Los retractos legales son una institución desconocida para el Derecho romano, cuyos *precedentes* encontramos tan sólo en el Derecho germánico de la Edad Media, que los crea a favor de los *colindantes* y de los *parientes*, y que no son otra cosa sino un *residuo de la propiedad común* de los miembros de una familia o de un municipio sobre el suelo y los inmuebles, que se suponía vigente en el antiguo Derecho.

Su aparición se halla perfectamente aclarada por los investigadores, quienes ponen de relieve que, cuando la antigua propiedad colectiva empezó a ceder ante la individual, los derechos de señorío de los que antes fueron condueños se manifestaron, primeramente en forma negativa (impidiendo, con una simple oposición, que se enajenara la cosa), y posteriormente y en virtud de una debilitación paulatina, no pudo ya su titular impedir que se llevara a cabo la enajenación, pero quedó facultado para adquirir la cosa, asumiendo la posición del comprador.

Tuvo, así, aquel titular, un derecho preferente a los extraños para adquirir la cosa ajena, apartando al tercero o rescatándola de sus manos.

Este derecho se concedió exclusivamente a los coherederos, a los vecinos, a los parientes y, en general, a todos los que estuvieran ligados por una relación de comunidad con respecto a los bienes o derechos que la integraron.

En principio, pues, el retracto deriva de la existencia de una situación de comunidad, siendo concedido al comunero como facultad íntimamente unida a su posición jurídica de tal. En su raíz, por tanto, el retracto legal es un derecho subjetivamente real, o mejor aún, como dice Ferrara, un derecho anejo a la propiedad inmueble, o un derecho subjetivo con titular mediatamente determinado, como entre nosotros precisa Federico de Castro (22) con mayor rigor técnico.

Pero derecho subjetivo con titular mediata o inmediatamente determinado, el retracto legal presenta una conformación jurídica que no es interpretada unánimemente por los autores.

Para unos, como Von Tuhr, a quien sigue entre nosotros Faus Esteve, la titularidad que corresponde el retrayente constituye ya un *derecho potestativo de formación o modificación jurídica*, que le atribuye poder bastante para, mediante una declaración de voluntad, constituir una relación vinculante para el que debe respetar la existencia del retracto.

Según esta tesis (que no es sino una aplicación al retracto legal de la doctrina que ve en el convencional la existencia de un pacto de retroventa), el adquirente de la finca a la que se refiere el retracto tiene una *obligación legal de contratar con el retrayente*, y celebrar con él un nuevo contrato que le transmita la propiedad de la cosa.

Para otros autores, como Bonet, el derecho de retracto legal envuelve una *condición resolutoria* que afecta a la transmisión realizada, de tal forma la misma se resuelve a consecuencia de su ejercicio y produce, como resultado, la adquisición de la cosa enajenada por el titular de aquel derecho.

Esta tesis no es, en definitiva, sino la aceptada para el retracto convencional por nuestra jurisprudencia (Sentencias de 20 de mayo de 1943 y Resolución de 27 de mayo de 1926). Según esta Resolución, cuando el retrayente hace uso de su derecho, *no se perfecciona un nuevo contrato*, sino que entra en juego una condición resolutoria, que coloca la situación patrimonial en el mismo estado en que se hallaba cuando la condición se estableció.

A nuestro modo de ver, ninguna de las dos tesis examinadas conviene a la naturaleza jurídica del retracto legal en el Derecho español.

La teoría que concede al titular del retracto una simple pretensión dirigida contra el adquirente, podrá tener acaso justificación en el Derecho alemán, cuyo Código establece que, al ejercitar su derecho el retrayente, obliga al retraído a perfeccionar con él un nuevo contrato, en las mismas condiciones de aquel por cuya virtud adquirió.

Pero en nuestro Derecho no es posible admitir esta teoría, porque la obligación «de hacer compraventa» no la vemos establecida por ninguna parte y, porque de existir, no habría más remedio

(22) *Derecho civil de España*, pág. 509.

que concebirla como una titularidad pasiva «ob rem», con todas sus consecuencias, y entre ellas, que el así obligado podría liberarse mediante el abandono de la finca. Aparte de que, consistiendo aquella obligación en la emisión de una declaración de voluntad, y no siendo ésta susceptible de coacción (según la doctrina que admite el «precontrato» y la jurisprudencia que lo recoge), nos encontramos con que el derecho del retrayente podría quedar defraudado con facilidad.

Tampoco es admisible la doctrina que ve en el retracto legal la existencia de una condición resolutoria directamente establecida por la ley. Aunque esta opinión pueda sostenerse cuando se trata del retracto convencional (fundándose en la regulación que le da nuestro Código), ello no es posible con respecto del legal.

En efecto: hablan los artículos 1.507 y 1.510 del derecho de *recuperar contra todo poseedor*, mientras que el 1.521 se refiere al derecho a *subrogarse en el contrato*. Como se ve, las expresiones son diversas y ponen de relieve la existencia de dos procesos jurídicos, donde la efectividad del retracto se logra de dos maneras absolutamente diferentes.

En el *retracto convencional*, en efecto, la venta se hace bajo la condición resolutoria que implica la existencia de aquél, y cuyo cumplimiento supone, como dice Hernández Gil, la cesación de los efectos transmisores logrados por el contrato.

Frente a este retracto, la posición de los que traigan su derecho del comprador, es similar a la de aquellos que adquieren pendiente una condición. De donde se sigue que su realización produce automáticamente la disolución de las relaciones jurídicas que hubieran podido constituirse, y la readquisición del retrayente (sin que para ello sea necesario un nuevo acuerdo de voluntades, sino un allanamiento extrajudicial o una sentencia).

La consignación registral de este proceso se llevará a cabo en la forma prevenida por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 177 de su Reglamento, y, por consiguiente, mediante la presentación de los documentos oportunos, se cancelarán las inscripciones practicadas a favor del primer adquirente y de los que traigan de él su causa, y se practicará una nueva inscripción a favor de quien corresponda, que en este caso será el retrayente vendedor.

Por el contrario, en el *retracto legal* (como señala con acierto la Sentencia de 11 de diciembre de 1944), se produce, en todos los eventos, un fenómeno de subrogación, por cuya virtud el retrayente se coloca en el lugar del adquirente retraído.

Por tanto, no se produce aquí el fenómeno resolutorio, toda vez que en la relación jurídica, creada entre el enajenante y el adquirente de la finca retraída, se mantiene firme e inalterada, variando solamente uno de sus elementos personales, que es precisamente en lo que consiste el recurso técnico de la subrogación.

La forma de acreditar registralmente este proceso será absolutamente diferente de la anterior, pudiendo distinguirse dos casos:

1) Si la enajenación que puso en movimiento al retrayente no ha sido aún inscrita, la inscripción se hará directamente a nombre del subrogado (el titular del retracto), haciendo constar en el asiento las circunstancias especiales que en el caso concurren; pero sin que ello implique un supuesto de tracto abreviado, ya que aquí no se dan dos transferencias, sino un solo negocio dispositivo, en el que, por el juego técnico de la subrogación, resulta que el retrayente es parte y titular del objeto retraído; y

2) Si, por el contrario, se hubiere verificado ya la inscripción a favor del adquirente retraído, no procede la práctica de un nuevo asiento (pues ello implicaría la existencia de una nueva transmisión), sino de una nota marginal expresiva de que en el contenido de la inscripción se ha subrogado el retrayente.

En consecuencia, no pueden estimarse como acertadas las afirmaciones de Faus Esteve, que propone textualmente como la definición más exacta del retracto legal aquella que lo considera como «el derecho de adquirir una finca, que se enajena por venta, del comprador o posteriores adquirentes, dentro de un tiempo determinado y mediante el pago del primer precio de la venta y de los gastos», toda vez que el retrayente no adquiere nada del comprador ni de los que de éste hayan adquirido durante el plazo legal, sino que su adquisición trae causa directa del primitivo enajenante, a consecuencia del juego de la subrogación.

Por tanto, el retracto legal es un derecho real de adquisición que no actúa, ni como condición resolutoria ni imponiendo la obligación de vender, sino al través de un procedimiento subrogatorio, que produce sus efectos frente a todos sin necesidad de inscripción, por estar inserto en el estatuto jurídico de la propiedad y dotado, en consecuencia, de una publicidad legal superior a la del Registro.

Sin embargo, Figa Faura, comentando la Sentencia de 11 de diciembre de 1948 (23), ha intentado demostrar la inexactitud de esta concepción (sin indicar, por otra parte, cuál podría ser la verdadera), a base de poner de relieve sus dificultades prácticas. en el caso de que el precio de la venta que se retraiga se hubiera aplazado, ya que al variar la persona del comprador, por efecto de aquella subrogación, cambia la garantía de su patrimonio.

Aquella sentencia, dice, no encontró grave obstáculo para ello, ya que el aplazamiento se había garantizado con hipoteca sobre la misma finca retraída; pero piénsese en la hipótesis de que la hipoteca se hubiera constituido sobre otra finca del comprador.

Hay que reconocer que estas observaciones de Figa tienen una enorme fuerza aparente, y su endeblez real está, precisamente, en contemplar el retracto desconectado de su precedente: el tanteo.

Para Roca Sastre (24), que sigue en este punto a Pérez y Al-

• (23) *El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, en «Rev. de Der. Priv.», 1948, pág. 880.

(24) Cit., III, págs. 5 y sigs.

guer, tanteo y retracto son *un solo derecho, con dos oportunidades de actuación*. Y concibe el instituto como un todo unitario, de carácter y efectos reales en ambos momentos.

Claro que reconoce las posibilidades de que el tanteo se frustre, ya que no implica ninguna prohibición de disponer, y que la venta que el propietario haga sin notificarlo al titular de aquel derecho, es un negocio perfecto y no viciado; pero, dice, precisamente está ahí el segundo tiempo de actuación del derecho, el retracto, que tiene una eficacia definitiva contra el adquirente.

En realidad, pensamos nosotros que el tanteo y el retracto son *manifestaciones de un ente jurídico superior a ellos, pero distinto*: el derecho «de preferente adquisición de una cosa», que la ley atribuye a una persona.

La palabra *preferente* tiene un hondo significado: indica que sólo *nace* aquel derecho ante una enajenación voluntaria de la cosa; que su titular no puede hacerla ingresar directa y automáticamente en su patrimonio; *que no es, por tanto, un derecho potestativo de modificación jurídica*.

Es decir: que aquel derecho surge en relación con la enajenación a un tercero. En esta medida, pues, *el derecho de adquisición preferente está determinado por la voluntad del propietario actual de la cosa*, a que aquel derecho se refiere, que decide su enajenación.

En este punto nace aquel derecho en la persona determinada por la ley, de un modo inmediato, o mediato, por razón de su titularidad sobre la cosa o de su proximidad a otra de su patrimonio (colindancia).

Este *derecho de preferente adquisición* puede verse cumplido de dos modos:

1) «Volente» el dueño-enajenante, por medio de un contrato de compraventa. ¿No pretende el dueño actual vender o dar en pago la cosa? Pues hágalo directamente con el que tiene preferencia a su adquisición.

Y la ley, consecuentemente, impone al propietario la obligación de hacer, al titular de la preferencia, *una oferta contractual de venta* de la cosa por un precio. Esto es lo que se llama *tanteo*, y, visto de este modo tan sencillo y tan exacto, no creemos que pueda decirse se trata de un derecho real, sino de una obligación legal de contratar preferentemente con A, en vez de dirigirse a B o a C (pero no una obligación del adquirente, como piensa Faus, sino del dueño enajenante).

2) «Nolente» el dueño-enajenante, es decir, cuando éste se niega a cumplir aquella obligación legal y, desconociéndola, enajena la cosa a un tercero sin hacer aquella primera oferta y esperar a su resultado (en los modos y términos que la ley fija, para su seriedad y posibilidad de eficacia), se atribuye al titular del derecho de preferencia la facultad de dirigirse directamente sobre la cosa, haciéndola ingresar en su patrimonio y, por un principio

de economía jurídica, en vez de destruir la enajenación realizada, la ley la conserva, subrogando en ella al retrayente.

La concesión de esta facultad de subrogación está condicionada suspensivamente a la actuación negativa del enajenante; es decir: si éste se ha prestado lealmente a colaborar en la realización del derecho de preferencia, ofreciéndole la venta de la cosa, no tiene por qué nacer el derecho a realizar coactivamente una adquisición que pudo lograrse directamente de un modo normal y voluntario.

Pero como aquella actuación colaboradora ha de ser ofrecida leal y legalmente, y como de ella, como de un hecho, depende el nacimiento de un derecho (el retracto), ha de probarse debidamente; de aquí por qué la ley exige ciertos requisitos formales al tanteo (aparte de la necesidad de que la oferta, que entraña, pueda ser razonablemente aceptada y pensada).

En la enajenación realizada a un tercero, desobedeciendo la obligación legal de contratar preferentemente con la persona designada por la ley, ésta se encuentra con *tres elementos*: 1) que la preferencia se refiere a una enajenación voluntaria; 2) que esta enajenación se ha realizado ya, por medio de un negocio jurídico voluntariamente conformado por el propietario-enajenante; y 3) que éste no puede desconocer la posibilidad de subrogación en el negocio, del que puede ser el retrayente.

Y entonces el *problema* no es el que plantea Figu Faura, que desaparece, sino este otro: *la subrogación, ¿destruye o no el negocio enajenativo querido por el propietario?*

Evidentemente, ello no pasa en la compraventa, que permanece como negocio, aunque la subrogación no puede alcanzar a los derechos o garantías accesorios que se le hayan adjuntado, pero que intrínsecamente son extraños al negocio mismo, a cuya esencia sólo se incorporan los llamados «*accidentalia negotii*» (condiciones o términos), que son, indudablemente, a los que de un modo exclusivo se refiere la dicción del artículo 1.521 del Código civil («subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato»).

Evidentemente también, en cambio, ello *ocurre en la permuta*, en que la subrogación no puede producirse sin destruir el negocio enajenativo y, con él, la voluntariedad de la enajenación a un tercero, determinante del nacimiento del derecho de preferente adquisición, atribuido a una persona por la ley.

De aquí la incorrección de la doctrina jurisprudencial en materia del *retracto del colono*, representada por la Sentencia de 11 de julio de 1945, en la que se sostiene, apoyándose en la letra del artículo 16 de la ley de 1935 (antes de la reforma), que entre las transmisiones onerosas, a las que cabe aplicar el retracto, se encuentra la permuta. *Ello implica transformar el derecho de preferencia en una expropiación forzosa.*

La doctrina ha criticado duramente la falta de fundamento científico de este fallo, afirmando Flórez de Quiñones (25) que el

(25) *Comentario*, en «Rev. de Der. Priv.», 1946, pág. 66.

hecho frecuente de que la permuta envuelva una compraventa, no justifica aquella decisión jurisprudencial, ya que, descubierta la simulación, procederá el retracto.

Como criterio ecuánime propone el Notario de Córdoba que se estime procedente el retracto del colono, no cuando la permuta se haga por cosas específicas y determinadas, sino cuando la contraprestación consista, bien en dinero o signo que lo represente, bien cosas genéricas.

Esto quiere decir, simplemente, que a los efectos del retracto, se debe ampliar el ámbito de la fungibilidad; o sea, que en vez de proceder exclusivamente cuando se enajene una cosa por dinero (que es la cosa fungible por excelencia), ha de poder producirse también en los casos de una fungibilidad menor, en que a sustitución no se imponga objetivamente de un modo absoluto (peseta por peseta), sino que venga impuesta por la realidad del comercio social (bueyes por bueyes).

Claro que en estos casos se presentarían graves dudas en la práctica; y carecemos de un procedimiento eficaz y breve en el que resolverlas.

Desde un punto de vista de «lege ferenda», la solución podrá estar:

a) En la creación de tal procedimiento, para decidir la equidad de la sustitución de las cosas; o

b) En atribuir al hecho de la permuta por cosas genéricas, el valor de una presunción de fraude y, por vía de pena, reconducir el caso a una tasación en dinero.

Esta última solución es la que se podrá adoptar jurisprudencialmente, claro que con un mero valor de «iuris tantum» y admitiendo la prueba que se presentara en el caso concreto.

a) *La regulación de la L. A. U.*—La L. A. U. concede este derecho de adquisición preferente a los inquilinos y arrendatarios, sobre la vivienda o local de negocio, cuando su propietario venda o ceda en pago aisladamente la parte que en el edificio ocupan; y sobre el edificio, si a todo él se extendiera el arrendamiento único.

Con toda precisión, y huyendo de las dificultades que plantea la dicción del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 (según el cual procede «en todo caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada»), el artículo 63 de la L. A. U. sólo lo concede en los casos de venta o dación en pago, es decir, cuando la subrogación del retrayente pueda lograrse sin destruir el negocio que, implicando la enajenación voluntaria, da lugar al nacimiento del derecho de preferente adquisición.

Atendiendo al modo de producirse la ley, lo mismo da que al venderse o darse en pago el piso, departamento o planta, pertenezca el edificio a un solo propietario o a varios, sea en comunidad por cuotas o en propiedad separada u horizontal.

También procederá aquel derecho de adquisición, aunque en

el mismo acto se transmitan por aquellos títulos todos o varios de los pisos o plantas arrendados, siempre que se haga a diferentes personas.

No procede, en cambio; cuando el negocio recaiga sobre un *edificio global*, sobre el que haya establecido más de un arrendamiento, ni cuando el adquirente sea *condueño* de la finca, ya como cuotista, ya como propietario de otra planta de ella, porque según el artículo 66 el retracto de comuneros prevalece sobre el de arrendatarios, y la Sentencia de 6 de abril de 1946 reconoce aquél a favor de los *copropietarios por pisos* de un edificio, apoyándose en la situación de comunidad indivisible sobre los elementos comunes.

El artículo 11 de la ley declara *renunciables, por parte del arrendatario de locales de negocio, los beneficios que le concede, a excepción de la prórroga.*

Por consiguiente, hay que entender que, entre estos beneficios renunciables, figuran los de tanteo y retracto. Esta renuncia puede ser anticipada y convenida en el contrato originador de la situación arrendaticia; pero también puede ser posterior, tanto con referencia a una concreta enajenación, como con respecto a enajenaciones futuras y posibles.

En cambio, el mismo artículo 11 impide la renuncia de tales beneficios al inquilino: pero esto no será obstáculo para que, una vez se haya otorgado la venta o adjudicación, o al mismo tiempo de otorgarse, pueda el inquilino realizar una renuncia plenamente eficaz al retracto, pues ya *no se tratará de renunciar a un beneficio «a priori», sino de la dejación «a posteriori» de un derecho ya deferido.*

Cabe aplicar aquí la misma distinción que se hace en materia de *legítimas*: la renuncia de legítima futura es nula, conforme establece el artículo 816 del C. c.; pero esto no impide la renuncia a la legítima ya diferida, o sea, la derivada de una sucesión ya causada o abierta.

Al fin y al cabo, el no ejercicio del derecho de retracto durante el plazo legal, también envuelve una renuncia tácita.

Según el artículo 63, «podrá el inquilino de vivienda o el arrendatario del local de negocio utilizar el *derecho de tanteo en el plazo de treinta días*, a contar del siguiente al que se le *notifique en forma auténtica* la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el *precio* ofrecido y las *condiciones* de la transmisión».

Y según el artículo 64, *procederá el retracto*: 1) Ante la falta de la previa oferta, o tanteo; 2) Si el precio efectivo fuera inferior al de aquella oferta, o distintas las condiciones esenciales de ésta; y 3) Si no se hubiera utilizado el tanteo.

Pero así como los dos primeros casos están justificados por sí mismos, el tercero no tiene justificación posible; porque si al arrendatario se le guardó una preferencia exacta (identidad del

precio y condiciones), pudo adquirir preferentemente y no quiso: ¿por qué volverle a dar nueva posibilidad?

Ello no conduce más que a dificultar injustamente el tráfico jurídico sobre viviendas y locales, en perjuicio del propietario, ya que los adquirentes, que conocen su insegura posición, se traerán de contratar sobre viviendas y locales arrendados.

A la fidelidad del propietario, se responde permitiendo una posible informalidad del inquilino.

En los dos primeros casos podrá ejercitarse el retracto dentro de los sesenta días; en el segundo, dentro de los quince.

En todos los plazos se contarán desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la propiedad y, a falta de ello, desde que el arrendatario tuviese *conocimiento* de aquella.

Y aquí la L. A. U. se organiza un *galimatías*.

Por una parte, declara *no inscribible* la escritura de venta o dación, *mientras no se acredite la notificación* fehaciente del negocio transmisor al inquilino o arrendatario (64); y por otra, impone que en la venta de un piso (departamento y edificio, hay que entender añadido) *no arrendado, el vendedor deberá declararlo así en la escritura, para que ésta sea inscribible*, bajo pena de falsedad en documento público (69 L. A. U. en relación con el 303 del Código penal; seis meses y un día a seis años, y multa de 1.000 a 10.000 pesetas).

Esto, que sería correcto si la inscripción marcara indefectiblemente la iniciación del plazo (aunque se hubiere conseguido mediante falsedad), resulta desorbitado cuando se preceptúa que «no se computará... mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare» (64, «in fine»).

En este punto, hemos de señalar dos equivocaciones de interpretación.

Una a cargo del comentarista Royo, que cree hipotecariamente nula la inscripción conseguida mediante falsedad en la declaración de estar libre la finca de arriendo, lo que combate acertadamente Roca Sastre, porque tal defecto de notificación (a la que aquella falsedad tiende), no es más que un *defecto subsanable*, y porque tal supuesto no encaja en ninguno de los que, bajo los conceptos de nulidad material o formal, establece la legislación hipotecaria.

Otra, a cargo del mismo Roca Sastre (26), quien sostiene ser innecesaria la notificación del negocio ya realizado, cuando su sustancia coincida con lo consignado en la previa notificación para el tanteo. Pero la ley no distingue; y creemos más ajustado y, prácticamente, más prudente, defender en todo caso la necesidad de la segunda notificación.

La única manera eficaz de que el propietario y el adquirente burlen el derecho de preferente adquisición que la ley atribuye

al inquilino y al arrendatario de locales de negocio, está en la *inflación del precio*.

Con ello se imposibilita jurídicamente la actuación del arrendatario; pero sí económicamente, ya que la prueba de tal inflación, es decir, de la *simulación de la cuantía del precio*, es difícilísima en la práctica.

Ante este hecho siempre cabe que el inquilino *impugne la simulación* de aquella cuantía y, conseguido esto, su retracto se acomodará a la realidad demostrada.

No se opone a lo que decimos lo ordenado en el artículo 67 (en uno de cuyos incisos se dice que si el arrendatario «no ejercitase el retracto, lo que únicamente podrá hacer por el precio figurado en la escritura»), ya que tal doctrina legal es exacta, en cuanto que *la acción de retracto ha de iniciarse por el precio que la escritura presume, aunque su consumación se realice ajustándose al precio real*, porque según el artículo 1.618 de la L. E. C., «para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: ... 2.º Que se consigne el precio, si es conocido...»

Y el precio conocido es el escriturado, pues el real es el que se ha de dar a conocer, mediante la oportuna prueba, ya que como dice la Sentencia de 20 de febrero de 1943, «los contratos celebrados por documento público llevan en sí mismos la presunción de su realidad y validez y, por tanto, *aquel que en éstos se apoya, tiene acreditados los hechos normalmente constitutivos de su derecho*, lo que basta para llenar la exigencia procesal de la prueba, ya que el vicio o defecto alegado para impugnar la validez del contrato o contratos en él contenidos, en modo alguno puede presumirse, sino que ha de ser probado por quien lo alega».

De cuya valoración, como observa Giménez Arnáu (27), a la antigua valoración del documento como prueba plena, hay escasa distancia.

Pero, como dijimos, la prueba de la simulación del precio es difícilísima, lo que en la mayoría de los casos imposibilita prácticamente la actuación del retracto del arrendatario.

Ante este hecho, la L. A. U. en su artículo 67, sienta una *presunción iuris et de iure*: *será excesivo el precio que sobrepase a la capitalización de la renta*, al 3 por 100 si se trata de local o vivienda construido o habitado por primera vez antes del 1.º de enero de 1942, y al 4,50 por 100 si con posterioridad a aquella fecha.

La *consecuencia* que de esta presunción debería derivarse, sería la posibilidad de retraer por el importe de tal capitalización; pero el mismo legislador, consciente de la expoliación que ello supondría, ya que la misma ley, al estabilizar las rentas estabiliza la base de cálculo, no se atreve a consagrar aquel resultado y, entonces, atribuye al arrendatario un derecho que nos atrevemos

(27) *Introducción al Derecho Notarial*.

a calificar de monstruoso: podrá instar la *anulación del contrato transmisivo* dentro de los sesenta días, cuyo cómputo se iniciará con igual criterio que para el retracto (en definitiva, desde la notificación que del negocio transmisivo se le hubiera hecho en forma fehaciente).

Pudo la ley seguir otro camino: establecer la misma presunción de excesividad, pero con el carácter de «*iuris tantum*», es decir, dispensando de la prueba al arrendatario y cargando en el propietario enajenante la carga de demostrar que aquel exceso no era arbitrario, por cuyo procedimiento se llegaría, si no a la determinación del *precio real* del contrato, sí a la fijación del valor justo, buen sustitutivo de aquél. Y logrado este resultado, haberdado paso al retracto arrendaticio.

Pero esto era lo lógico y lo jurídico... y se ha preferido crear una *auténtica prohibición de disponer*, cuya actuación se deja a la voluntad del arrendatario.

Las posibles consecuencias de esta regulación, bastan para calificarla.

Se da *para evitar el fraude* del derecho de adquisición preferente del arrendatario, y a éste le *puede servir para mucho más*.

Ejemplo: Se consigna el precio real, pero el adquirente compra para denegar la prórroga de la situación arrendaticia, por precisar la vivienda para sí o sus descendientes o ascendientes consanguíneos. El inquilino, montado en la facilidad de una renta bajísima y estabilizada, no quiere retraer y ejercita la acción de anulación del contrato transmisivo, inmovilizando la vivienda en la titularidad del propietario, que no puede dejar de serlo, porque su señor, el inquilino, no se lo permite.

Lo mismo cabe frente a un precio simulado, aunque el inquilino tenga en su mano todas las pruebas de la simulación y del precio verdadero. O hasta en el caso de un precio inferior al real (consignando así por motivos fiscales), pero que tampoco quiere pagar, por preferir la situación en que se encuentra, de renta baja y reparaciones a cargo del propietario, su servidor.

En definitiva: el propietario *sólo puede vender* por un precio que no sea superior a aquellas mezquinas capitalizaciones que califican de excesividad.

El valor justo o el precio real conseguido en un convenio nada valen ni representan frente a la ley. El inquilino puede prohibir al propietario cualquier enajenación que de aquello exceda.

Así como los negocios fiduciarios se caracterizan por atribuir un plus o exceso de poderes jurídicos, sobre los necesarios para conseguir el efecto realmente querido, este derecho excede también del fin para el que se creó; pero así como aquel negocio admite siempre una corrección interpartes, este derecho no tiene limitación alguna, y ha sido creado, precisamente, en una época de la evolución jurídica en que está granando y dando frutos prácticos la *teoría del abuso del derecho*.

El fenómeno paradójico no es nuevo: el D-L. de Redención de Foros 1925 nació después de iniciarse, con el Decreto de Alquileres de 1917, la enfiteuticación de los regímenes arrendaticios.

b) *La regulación de la L. A. R.*—La ley de 16 de julio de 1949 y el Decreto de 7 de julio de 1950 modificaron la redacción de los artículos 16 y 17 de la ley de 1935, en los que se estableció y reguló el *retracto del colono*, que la jurisprudencia ha extendido al *aparcerero*, por el hecho de estar contenida la regulación de la aparcería bajo la misma ley.

Si desafortunada era la antigua redacción de aquel precepto, lo mismo nos parece la actual, que se limita a extender aún más su farragosa y ya larga redacción, discriminando algo más ciertos casos, pero careciendo de todo rigor técnico.

Perfila la actuación de la acción de retracto. No se preocupa, en cambio, de establecer y regular el cumplimiento voluntario, por parte del propietario, del derecho de preferente adquisición que sobre la finca corresponde al colono, cuya actuación aparece, pues, como solapada y traicionera, ya que carece de toda eficacia la actitud leal que frente a él adopten propietario y adquirente.

Lo más saliente de la nueva redacción consiste en que, de una parte, perfila el retracto conjunto y, de otra, refuerza y concreta extraordinariamente el del colono especialmente protegido.

Son tres los supuestos que deben distinguirse: 1) el retracto común; 2) el especial, y 3) el conjunto de los varios colonos de una finca.

a') *Retracto común*.—Procede (según el apartado 1.º del artículo 16, conservado por la reforma), *en todo caso de transmisión a título oneroso* de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma.

En las transmisiones que tengan *índice dinerario*, se produce íntegramente la subrogación antes estudiada, mediante el reembolso del *precio* y de los *gastos* indicados en el artículo 1.521 del C. c.

En las que no lo tengan, *el precio se sustituye por el valor*, que habrá de ser determinado, a falta de acuerdo, en juicio ordinario, ya que la ley comete la grave omisión de no establecer un procedimiento breve y eficaz.

No es índice dinerario el valor que en una permuta se señala a los meros *efectos fiscales*, aunque pueda ser una presunción «ad hominem» que juegue el colono retrayente.

Ha de haber una perfecta correspondencia entre finca arrendada y finca transmitida para que se dé este derecho (salvo los casos del colono especialmente protegido y del retracto conjunto, que estudiaremos a continuación). Esto se desprende del párrafo primero, en relación con las excepciones dichas.

Estos hechos (transmisión onerosa de la finca arrendada y coincidencia entre lo transmitido y lo arrendado), son *constitutivos del derecho del colono*, quien puede tener una *circunstancia personal*

impeditiva de su ejercicio: ser propietario de más de diez hectáreas de regadío o cien de secano en territorio nacional (párrafo 10.º).

Según el párrafo 7.º, «cuando se trata de fincas de aprovechamientos diversos, cedidas a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercerlo *solamente* al que lo sea del aprovechamiento principal».

Disintiendo del comentarista Royo, entendemos que el adverbio de modo «solamente» excluye de un modo absoluto a los demás; es decir, que si el arrendatario del aprovechamiento principal renuncia al retracto, los demás no pueden ejercerlo, porque lo tiene solamente aquél.

Ahora bien, tampoco creemos, como aquel autor, que la principalidad se mida por el importe de la renta, ya que puede ocurrir que coincidan un aprovechamiento principal, antiguo y prorrogado con renta baja, con otro secundario, más moderno y mejor pagado. La principalidad y la accesoriedad, como hechos *determinativos de la atribución de un derecho*, quedan fuera de la voluntad de las partes y son de la libre apreciación judicial.

En la concurrencia con otros retractos, su orden de colocación es muy inferior, pues le anteceden el de *comuneros* (en el caso de que el condómino retrayente lleve en la comunidad más de tres años), el de *colindantes* en todo caso, y el *gentilicio* foral.

Sin embargo, hay que tener presente que estos retractos sólo funcionan en caso de venta o adjudicación en pago, en tanto que el presente opera en toda transmisión onerosa, por lo que podrán ocurrir casos de anteposición de hecho (no de derecho, porque ante una permuta aquellos retractos no pueden intentarse siquiera, salvo simulación, lo que es otra cosa).

En la enajenación de una finca rústica arrendada, *el vendedor tiene la obligación de hacerle saber la existencia del arrendamiento circunstancialmente al comprador* (párrafo 2.º) exigiéndole recibo de esta notificación.

¿«Ratio» de esta precaución ordenada por la ley? Es dudosa. Sería lógica después de una presunción «*iuris tantum*» de ignorancia del arrendamiento, que justificaría la inmediata actuación del comprador exigiendo al vendedor el resarcimiento de los daños que le hubiese causado el inesperado retracto del colono.

Pero como no se establece tal presunción y como, en definitiva, el comprador no sólo tendría que probar su ignorancia del arrendamiento (en lo que se interferirían graves cuestiones sobre su deber de diligencia), sino que ella se debía al *dolo* del vendedor, tal precaución carece de sentido fuera del aspecto cautelar, que es a los particulares e a sus conejeros y no a las leyes a quienes corresponde.

El adquirente (la ley reformada sigue diciendo restrictiva e incorrectamente «comprador»), ha de notificar su adquisición al colono, para que éste pueda ejercer su derecho de retracto dentro

de los tres meses siguientes (en la antigua redacción el plazo era de un mes).

En defecto de esta notificación, tal plazo se computará desde que el colono hubiere tenido conocimiento de la transmisión *por cualquier medio*.

Se hace *caso omiso del Registro de la propiedad*: la inscripción ya no marca en ningún caso el comienzo del cómputo del plazo, como en la redacción antigua.

¿Es esto correcto? A nuestro juicio, sí; porque el Registro de la propiedad cumple *dos funciones*: una, de *publicidad*, y ésta de un modo pleno, en cuanto contiene presunciones que favorecen a quien en ellas se apoya, y otra, de *publicación*, en cuanto enseña públicamente el estado jurídico de las cosas y derechos.

Pero esta última función no puede tener jurídicamente un carácter *dinámico* (o de imposición de conocimiento), en abierta discordancia con la *realidad estática* (se puede acudir a conocer).

Hasta tal punto esto es así, que, o el colono ha de montar guardia en el Registro, o veremos con desagrado que los empleados de esta Oficina se conviertan en notificadores officiosos y retribuidos.

b') *Retracto especial*.—En los arrendamientos especialmente protegidos, el retracto del colono tiene un vigor especial, pues no sólo se da en todo caso de transmisión a título oneroso en que haya coincidencia entre lo transmitido y lo arrendado, sino que surge aunque no haya tal coincidencia, es decir, que el colono especialmente protegido *le corresponde siempre el retracto de la finca o porción de finca a que se refiera su arrendamiento*, para facilitar lo cual, el documento enajenativo señalará la parte del precio que a tal porción corresponda, pues si no contiene tal señalamiento se retraerá por el valor resultante de capitalizar la renta actual (o sea, la cantidad dada por la conversión del trigo a dinero en tal día), al 2,50 por 100.

Pero, además, este derecho tiene actuación en las transmisiones a título lucrativo, *cuando la donación se haga a quien no sea heredero forzoso, salvo que sea causada por razón de matrimonio*.

En este caso, el colono tiene derecho a que la finca o porción *le sea vendida* por el donatario, por un precio equivalente al valor declarado, incrementado con el importe de los gastos y expensas necesarias y útiles.

Ya *no se trata, pues, de un retracto*, sino de otra figura jurídica, porque ni en este caso, ni en el de la permuta, cabe la *subrogación en el negocio*.

Y conviene que nos detengamos un tanto en esto, sobre el siguiente interrogante: ¿quién es el que recibe el valor de la finca retraída? ¿El propietario que la permuta o dona, o el donatario o adquirente?

Indudablemente que el retraído es el adquirente por permuta o donación. Este es quien pierde la finca y es a éste a quien hay que reembolsar.

El propietario lo seguirá siendo de las cosas genéricas o específicas que, a cambio de la finca, adquirió por permuta.

El donante seguirá empobrecido «*donationis causa*», y el donatario no deja de quedar enriquecido, aunque el colono le «retraiga» la finca.

Los negocios permanecen inalterados, pero constituyen la ocasión del nacimiento de un *derecho de expropiación*, que la ley atribuye al colono. Y si esta denominación sonase extrañamente, por referirse a una *utilidad privada*, responderemos que algunas utilidades inmediatamente privadas son mediatamente convenientes a la sociedad, como lo prueba toda la legislación de arrendamientos rústicos y urbanos, que privilegiando abiertamente a colonos, inquilinos y arrendatarios de locales de negocio, busca una estabilización y nivelación social.

Añadiremos que el fenómeno es nada nuevo en nuestro Código civil: la *servidumbre forzada de paso permanente* puede obtenerse indemnizando el *valor del terreno* (564 C. c.), y la *redención de la enfiteusis* es un acto constitutivo para los que pensamos que el dueño directo sigue siendo el propietario (1.651 C. c.), y se realiza por la entrega a éste del capital que se hubiese fijado como *valor de la finca*.

En ninguno de estos preceptos se halla, pues, *de precio, sino de valor*. Y en estos casos, como en los casos de retracto en permuta o donación que examinamos, la escritura que voluntariamente otorgue el propietario, no será de venta, sino de constitución de servidumbre, de redención y de adquisición por derecho legal, previo abono del valor.

Los Tribunales no deberán condenar al donatario retraído a que venda (a pesar de la dicción legal), sino constituir directamente en la Sentencia la propiedad en el expropiante-retrayente, y en éste la obligación de satisfacer el valor al expropiado retraído.

Finalmente, hemos de hacer la importante indicación de que *la preferencia del retracto especial gana un grado*, con respecto al común, pues sólo le vencen el de comuneros y el gentilicio; pero no el de colindantes, que queda preterido ante él.

c) *Retracto conjunto*.—Cuando se trataba de la enajenación de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, la primitiva redacción del artículo 16 imponía, sin más, que *el retracto debía ejercitarse conjuntamente por todos ellos*, «sin perjuicio de que cada uno adquiriera la propiedad de la parcela arrendada».

Esta exigencia legal, dificultaba generalmente, y muchas veces imposibilitaba, el retracto conjunto, pues bastaba que uno de los colonos se negase a intentarlo, o que desistiese de seguir los trámites procesales (bien por auto-decisión, o bien por convenio con el adquirente).

Uno de los más ingeniosos recursos prácticos para evitar tal confabulación fué el contemplado por la Sentencia de 3 de abril de 1945, en la que todos los colonos constituyeron sociedad civil

que representaban tres de ellos, recurso técnico que aceptó el Tribunal Supremo. Era una medida de prudencia, ante la aventura que suponía la presentación de un poder irrevocable, irrevocabilidad que parecía prematuro presentar ante el estado jurisprudencial de la cuestión.

En la regulación reformada, desaparece este problema, pues basta la actuación conjunta de los arrendatarios que representen más de la mitad de la superficie de la finca retraída, o por un Grupo Sindical constituido al efecto, para que se dé lugar al retracto por la totalidad de ella.

Claro que se presenta el problema de qué es lo que ocurre con respecto de aquellas parcelas arrendadas a colonos que no hubieran retraído (ya que las de éstos quedan en su propiedad).

Actuando, como actúan conjuntamente, parece lógico sostener que *las otras parcelas les pertenecerán en comunidad, por cuotas proporcionales al valor de las que adquieren en dominio individual, pero, en definitiva, éste es un punto que espera la intervención complementaria de la jurisprudencia.*

c) *Situación del adquirente por retracto.*—Según el artículo 65 de la L. A. U. el *arrendatario adquirente* por tanteo o retracto y sus herederos *no podrán enajenar hasta pasados dos años, salvo que acrediten haber venido a peor fortuna.* Y según el artículo 17 de la L. A. R. el *colono* que adquiere por retracto una finca, *no puede inter vivos enajenarla, cederla en aparcería, ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio, hasta transcurridos seis años; pero sí hipotecarla, aunque en este caso la acción ejecutiva no podrá iniciarse hasta transcurrido aquel plazo (quedan excluidas las enajenaciones al Instituto Nacional de Colonización, para la parcelación de la finca, que son posibles en cualquier tiempo).*

¿Se trata de una *prohibición de disponer absoluta o meramente obligacional*? Hay que entender que lo primero, porque tiene la finalidad de evitar el abuso de un derecho que se concede para estabilizar socialmente a colonos, inquilinos y empresarios, no para permitirles negociar y enriquecerse a costa de los propietarios.

Pero lo que no disciplina la ley son los efectos del incumplimiento: ¿quedarán reducidos a un *resarcimiento* de daños (cuya realidad y cuantía serán de difícilísima prueba), o *alcanzarán a destruir la enajenación del colono o arrendatario y a la readquisición por el propietario* que fué retraído?

Pensamos que habrán de alcanzar estos últimos efectos, como única sanción eficaz, porque:

1) El derecho de adquisición preferente no les está concedido para enriquecerles, permitiéndoles negociar con lo adquirido, sino para dar permanencia a su vida; y frustrada voluntariamente tal finalidad, es injusto mantener el despojo del propietario;

2) La adquisición del retrayente tiene la fecha fehaciente de la escritura en que conste; y esta prohibición de disponer, como

legal, es pública por sí misma (2 C. c.); frente a lo cual el tercer adquirente no puede alegar ignorancia ni buena fe (4 C. c.); y

3) Finalmente, si el arrendatario de finca urbana que no quiere tantear ni retraer por el precio alcanzado, puede anular la enajenación del propietario, si aquella cantidad resulta excesiva con la capitalización legal de la renta, hay que conceder análogos poderes al propietario contra aquél.

3.º *Goce exclusivo y excluyente*.—A lo que quedó dicho en los epígrafes b) y 3) del apartado dedicado al régimen del arrendamiento en el Código civil, sólo añadiremos que:

a) El colono tiene derecho «a usar de la finca arrendada y a obtener de ella los rendimientos de que sea susceptible, de acuerdo con lo prevenido en el contrato» que es el título constitutivo (L. A. R. 1935, art. 13, 2.º), y que cuando un tercero le perturbare de hecho, tiene acción directa contra él (n.º 4); puede compeler al propietario a realizar las reparaciones indispensables y realizar por sí mismo y con plena autonomía mejoras útiles y de recreo, con respecto a las primeras de las cuales tiene derecho a que se le reembolse su valor al abandonar la finca, y en cuanto a las segundas el «ius tollendi» (art. 19):

b) El arrendatario de finca urbana puede realizar toda clase de mejoras con autonomía y hacer directamente las reparaciones urgentes y las necesarias no urgentes ordenadas por las Autoridades que el propietario no hubiere efectuado en el término de un mes (L. A. U., arts. 142 y 143); y

c) Ambos paralizan el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que para obtener la posesión de la finca promueva el titular inscrito.

4.º *Disponibilidad*.—Parece una consecuencia natural del carácter real de la situación arrendaticia que su titular pueda cederla, pero ello depende, en su aplicación concreta, del carácter o matiz bajo el cual se configura aquella relación, distinto en cada una según recaiga sobre viviendas, locales de negocio o fincas rústicas. Se impone, pues, su estudio por separado.

a) *La cesión de la vivienda*.—Consecuencia del carácter real de la situación del arrendatario, es la cesibilidad, en principio, de su derecho sobre la cosa arrendada (vivienda o local de negocio).

Pero en virtud del *matiz familiar* del que recae sobre *viviendas*, el inquilino no puede cederlo más que a título gratuito y a los parientes, dentro del *segundo grado*, que con él convivan con un año de antelación a la cesión (art. 34).

La cesión a *título oneroso* y la *gratuita a personas distintas*, están rigurosamente prohibidas por el artículo 33, cuya «ratio» está fundada en aquel carácter familiar del derecho del inquilino; pero cuya expresión es técnicamente deplorable, porque si el derecho del inquilino es familiar, como legalmente conformado para la protección del hogar (que supone parentesco y convivencia), la disposición que de la vivienda haga extravasando estos límites *no*

será cesión, será otra cosa; porque así como el usufructo, por su matiz personal, se extingue por la muerte del usufructuario, el inquilinato, por su carácter de comunidad familiar de disfrute, se extingue también al faltar aquella comunidad familiar.

Por tanto, cuando el inquilino traspasa la vivienda fuera del ámbito propio de su derecho, bien sea por precio, o bien a quienes no sean parientes o, siéndolo, no convivan con él; es decir, fuera de quienes con él constituyen el hogar familiar, *no se tratará de cesión de su derecho, sino de disposición extralimitada de cosa ajena*, frente a la que el propietario puede encontrarse en tres situaciones: 1) desconocerla y rechazarla; 2) desconocerla y conformarse con la situación creada, convalidando, por ratificación, la disposición que de su cosa hizo el inquilino; y 3) conocerla y fomentarla para obtener el lucro de una prima, que compartirán él y su inquilino gestor.

1) En el primer caso, o sea, cuando el inquilino dispuso de la vivienda sin el conocimiento y consentimiento del propietario, que no quiere conformarse con lo hecho, la ley le concede acción para ello, con un doble efecto: a) resolver el contrato de inquilinato, si aún le ligaba «contractualmente» con el cedente; y b) obtener el lanzamiento del cesionario.

Es decir: se libera de sus obligaciones contractuales y recupera la vivienda (art. 36). Esta acción caduca a los seis meses de la ocupación del cesionario.

Pero como el inquilino dispuso de lo que no podía disponer, la «cesión» de la vivienda es no sólo un negocio ineficaz frente a la cosa y a su propietario, sino inmoral, de haber mediado precio.

De aquí que el cesionario que se vea lanzado pueda reclamarle el precio satisfecho y el rescarcimiento de los perjuicios; pero si, además, simuló el consentimiento del propietario, es decir, si procedió con *dolo*, la devolución se eleva al doble del precio recibido, «sin perjuicio de otras responsabilidades», que son las penales establecidas en la ley de 27 de abril de 1946, en cuya virtud *constituye delito la percepción de primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas*, porque, como dice su preámbulo, el inquilinato «sólo puede tener un precio legítimo: la renta, sin que en ningún caso sea lícito exigir, además de ella, una prima» por la vivienda que es «un objeto de primera necesidad».

Esta ley penal, como sigue diciendo su mismo preámbulo, «en nada afecta a la relación arrendaticia, ni a la validez o eficacia del arrendamiento, subarriendo o cesión de vivienda celebrado, aunque sea merced al pago de prima o precio, cuyos efectos se determinarán con arreglo a la legislación civil aplicable a esta clase de contratos», hoy constituida por el texto articulado de la L. A. U. promulgado el 21 de marzo de 1947.

2) Puede haber desconocido el propietario la disposición que de su vivienda hizo el inquilino; pero conformarse con la situación creada, convalidándola por ratificación.

Pero entonces hay dos cosas: un negocio del inquilino, ineficaz en sí, y cuyo precio supone un enriquecimiento injusto; y un nuevo inquilinato que el propietario concierta con el cesionario ocupante.

Esta ratificación puede ser expresa o tácita, es decir, mediante el concierto del nuevo inquilinato (con o sin prima), o por la dejación de la acción (que, como hemos dicho, caduca a los seis meses).

Ninguna consecuencia tiene para el propietario la ratificación *expresa sin prima*, aparte, claro está, del establecimiento de un nuevo inquilinato; pero el cesionario conserva su acción contra el inquilino cedente para el reembolso del precio que indebidamente percibió de él (art. 37).

La ratificación por medio del concierto de un nuevo inquilinato *con prima* o por *otros actos también expresos que «faciliten la subrogación... a personas distintas»* de los parientes convivientes dentro del segundo grado del inquilino, presume «*iuris et de iure*», la onerosidad del traspaso que hizo el inquilino y, el consentimiento simultáneo del propietario, ligando a ambos solidariamente a la devolución de la prima satisfecha por el traspaso (art. 38).

Esta regulación no es ni clara ni quizá justa: la presunción de onerosidad, cuando el propietario hubiere posibilitado el traspaso, podrá ser racional; pero lo que ya no resulta tan lógico es que tenga un carácter tan absoluto, y menos que el hecho de que el propietario haya exigido una prima por su ratificación, suponga que hubo *otra prima* por el traspaso, también de un modo absoluto, con el resultado poco jurídico de que un acto del propietario tenga consecuencias tan irreductibles para el inquilino cedente.

La caducidad de la acción del propietario, por el transcurso de los seis meses después de ocupada la vivienda por el cesionario, presume también, pero salvo prueba en contrario, el consentimiento a la cesión; y funda, igualmente, su responsabilidad solidaria por el reembolso de la prima que por el traspaso hubiera satisfecho el cesionario.

Pero la prueba en contrario, si bien deja inalterado el nuevo inquilinato, habrá de liberar al propietario de aquella responsabilidad, que *implica una complicidad civil* en un negocio que la L. A. U. considera ilícito, y la de 27 de abril de 1946, como delito.

3) Cuando el inquilino traspasó la vivienda por precio, con el consentimiento, colaboración y provecho del propietario, es decir, cuando actuó para sí y para éste, gestionando un negocio común y como mandatario del propietario, ambos son coautores de un negocio ilícito y quedan solidariamente ligados a su consecuencia: la devolución de la prima satisfecha por el cesionario.

Pero, además, para el propietario se producen dos importantes consecuencias: la firmeza civil del nuevo inquilinato (37), concertado prácticamente en su nombre y con su autorización; y la privación de la facultad de recuperar la vivienda por necesitarla para

si o para sus descendientes o ascendientes consanguíneos (arts. 40 y 76).

Por lo demás, el artículo 34 de la L. A. U., que delimita el campo de la cesión lícita y eficaz de las viviendas, de acuerdo con su función de sede del hogar familiar, merece un *triple comentario*:

a) Reduce el campo personal de la cesión a los parientes convivientes *dentro del segundo grado*, en desacuerdo con lo establecido por el artículo 71 para la continuación en el arrendamiento del inquilino fallecido por sus parientes convivientes, *dentro del tercer grado* «por consanguinidad o afinidad».

En nuestra opinión, se trata de un desacuerdo meramente cuantitativo, debido seguramente a una inadvertencia del legislador, porque el fundamento de ambas sustituciones en el goce de la vivienda es el mismo: el carácter familiar del inquilinato, proteger del hogar, lo que también se manifiesta en el orden que ha de seguir el propietario, que reclame la vivienda por razones de necesidad, en la selección de las que tenga arrendadas que la ley le impone, dejando en último término a «las que sirvan de hogar familiar».

Pero, aparte de este desacuerdo cuantitativo, el artículo 71 complementa al 34. en el sentido de que habrá que entender que los posibles parientes dentro del segundo grado lo serán, tanto los consanguíneos como los afines.

Parentesco y convivencia, es decir, hogar familiar, son la base de la cesión y de la continuación por fallecimiento en el inquilinato, que (como hemos dejado dicho en el apartado anterior), han de referirse siempre y en todo caso al inquilino-contratante, no a su continuador ni a su cesionario.

b) En la cesión, *el inquilino no está sujeto al orden de preferencia* que, para la continuación del arrendamiento por fallecimiento de aquél, impone el artículo 72.

Es decir, el inquilino puede elegir su cesionario libremente entre sus parientes convivientes, dentro del segundo grado por consanguinidad o afinidad.

Pero, ¿por qué tiene en este caso una facultad de libre elección, que le falta en aquél? Indudablemente, porque durante su vida tiene también una cierta facultad de disponer de la convivencia, de ordenación de su hogar, permitiendo o no la vida separada de su cónyuge, el matrimonio de sus hijos menores y su convivencia posterior, y trayendo o alejando de sí a otros parientes (padres, hermanos, etc.), con los que no tiene deberes familiares estrictos. O sea, puede crear o destruir comunidades familiares de vida, que a su muerte quedan estabilizadas; y entonces, ante tal estabilización, la ley crea el turno de preferencia.

c) Dentro de aquel sello que graba para siempre la relación de inquilinato (la referencia definida al inquilinato-contratante, para la determinación de la comunidad familiar de disfrute y sus con-

secuencias transmisivas), la cesión, como la continuación por fallecimiento, suponen un *traspaso total de la relación de inquilinato*.

La ley emplea la frase «subrogación de los derechos y obligaciones del contrato de inquilinato», e impone, como una condición para la «subrogación» perfecta, que ésta sea «notificada de modo fehaciente al arrendador» (art. 34).

El tecnicismo legal es muy defectuoso; no sólo por hablar de subrogación de derechos y obligaciones, cuando se debía limitar a decir «cesión», sino también *por referir la notificación al arrendador y no al propietario*, que es a quien quiere y debió decir que se notifique; porque inquilino y propietario están en relación jurídica por razón de la cosa, puesto que el contrato habrá vencido ya en la mayor parte de los casos, en otros muchos ninguno de ellos fué el primitivo contratante y, en algunos, ni siquiera sucesor a título universal.

b) *El subarriendo de la vivienda*.—El subarriendo implica una *cesión onerosa* de la vivienda, y como la protección del derecho del inquilino sobre ella es concedida por la ley para la satisfacción de esta primera necesidad humana, como base de la constitución del hogar o sede de la familia, de aquí que repugne, a aquella protección legal, la obtención de un lucro por el inquilino, sustrayendo la vivienda a su propia función.

Sin embargo, la realidad de los hechos exigía un reconocimiento de ciertas situaciones intermedias, que la L. A. U. encontró ya creadas y que tenía que admitir como de posible establecimiento en el futuro, porque tienden a solucionar la satisfacción de aquella necesidad a personas que no pueden cubrirla de otro modo.

Era difícil encontrar y adoptar una postura legal definida ante estas situaciones, y la L. A. U. se produce con demasiado casuismo, y además, *sin comprender la verdadera entraña del subarriendo*.

El subarriendo no es, ni más ni menos, que una *institución paralela a la subenfiteusis*, bajo la concepción, por nosotros defendida, del derecho del arrendatario como real; por este contrato, el inquilino transmite a un tercero el goce de la vivienda por una renta o merced.

Frente a la cesión, que consiste en el traspaso íntegro de una titularidad jurídica, el subarriendo se ciñó a la constitución de un derecho real menor (sin que ahora tengamos por qué entrar en si ello se produce por la creación de un derecho sobre otro derecho, o por una cesión de contenido menor, como creemos, rechazando aquella teoría, por considerarla conceptualista y artificiosa).

Por tanto, mientras el inquilino cesionario (dentro del ámbito en que la cesión le es permitida) sale completamente de la relación con la vivienda, aunque esta relación siga conservando su «marca de origen», en cuanto que el cesionario ni puede ceder a su vez ni puede ser continuado a su fallecimiento por sus parientes convivientes (salvo la excepción que supone la 9.ª disposición

transitoria que, a nuestro entender, se lo concede por un sólo tracto); el inquilino subarrendador permanece en la relación con la cosa y, al través de ésta, con el propietario, frente al que sigue obligado por las rentas y los deterioros, sin perjuicio de la acción directa que por los mismos conceptos conceden los artículos 23 y 24 al propietario contra el subarrendatario.

Esta acción directa, como no puede fundarse en un contrato que no ha existido entre el propietario y el subarrendatario, habrá de ser fundada en la relación de personas a cosa, es decir, en una situación de derecho real.

Tal conclusión viene reforzada por el hecho legal de que el pago del subarrendatario al inquilino subarrendador (cuando el propietario no le exigiera directamente el pago de la renta y de su participación en el subarriendo), no solamente le es liberatorio, sino que aun cuando el inquilino no pague al propietario, éste no podrá pedir la resolución del arrendamiento por falta de pago (lo que repercutiría en aquél, al verse lanzado); es decir, el subarrendatario que cumple con su obligación por razón de la cosa, no puede verse privado de ella.

El subarriendo, pues, es una cesión parcial de contenido menor: el subarrendador-cedente no transmite íntegramente su derecho, sino exclusivamente la actualidad de su disfrute sobre la cosa, del que se priva por el tiempo convenido, a cuyo vencimiento se resuelve el derecho menor del subarrendatario (art. 74).

Sin embargo, y por imperio de la 7.ª Disposición transitoria y de la nueva redacción del artículo 101, los creados con anterioridad a la L. A. U. gozan de la permanencia indefinida, salvo que el subarrendador la necesite para sí o para sus ascendientes o descendientes consanguíneos, en las condiciones y forma en que el propietario, en su caso, puede hacerlo.

Pero el derecho del inquilino, por aquel su matiz familiar que le caracteriza, no es en sí mismo transmisible, salvo que el propietario lo patrimonialice por una concesión especial, derivada de sus facultades dominicales, cambiándole el «signo», es decir, alterando aquel carácter familiar por el de *personal*, sin llegar a una patrimonialización absoluta, como el del arrendatario de locales de negocio.

Se sitúa, entonces, el derecho del inquilino al mismo nivel que el del usufructuario.

En su constitución normal es, como hemos repetido, de carácter familiar y, por ende, de menos independencia de disposición para su titular, que lo tiene en función de la necesidad del hogar y para cumplir sus fines, imponiéndole limitaciones objetivas derivadas de aquella función y finalidad.

En el extremo opuesto, el derecho del arrendatario de locales de negocio, plenamente patrimonial, es absolutamente enajenable, sin otras limitaciones importantes que el tanteo y retracto a favor del propietario (ya que el año antecedente de permanencia

puede considerarse exigido como circunstancia que presume la consolidación económica, o *base objetiva de la patrimonialización*.

En el punto intermedio, el inquilino a quien el propietario autoriza a subarrendar, puede disponer del goce de la vivienda a favor de un tercero; pero la duración de este goce no se independiza de aquél, sino que sigue su suerte; y como no puede dar más de lo que tiene, el subarriendo terminaría, de cuyo, con la muerte del inquilino subarrendador (ya que, normalmente, excluye la convivencia familiar, base de la continuación), si no fuera que la autorización del propietario legítima su actuación y conduce a proseguir la duración hasta el término pactado.

Dice la ley en el artículo 27 que «no se reputará subarriendo... la convivencia con el inquilino hasta de dos personas extrañas a la familia y de los hijos de cualquiera de ellas». En realidad, si esta convivencia es gratuita habrá de considerarse como familiar (aun cuando no lo sea a los efectos de la cesión ni de la continuación por fallecimiento); pero si es onerosa o mediante un precio (pero sin que por tomar el inquilino a su cargo la manutención, se cree una situación de hospedaje), se tratará pura y simplemente de un subarriendo.

Lo que la ley quiere, pues, decir es que permite el subarriendo dentro de tales límites, es decir, *que el inquilino puede subarrendar en tales condiciones*; que su derecho se extiende a ello; que no se extralimita, porque una convivencia tan reducida no excluye la función propia de la vivienda, como sede del hogar, sino que colabora económicamente a ella.

Se permite, pues, la *cesión total y gratuita* a los parientes dentro del segundo grado que convivan con un año de antelación, y la *parcial y onerosa* a menos de dos personas y a los hijos de cualquiera de ellas, sin limitación de número.

Queda fuera de la regulación legal el caso en que el inquilino «tome a su cargo la manutención, mediante precio, de los que con él ocupen la vivienda», que considera como un caso de *hospedaje*, «sometido a las disposiciones que regulen la materia».

Desde luego, *esto no es subarriendo*; pero ¿queda tan fuera de la previsión legal, como parece resultar de este artículo 26?

En contrato de hospedaje, sí; pero es indudable que *la vivienda en que habitual y profesionalmente se hospeda, no es tal vivienda, sino local de negocio* (y todos sabemos que las llamadas «pensiones» son objeto frecuente de traspaso), sin que el hecho de que no se pague matrícula industrial lo contradiga, aunque, en el caso afirmativo, el «alta» que en ella hubiera hecho el inquilino es una declaración expresa, por inequívoca, de ello. Y la conversión de la vivienda en local de negocio es *causa de resolución* de la situación arrendaticia (art. 149. 4.º).

Sin embargo, si los huéspedes no pasaran de las dos personas y los hijos de cualquiera de ellas, sin limitación de número, el artículo 27 lo excluye, no sólo de la calificación prohibitiva de «sub-

arriendo», sino también de la de «hospedaje», sin duda porque no se llega, con ello, a convertir la vivienda en local de negocio, ya que aquélla no ha perdido su función de sede del hogar familiar, ni el negocio de huéspedes excede de la «pequeña industria doméstica», permitida por el artículo 7.º de la ley.

El subarriendo exige, pues, que el propietario personalice el derecho, de suyo familiar, del inquilino, mediante una «autorización expresa y escrita»; pero, además, la ley impone «la entrega al subarrendatario de mobiliario adecuado y suficiente para el destino pactado» (art. 14).

¿«Quid iuris» si el propietario consiente directamente el subarriendo sin muebles?

El artículo 21, que faculta al subarrendatario para reducir su renta y la del inquilinato principal, si no le hubieran entregado mobiliario y hasta que la tal entrega le sea hecha, no prevé el supuesto que planteamos y que, a nuestro juicio, debe reconducirse al caso de la *cesión onerosa* del artículo 37, según el cual la consentida por el propietario «opera subrogación», es decir, que el subarriendo (cesión parcial) deja de serlo y se convierte en una *cesión total*, en el sentido de que el derecho del cesionario se independiza del de su cedente y deviene directo sobre la cosa.

Por lo demás, no parecen difíciles los problemas de la adaptación de los artículos 36 y siguientes, en cuanto regulan la actuación de reembolso del cesionario por la prima, al especial supuesto que contemplamos, ya que en vez de una prima-suma se tratará de una prima-renta, correspondiendo al que la pagó el reembolso de las cantidades satisfechas indebidamente.

Abona esta solución el hecho de que el artículo 29 concede este derecho de sustitución en el inquilinato al subarrendatario de la segunda vivienda subarrendada por el mismo inquilino, siempre que el propietario, conociendo esta circunstancia, lo hubiere consentido, y el que, en el caso de que no la conociera y consintiera, si bien puede resolver el inquilinato principal, ha de soportar la situación creada, percibiendo directamente del subarrendatario la renta correspondiente, aunque la duración de la situación se reduce al tiempo pactado por el inquilino subarrendador y el subarrendatario (artículo 29: «deberá respetar al subarrendatario en el disfrute de la vivienda por el tiempo que faltare de cumplir»): es decir, que el inquilinato indefinido se ha transformado en temporal y a plazo.

Por lo demás, el subarriendo que es tal, es decir, el que implica la colaboración en la puesta en disfrute por el inquilino, mediante la entrega de mobiliario adecuado y suficiente, *puede ser total o parcial*, según comprenda todas o parte de las habitaciones incluyendo los servicios; pero *su precio viene tasado legalmente*, no puede sobrepasar al doble del inquilinato, sobre la tasa legal de éste (artículo 18), cuyo prorrateo entre los distintos subarrendatarios, si son varios, se hará dividiendo aquel duplo de la renta por

el número de habitaciones, sin contar las destinadas a servicios; correspondiendo a cada uno el pago de este cociente, multiplicado por el número de las que ocupe.

La autorización del propietario para subarrendar no dará lugar al aumento de la renta; pero aquel tendrá derecho a participar en el precio del subarriendo en la cuantía que convenga con el inquilino, siempre que al autorizarlo reserve su participación y fije la cuantía o porcentaje de ésta (art. 19).

En el subarriendo posible sin esta autorización, es decir, en el subarriendo que «no lo es» para la ley, que permite el hecho con hasta dos personas y a los hijos de cualquiera de ellas, si exceden de dos (por la concurrencia de estos hijos), por cada persona de exceso podrá exigir el propietario el 10 por 100 de la renta.

c) *El traspaso del local de negocio.*—Nos hemos atrevido antes a definir por nuestra cuenta el local de negocio como «el lugar donde la Empresa se relacione con su clientela», y afirmamos también que la verdadera tendencia y finalidad de la L. A. U. era la protección de las *pequeñas empresas*, es decir, de aquéllas en que la organización es rudimentaria y, por ende, perfectamente sustituible o fungible, y donde el asiento de ella, o lugar donde se relaciona con su clientela, constituye el verdadero centro de gravedad del valor de su aviamiento.

En efecto, en la mayoría de los establecimientos abiertos para el pequeño tráfico con el público (comercios, cafés o bares), las cualidades comerciales del empresario, muy estimables sin duda, tienen importancia secundaria frente a la ubicación de negocio, frente al local donde está instalado, determinante casi decisivo del acceso del público, o *clientela anónima*, al local.

Ahora bien, este acceso, para que adquiera relevancia, exige un cierto hábito colectivo: la costumbre de ver, al pasar, que un local se dedica a una cierta actividad comercial, crea, en la memoria de los que habitualmente pasan ante él, la imagen o recuerdo: de ahí se llega a entrar, cuando se precisa lo que allí se expende, y, finalmente, la repetición colectiva de tales actos, engendra la costumbre, también colectiva.

El sitio y la permanente dedicación a una misma actividad comercial han terminado por crear una clientela anónima, que representa una legítima expectativa de permanente lucro.

El local ha adquirido, así, una cualidad que antes no tenía y que le ha sido dada no por el propietario, sino por el empresario allí instalado bajo un arrendamiento.

Esta cualidad representa un valor que, creado por el arrendatario, se ha incorporado a cosa ajena: el local del propietario.

Por eso la L. A. U. no sólo reconoce al arrendatario el derecho de disponer del negocio asentado sobre el local, implicando, por accesoriidad, la inclusión del derecho sobre el local mismo (artículo 53), sino que también le concede el derecho a traspasarlo con independencia del negocio, es decir, sin existencias ni ninguna otra

organización especial (artículo 44): *el local, pues, es casi todo el aviamiento de las pequeñas empresas, cuando éstas han tenido una permanencia suficiente para crearlo*, permanencia que la ley fija apriorísticamente en un año como mínimo (45, a).

Que el valor y la razón del traspaso están exclusivamente en la creación e incorporación al local de este movimiento, lo demuestra la regla contenida en el artículo 53, según el cual, cuando en el traspaso se incluyan enseres, instalaciones, existencias o mercancías, es preciso que en la previa notificación al propietario y en la subsiguiente escritura, se consignent separadamente la parte del precio que al local corresponda y la que a aquellos casos se refiera.

Y el propietario sólo puede tantear o retraer por el local, a cuyo precio se constriñe, igualmente, su participación en el traspaso.

Claro que esto puede plantear una serie de problemas, en la realización práctica de los derechos del propietario, cuando aquella distribución no sea hecha lealmente por el arrendatario que intenta traspasar o efectivamente traspasa; pero creemos que aquél podrá siempre impugnar tal arbitraria distribución en juicio declarativo, para que se fije el verdadero valor de tales instalaciones y existencias; y la diferencia entre la cantidad que de ello resulte y la total del precio del traspaso, habrá de imputarse al aviamiento del local.

Tal impugnación habrá de desarrollarse con independencia del ejercicio de aquellos derechos y como corrección de su resultado. Hubiera sido más práctico que la L. A. U., tan casuista en general, estableciera para ello un procedimiento arbitral semejante a las Juntas de Estimación, para resolver en esta clase de incidencias.

Pero tal *aviamiento*, fundado exclusivamente sobre la ubicación del local y la costumbre colectiva de acudir a él, *sólo existe para la misma dedicación comercial*; y desaparece y es preciso crearlo de nuevo cuando cambie el tráfico que en el local se desarrolla.

Este es el fundamento de que el artículo 45, en su apartado b), exija que el adquirente por traspaso siga dedicando el local, durante otro año como mínimo, a la misma clase de negocio, ya que, de otra suerte, el objeto propio del traspaso no habría sido aquel aviamiento creado por el antecesor, y del que, como creación suya, debía y pudo disponer, sino el local mismo sin ninguna otra consideración. Y el local es exclusivamente del propietario.

De modo que *el cambio de destino prueba la inexistencia de aquel aviamiento*, que era lo intrínsecamente enajenable por el arrendatario. El adquirente por traspaso que cambia el negocio, declara no haber recibido nada fuera del local; y sólo el propietario debe poder disponer de éste, cuando aquél no incorpora ningún valor ajeno que deba ser protegido.

Por eso dispone el párrafo final del artículo 45, que la falta de

cualquiera de estos requisitos (hasta ahora, la previa permanencia de un año, la dedicación al mismo negocio y la estabilidad por otro año del adquirente), facultará al propietario para «desconocer el traspaso»: es decir: para recuperar lo suyo (el local), en el que no queda ningún valor ajeno, por haber desaparecido el aviamiento, o por no haber éste existido nunca, contra la presunción legal de existencia por la dedicación de un año.

Pero el valor del aviamiento, que es la razón de la protección legal, está incorporado al local del propietario; y es natural y lógico que sea éste el primero que pueda adquirir este valor, subsumido en su cosa.

De aquí el *derecho de tanteo* que la ley le concede, para cuyo ejercicio impone el arrendatario la obligación de notificar a aquél su decisión de traspasar y el precio que fija (que es el valor que atribuye a su aviamiento).

Frente al traspaso realizado ya, correspóndele también el *retracto*, cuando no se le hubiera dado posibilidad de tantear (por falta de aquella notificación), o cuando el traspaso se hubiere hecho por un precio inferior al anunciado.

Podrá retraer dentro de los treinta días siguientes al conocimiento que del traspaso y sus condiciones haya tenido, lo que el arrendatario-traspasante está obligado a comunicarle dentro de los ocho siguientes al otorgamiento de la «necesaria» escritura de traspaso, con expresión del precio definitivo y la persona y domicilio del adquirente.

Los requisitos de la previa notificación, del otorgamiento de la escritura y de la posterior notificación del traspaso, están comprendidos en el artículo 45 antes de aquel párrafo final en que faculta al propietario para desconocer el traspaso ante la falta de cualquiera de ellos.

Pero ya vemos cómo no puede tomarse al pie de la letra la dicción legal: los efectos de la falta de éstos requisitos sólo da lugar al segundo tiempo del tanteo: el retracto; pero no a la intervención destructora del propietario de «no reconocer el traspaso».

El tanteo podrá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes a la previa notificación; y «hasta que transcurra este plazo, no podrá el arrendatario concertar con un tercero el traspaso».

Pero este plazo de los treinta días plantea un interesante problema, en relación con el valor de la declaración de voluntad contenida en aquella notificación previa: la *decisión* de traspasar con la fijación del precio.

Y el problema es éste: ¿queda obligado el arrendatario a su decisión durante tal plazo? ¿Se trata de una oferta, que la ley «estabiliza» por treinta días, durante los cuales puede caer sobre ella la aceptación del propietario, cerrando así un contrato? En consecuencia, ¿puede el arrendatario retirar o no su oferta, por una nueva notificación de revocación?

A primera vista, podría parecer éste un caso de opción legal. El *contrato de opción*, con respecto al negocio que constituya su objeto, se caracteriza por la superposición de dos ofertas: una, de celebración de un contrato principal, y otra, de mantener aquella primera oferta por un plazo. Pues bien: el destinatario de ambas ofertas ensambladas, acepta la segunda y adquiere el derecho a perfeccionar el contrato principal durante el plazo de vigencia de aquella primera oferta.

Pero así como en la opción se trata de atribuir a un tercero la posibilidad de celebrar un contrato, que producirá, en definitiva, una adquisición, el supuesto del tanteo no tiende a proporcionar la adquisición en sí misma o aisladamente, sino en relación con la que un tercero podría realizar; es decir: *no origina una adquisición directa, sino preferente*.

Por lo tanto, la notificación de la decisión de traspasar, no fija la voluntad del traspasante durante los treinta días; y mientras el propietario no acepte la oferta que entraña, el arrendatario podrá retirarla, en todo caso.

Ello se explica por la relación en que se encuentran el tanteo y el retracto.

A nuestro entender, no se trata, como piensa Roca Sastre, de un mismo derecho, con actuación a dos tiempos; sino de una preferencia de adquisición, establecida por la ley, y cuya realización confía a dos medios: «volante» el enajenante, por medio del contrato de compraventa; y «nolente», atribuyendo al interesado un derecho real sobre la cosa, para hacerla ingresar en su patrimonio.

La concesión de este derecho real está, pues, condicionada suspensivamente a la actuación negativa del enajenante; es decir: si éste se ha prestado lealmente a colaborar, ofreciendo la venta de la cosa, no tiene por qué nacer un derecho de realización de una adquisición que pudo lograrse de un modo amistoso y voluntario.

Pero como esto es un hecho del que depende el nacimiento de un derecho, ha de probarse debidamente. Y de ahí los requisitos que la ley exige en la realización del tanteo.

La adquisición en virtud de la preferencia legal (ya sea por el medio del tanteo o por el retracto), *obliga al propietario al ejercicio, durante otro año, de industria o comercio en el local* (artículo 52). Pero nótese que la ley no dice (como en el caso de un tercer adquirente), que haya de tratarse de la misma actividad comercial y, por tanto, como la ley no distingue, hemos de reconocer que el propietario podrá dedicarlo a comercio o industria diferente de la ejercida en el local por el arrendatario.

La razón parece clara: el propietario pagó el valor creado por el arrendatario, y puede disponer ya de lo que es suyo, destruyéndolo o dejándolo perecer.

Tal fundamento debería servir igualmente para que pudiese, no sólo alterar el destino comercial (despreciando el aviamiento creado y cuyo valor pagó al arrendatario), sino también disponer libre-

mente del local, sin la limitación del necesario ejercicio de comercio o industria por un año.

Creemos, pues, que tal exigencia (justificada para el tercer adquirente) sólo sirve de cortapisa al propietario para el ejercicio de sus derechos, creándole una situación que le decida a permitir los traspasos.

Si el propietario no quiere o no puede económicamente cortar la transmisión del local arrendado, ve que éste se convierte en un objeto de negocio o de tráfico para su arrendatario, por la razón de que éste ha creado sobre aquél un valor de aviamiento; pero como no es menos cierto que tal valor está incorporado a una cosa ajena al traspasante, justo es que su propietario participe en el beneficio económico de tal negociación.

El artículo 50 de la ley atribuye, pues, al propietario el derecho a participar en el precio del traspaso, en la cuantía que convenga con el arrendatario traspasante. A falta de tal convenio, la primitiva redacción del artículo 50 la fijaba en el 10 por 100, que retendría el cesionario para su abono a aquél.

Cuál no sería la injusticia económica de esta mezquina participación, en cuanto a los locales de las fincas antiguas, generalmente las mejor situadas y cuyas rentas, además, eran mínimas, por las sucesivas y reiteradas estabilizaciones legales, que la ley de 29 de abril de 1949, cambiando su redacción, establece una escala de porcentajes, paralela a la de estabilización de rentas del artículo 118, en cuya virtud la participación será:

- 1) De un 30 por 100 para los locales de construcción anterior al 18 de julio de 1936.
- 2) De un 20 por 100 para los posteriores y anteriores al 2 de enero de 1942; y
- 3) De un 10 por 100 para los posteriores a esta fecha.

Pero, además, estos porcentajes se duplicarán cuando el adquirente del local lo enajene, a su vez, antes de los tres años de su adquisición (si lo enajena antes del año, el propietario puede «desconocer» el traspaso, según el artículo 45).

Aparte de este derecho económico, el propietario de los locales arrendados para negocio antes del 1.º de enero de 1942, podrá elevar la renta en un 10 por 100 en cada traspaso.

Esta facultad no tiene explicación jurídica, pero sí justificación económica: es una tímida corrección y un implícito reconocimiento de la injusticia que entraña la estabilización férrea de los alquileres ante nuestra innegable desvalorización de la moneda.

Hemos dejado intencionadamente para el final de este apartado la referencia al *requisito de la escritura pública* en que «debe otorgarse el traspaso» y en la que se consignará, bajo la responsabilidad del arrendatario-traspasante, la notificación hecha al propietario y el precio que se fijó en tal notificación.

Estos últimos requisitos de contenido hallan su justificación en aquella notificación previa, pues si se hizo y el traspaso se realiza

por el precio allí fijado y después de transcurridos los treinta días de su fecha, la adquisición del cesionario es firme.

Por otra parte, y aunque lo corriente (al menos, por lo que hemos visto en nuestra práctica) es el previo concierto del traspaso con una persona determinada, cuya efectividad se suspende hasta ver el efecto de la notificación al propietario, que se hace, pues, con vistas a un traspaso concreto (aunque ello no sea legalmente necesario), lo normal es que el futuro cesionario no intervenga para nada en el cumplimiento de esta obligación previa, que puede repercutir en él por la vía del retracto.

De aquí la razón de que se haya de consignar la declaración del traspasante, en el sentido de haber hecho aquella previa notificación y del precio que entonces fijó, que si es mayor o igual al efectivo del traspaso, impedirá el retracto del propietario. Y si éste es menor, supone un aviso al cesionario de que puede ser retraído.

En todo caso, implica un deber de lealtad contractual, cuyo cumplimiento excluye el dolo. Claro que todo podrá ser lo mismo sin aquella consignación escrituraria, porque son deberes y responsabilidades legales.

Pero *¿qué valor tiene la escritura pública frente al negocio de traspaso?* ¿Forma necesaria o constitutiva? Hemos de distinguir el negocio, en sí, de su efecto: la adquisición efectiva del local por parte del cesionario.

En cuanto al negocio, no creemos que la escritura tenga ningún valor especial, ni que sea una forma constitutiva del negocio en sí; pero su incumplimiento «facultará al arrendador (propietario) para desconocer el traspaso» (párrafo final del artículo 45); es decir: *el derecho del cesionario no es oponible al propietario más que cuando lo deriva de la escritura.*

¿Quiere ello decir *que sea constitutiva* de su derecho? No, sino de efectos paralelos a los que, fuera de la legislación especial, produce la inscripción de los arrendamientos: el derecho del arrendatario (en nuestro concepto, ya como real) tiene existencia propia con independencia de la inscripción; pero sin ella no es oponible al tercer adquirente de la cosa arrendada. Por ello, si el adquirente, frente al que no se inscribió y que, por ello, puede desconocer el arrendamiento, no usa de esta facultad, no hay novación jurídica de la situación, sino mera renuncia al poder de liberar a la finca del arrendamiento.

Igualmente pensamos aquí: el otorgamiento de la escritura de traspaso produce que la adquisición del cesionario sea definitivamente oponible al propietario.

Pero si todo el negocio se llevó amistosamente y nada se escrituró, el traspaso existe y el cesionario adquirió el derecho sobre el local que el propietario renuncia a desconocer.

De otra suerte, tendríamos que aceptar la nueva situación como

una novación de la anterior (como un nuevo arrendamiento), lo que, evidentemente, no puede aceptarse.

Así, pues, podemos concluir, empleando la técnica de Sanz, que la escritura es, simplemente, *convalidante* de la adquisición del cesionario.

d) *¿Cabe el traspaso gratuito o donación del local de negocio?*—Hemos ya puesto de relieve que el arrendamiento del local de negocio, que en él ejerce una industria o comercio por más de un año, crea y le incorpora un valor: el aviamiento que supone la formación de una clientela. Y cómo por razón de este valor suyo se le concede el derecho de disponer del local, ya que aquel aviamiento no es independiente de éste.

Pero también dijimos que ello implicaba la disposición sobre el local mismo, que pertenece al propietario; y cómo éste colabora a la formación de aquel valor con la aportación de su casa.

De modo que en toda transmisión de un local de negocio, se ceden dos elementos: el *aviamiento* insito en un local.

Por ello, es lógico que en toda transmisión se beneficien dos personas: el dueño de éste y el creador de aquél, repartiéndose el precio del traspaso, en el caso de que el propietario renuncie a tantear o retrotraer el aviamiento.

Pues bien: la donación frustra estas legítimas expectativas del propietario, que la ley le consagra como derechos.

La inexistencia de precio, que la donación supone, impide el tanto-o-retracto y la percepción de la *parte del valor de la cosa que al propietario corresponde, fijada por la ley en un porcentaje*, según la escala de la nueva redacción del artículo 50.

(Se traspasa un local aviado o preparado para un negocio por un precio que representa su valor global; y la ley supone que de este valor corresponde al local el 30, 20 ó 10 por 100, según los casos, y al aviamiento, el resto.)

En principio, el arrendatario podría disponer de lo suyo, que es lo por él creado en el local: el aviamiento; pero ello no es posible con independencia del local, por la naturaleza de las cosas. Y no puede admitirse que la disposición de éste afecte de tal modo al propietario, que le impida la realización de aquellos sus legítimos derechos.

Estas son las razones que justificarían, por sí solas, la negativa a la posibilidad de la donación del local de negocio; pero es que, además, el artículo 45 impone preceptivamente la fijación de un *precio* cierto (no de un *valor*, sin el contraste que, en definitiva, supone su negociación); y, en su apartado último, dispone que la falta de este requisito «facultará al arrendador a no reconocer el traspaso».

Por otra parte, aunque veamos un extraordinario paralelismo entre las situaciones del arrendatario de locales de negocio y el enfiteuta, no encontramos medio de extender a aquélla la posibilidad

que el enfiteuta tiene de «donar... libremente la finca, poniéndolo en conocimiento del dueño directo» (1.635 C. c.).

En primer lugar, porque este precepto del Código civil es inicu, porque priva al dueño directo de las posibilidades de retraer y tantear y, en su caso, de percibir el laudemio. Y bien está que el enfiteuta pueda donar «a su costa»; pero no es correcto que lo pueda hacer perjudicando económicamente al dueño directo.

En segundo lugar, podríamos pensar que es justo que el enfiteuta tenga tan enorme amplitud de poderes dispositivos, ya que la función de este instituto es la roturación y puesta en cultivo de *fincas rústicas yermas*, o de valor casi nulo para el propietario; pero en el arrendamiento urbano, aunque podríamos ver una lejania, pero evidente, analogía entre la puesta en cultivo y la creación de una clientela adscrita al negocio del local, no hay «roturación» del arrendatario, sino que éste recibe una finca perfectamente creada.

Es decir, pone infinitamente menos en el valor de la finca de lo que han solido poner, en su caso, los enfiteutas.

Finalmente, mientras para la enfiteusis tenemos el precepto permisivo del artículo 1.635 del Código (que, por cierto, impone una notificación que no se sabe qué función podrá cumplir), para el arrendamiento urbano de locales de negocio nos encontramos con la prohibición indirecta, pero evidente e insoslayable, que supone aquel párrafo final del artículo 45 de la L. A. U.

e) *El subarriendo del local de negocio*.—Ya dijimos en el epígrafe 2) anterior cuál es nuestra calificación jurídica del subarriendo.

Sólo añadiremos ahora que, en este punto, el paralelismo entre la enfiteusis y el arrendamiento de locales de negocio es casi absoluto.

El arrendatario tiene casi los mismos poderes dispositivos que el enfiteuta, quien puede «disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones, tanto por actos entre vivos como de última voluntad» (1.633 C. c.); y si bien éste no puede, desde el Código, crear subenfiteusis, el arrendatario tiene una prohibición paralela, aunque no tan rígida, pues le cabe «el permiso expreso y escrito del arrendador» (30 L. A. U.); pero la semejanza se cierra ante la prohibición absoluta de que el subarrendatario subarriende a su vez (25 L. A. U.).

No hay tasa legal para la renta del subarriendo, como la hay para la misma situación recayente sobre las viviendas. Será la libremente convenida entre arrendador y subarrendatario; y la participación del propietario será, también, libremente fijada entre éste y el arrendatario al concederle aquél permiso.

f) *La cesión y el subarriendo del colonato*.—Está vigente en esta materia la L. A. R. de 1935, cuyo artículo 4.º (en relación con el 28. 4.º) prohíbe el subarriendo o la aparcería de la finca en cuanto a su aprovechamiento principal y, por lo tanto, la cesión, dando lugar la infracción a causa de desahucio: pero permite los

subarriendos parciales (de aprovechamientos secundarios o esportáneos y de menos de un año para sembrar o mejorar barbechos).

5.º PODER DIRECTO SOBRE EL EDIFICIO RECONSTRUIDO.—Bajo el epígrafe A (de la prórroga forzosa), dejamos dicho que la permanencia indefinida y absoluta del arrendatario o inquilino sólo podía ser interrumpida por el propietario apoyándose en determinados casos de necesidad, o por proyectar el derribo y reconstrucción de la finca, de modo que el nuevo edificio cuente, al menos, con un tercio más de viviendas y una, como mínimo, si el derruido no las tenía, respetando, además, los locales de negocio que en éste hubiere (76 y 102 L. A. U.).

Ello exige *dos notificaciones*: una, al *Gobernador civil* de la provincia, consignando el «compromiso» de que la nueva finca contará, al menos, con un tercio más de viviendas (o una, si no las tuviera la que se quiere derribar) y el mismo número de locales de negocio; y otra, a *cada uno de los ocupantes arrendatarios* del inmueble. Ambas, con un año de antelación.

Como la autorización gubernativa para el derecho no prejuzga la procedencia civil de esta causa de *suspensión de la situación arrendaticia*, no vemos significado alguno a la primera notificación.

Si el Gobernador deniega la autorización para el derribo, no puede producirse el «hecho» determinante de esta causa de suspensión, volvemos a repetir, de los inquilinatos y arrendamientos de locales de negocio.

Y decimos *suspensión* porque, aparte de que los inquilinos y arrendatarios tienen *acción directa* (además del derecho a ser resarcidos) *para recopar* las viviendas y locales desalojados cuando no se iniciare el derribo dentro de los dos meses siguientes a quedar lista la finca para ello, correspóndeles *otra nueva acción, también directa, para ocupar en el nuevo edificio viviendas y locales* no inferiores superficialmente a las tres cuartas partes de las que ocupaban en el derruido, si no hubieran renunciado a ello (103 y 104) o dejaren de ejercitarla dentro de los treinta días siguientes a la notificación del propietario de tenerlos a su disposición.

No se trata, pues, de una limitación del derecho permanente del inquilino, sino de una *delimitación legal de esta permanencia*, de modo que no haya ocasión para que el ejercicio de su derecho se convierta en un *abuso de derecho*, impidiendo la reconstrucción de fincas, con beneficio social y del propietario y sin perjuicio de aquéllos.

Este es el verdadero sentido de esta causa de suspensión de la situación arrendaticia.

Por lo demás, la reconstrucción da derecho al propietario a incrementar las rentas, proporcionalmente a las nuevas superficies, con el 4 por 100 de lo invertido exclusivamente en la obra, o sea, excluyendo el valor del solar y lo gastado en el derribo (art. 108).

V. CONCLUSIONES CRÍTICAS.

En consecuencia del cuadro de los efectos reales que de la situación arrendaticia se derivan y que acabamos de exponer, cabe preguntarse dos cosas:

1) La legislación especial, ¿ha desvirtuado el instituto arrendaticio?

2) ¿En qué se diferencia actualmente el arrendamiento urbano de la enfiteusis?

a) A la primera pregunta puede contestar que sí y que no. Que sí, porque la actual regulación no tiene de arrendamiento más que el nombre, y no puede tener más, ya que *el arrendamiento romano* de cosas, creado para los semovientes, *es intrínsecamente inadaptable al colonato e inquilinato*, cuyo sustrato económico exige una situación de permanencia y de poderes directos sobre la cosa muy amplios. Y que no, porque al través de su desfiguración lenta, pero completa, el aun llamado arrendamiento se va haciendo instrumento jurídico apto para resolver la función social que tiene que cumplir.

Pero el camino se recorre mal. El peso de la tradición obligacionista romana es tan fuerte, que ni el menos respetuoso legislador se atreve a romperla de frente.

Esto lleva a contradicciones, falsas posturas e inconsecuencias legales. Por eso nuestras leyes especiales no son ni breves, ni claras, ni verdaderamente eficaces. Con toda su maraña no consiguen más que una cosa y la consiguen mal: la estabilidad del arrendatario.

Y lo consiguen mal porque lo hacen sin flexibilidad ninguna, produciendo, en definitiva, la desvalorización total de la propiedad. Tenemos para nosotros que una buena parte del problema de la vivienda ha sido creado, o al menos, agravado, por esta legislación, nacida precisamente con la intención y propósito de resolverlo o paliarlo.

Tasa inmovilizada de rentas, obligación de conservar y cargar fiscales son cosas incompatibles que ahogan al propietario. La solución está en descubrir el rostro y, llamando enfiteusis a lo que hoy decimos arrendamiento, regular la situación como realmente es, abandonando los últimos vestigios de la tradición obligacionista que son un lastre legal.

Campo y vivienda tuvieron su fórmula jurídica paralela: enfiteusis y superficie. Con el arrendamiento como institución extraña a su economía, hubo que recurrir a sucesivos y cada vez más fuertes injertos enfiteuticos.

Se está cerrando el círculo: *de la enfiteusis, estamos llegando a la enfiteusis al través del arrendamiento.*

b) Pero aún no se ha llegado, por la obcecación de la tradición obligacionista, a una situación plenamente enfiteutica.

El propietario arrendador o su causahabiente tiene más posibilidades de recuperar la finca que el dueño directo; pero así como éste está libre de contribuciones e impuestos y de toda prestación de hacer, aquél pecha con tales cargas de un modo inmediato (aunque pueda repercutirlas sobre los inquilinos, en lo que excedan de la imposición fiscal al iniciarse el arrendamiento), con los arbitrios municipales (que no puede repercutir) (28) y con la carga de las reparaciones de conservación.

El arrendatario tiene prácticamente la misma permanencia que el enfiteuta; pero aunque puede adquirir la vivienda o el local de negocio, tal posibilidad se le ofrece exclusivamente con ocasión del tanteo y retracto: no por la expropiación directa que supone la redención.

Falta en ambas instituciones (enfiteusis y arrendamiento urbano) un procedimiento de ajuste del canon y renta a la constante y, en ocasiones, rápida devaluación de la moneda, que se traduce en injusticias económicas de todos conocidas.

La solución del futuro está, a nuestro juicio, en la definitiva enfiteuticación del arrendamiento urbano y rústico; pero arbitrando un mecanismo más flexible que el momificado del Código civil: posibilidad de redención por un precio justo, corrección constante del canon, flexibilización del comiso.

En definitiva: posibilidades recíprocas más amplias; pero también más definidas y económicamente más equilibradas.

En resumen: en la enfiteusis, aunque a nuestro entender el propietario lo es el dueño directo, el centro de gravedad de la relación descansa en el enfiteuta, al que tiende el dominio; y en el arrendamiento, aquel centro de gravedad aún no se ha desplazado del propietario.

Esta es la situación que hay que cambiar, pues las nuevas circunstancias de la economía social así lo exigen.

(28) El Decreto de 26 de enero de 1951 declara repercutibles en los inquilinos las diferencias por elevación de las exacciones de carácter local; y como es una disposición aclaratoria hay que darle carácter retroactivo. Ahora bien: no comprende aquellas exacciones municipales esporádicas que los Ayuntamientos imponen por vía de derramas, por ejemplo, por pavimentación de calles o construcción de aceras, que constituyen elevados gravámenes fiscales que ha de padecer el propietario en su integridad.