

Sesión II

**ARRENDAMIENTOS URBANOS
Y DERECHO ARAGONÉS**

PONENTE:

D. Gabriel García Cantero

PÁG. 95

COPONENTES:

D. Javier José Palazón Valentín

PÁG. 111

D. Diego Vigil de Quiñones Otero

PÁG. 133

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MARCO INTERNACIONAL
DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA.
LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO A LA VIVIENDA**

Prof. Dr. D. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil,
Emérito de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. La *locatio conductio rei* romana. 2. Presencia de la *locatio conductio rei* romana en el Código civil español de 1889. 3. Nacimiento, desarrollo y ocaso del Derecho arrendaticio especial. 4. La reforma introducida en la LAU 1994, por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. 5. Anotaciones sobre el Derecho fundamental a la vivienda: Tratamiento internacional, comunitario y constitucional.

El tema general que se nos ha propuesto *Arrendamientos urbanos y Derecho aragonés*, podría concretarse a poner en relación, enfrentando el Código Foral de Aragón de 2011, con la vigente legislación estatal especial sobre arrendamientos de viviendas, texto de 1994 con la recentísima reforma de la Ley 4/2013, de 4 junio, la cual ha venido, en cierto modo, a clausurar en España, un periodo histórico de intenso y extenso *ius imperativum*, que, a lo largo de los años, ha evolucionado con sentido marcadamente decreciente hasta alcanzar su casi actual mínimo umbral. En tal contexto, se limitaría nuestro trabajo, en consecuencia, a representar una mera labor exegética cuya última palabra la tendrían los jueces y Tribunales a la hora de interpretar las referidas normas. Sin embargo nos ha parecido a los tres intervinientes —que públicamente queremos agradecer la designación y el honor que se nos ha dispensado al intervenir hoy— que era muy

conveniente realizar una ojeada histórica al tema, aludir a sus premisas sociológicas, así como trazar unas pinceladas de la perspectiva internacional, comunitaria y constitucional, que últimamente nos enfrenta a diario con la problemática de los denominados *housing rights*, imposible, a nuestro juicio, de eludir.

1. LA LOCATIO CONDUCTIO ROMANA¹

Una ojeada al Derecho romano tal como lo interpreta la doctrina actual puede, acaso, depararnos más de una sorpresa. En efecto, y como una excepción al sistema contractual solemne y formalista (basado en el uso de la *stipulatio*), aparece en Roma la categoría de los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato). Respecto a la *locatio conductio* hay que decir que la tripartición como figuras independientes y los intentos posteriores de elaborar una teoría unitaria del contrato de arrendamiento representó, no ya una institución clásica, sino una laboriosa aportación medieval en la tardía época del *Ius commune*. El arrendamiento romano es un contrato consensual por el que, a cambio de una merced o remuneración, un sujeto se obliga a procurar a otro, o el uso y disfrute de una cosa —*locatio conductio rei*—, o a prestarle determinados servicios —*locatio conductio operarum*—, o a realizarle una obra —*locatio conductio operis*—. En Roma, afirma categóricamente IGLESIAS², no se conocen diversas especies de arrendamiento sino una relación unitaria, es decir un tipo contractual único. Es *locator*, el arrendador de la cosa, el que presta los servicios y el que encarga la obra; no sería preciso, por tanto, describir al *conductor* que se define por contraposición (es decir, la persona que recibe la cosa para su uso; el que realiza el servicio pactado; o el que contrata la obra en su beneficio). Para nuestro objetivo baste saber que, tras un laborioso proceso histórico, las tres modalidades descritas se han independizado en los códigos modernos, y que el actual arrendamiento urbano o de vivienda corresponde a una de las modalidades romanas de *locatio conductio rei* (en adelante l.c.r.)

No se conocen sus *orígenes históricos*, aunque sigue citándose a MOMMSEN que los atribuyó a los negocios concluidos por el Estado respecto a las tierras

1. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed. (Torino 2000); COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano* (Torino 1915); D'ORS, *Derecho privado romano*, 10ª ed. rev. (Pamplona 2004) pgs. 591 ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano* (Madrid 2007); FIORI, *La definizione della «locatio conductio»*, (Napoli 1999); GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*, s.v. *locatio conductio*, y *locatio conductio rei*, reimp. de la 3ª ed. (Madrid 2006); IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 6ª ed. (Barcelona 1972); IMPALLOMENI, *Locazione nel diritto romano*, en «Scritti» (Padova 1996); LONGO, *Osservazione critiche sulla disciplina giustiniana della «locatio-conductio»* en «Studi Biondo Biondi» (Milano 1962); MAYER-MALY, «*Locatio conductio*». *Eine Untersuchung zum klassischen Recht* (München 1962); PANERO, *Derecho romano*, 4ª ed. (Valencia 2008); PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* (Torino 1994); VIGNERON, *La conception originnaire de la «locatio-conductio» romaine*, en «Mélanges F. WUBBE» (Freiburg, 1993) págs. 509 ss.; VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano* (Madrid 1986), pág. 510 ss.

2. IGLESIAS, op. cit., pág. 426.

públicas³. En todo caso la l.c.r. crea un vínculo personal o crediticio por virtud del cual el *conductor* (arrendatario) puede exigir el uso o el uso y disfrute de la cosa recayendo sobre él la obligación de pagar la *merces*. Del arrendamiento no nace un derecho real sino sólo de crédito, ejercitable frente a la persona concreta del arrendador (*locator*). El arrendatario es mero detentador y no goza de la protección interdictal concedida al *possessor*. Al arrendatario de casas o edificios se le llama *inquilinus*, y al de terrenos, *colonus*. La merced debe consistir en una suma cierta de dinero, determinada al celebrar el contrato.

Obligaciones del *locator* (arrendador):

- a) El *uti frui licere praestari*; es decir facilitar el libre goce, sin vicios, de la cosa, según su actual y propio destino; si mediando culpa suya no lo cumple, debe indemnizar daños y perjuicios (*id quod interest*). Mientras dura el arriendo no puede modificar la cosa arrendada de modo que la haga impropia o menos idónea para el goce pactado.
- b) Hacer las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa en la forma que requiere su propio y normal destino.
- c) Rembolsar al conductor los gastos necesarios y útiles que haya hecho en la cosa.
- d) Soportar las cargas que pesen sobre la cosa.

Atañen al *conductor* (arrendatario) las obligaciones siguientes:

- a) La obligación de pagar la merced convenida; puede librarse del pago cuando graves eventos (inundación, terremotos, sequía) impidan el uso o disfrute de la cosa. Tratándose de fincas rústicas por rescriptos imperiales

3. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, 2ª ed. (Madrid 2009), pág. 348 ss. ha trazado una sugestiva evolución histórica del contrato de arrendamiento hasta culminar en el derecho de enfiteusis, en relación con el *ager publicus* que habían pertenecido a los pueblos vencidos por Roma; en buena parte ese terreno se atribuía a los soldados que se licenciaban al término de las campañas militares, a veces a cambio de una renta anual (denominada *vectigalis*) fijada por el Colegio de Censores. Los vectigalistas no gozaban inicialmente de protección real, originándose un debate jurisprudencial mencionado por GAYO acerca de si la cesión a perpetuidad de este terreno público era una venta o un arrendamiento «Es tal el parentesco entre la compraventa y el arrendamiento afirma aquél -que a veces se suele preguntar qué contrato hay de los dos cuando se arrienda a perpetuidad. Esto se hace en los fundos de los municipios que se arriendan de manera que mientras se pague la renta no se puede quitar el predio ni al mismo arrendatario ni a su heredero. Pero en este caso prevalece la opinión de que hay arrendamiento» (I.J.3,45). Dudas que también se han suscitado entre nosotros a mediados del siglo pasado en presencia de la legislación especial y todavía siguen suscitándose.

A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, concluye (op. cit. pág. 351) que en la legislación de Justiniano la enfiteusis pasa a diferenciarse de forma clara, del arriendo de fundos o predios rústicos, que fue la institución que le dio cobijo en los primeros siglos, dado que mientras la enfiteusis es un derecho real que recae sobre un fundo ajeno, que se puede ejercitar, como todo derecho real *erga omnes*, el arrendamiento de tierras, *locatio conductio rei*, constituye una relación obligacional, en virtud de la cual el arrendatario no posee sobre la finca derecho real alguno, sino tan sólo las facultades derivadas del ejercicio de su derecho personal».

se establece la *remissio mercedis*, rebajándose equitativamente la renta en los años de malas cosechas, reintegrándose el *locator* cuando vengan otras abundantes.

- b) Usar de la cosa en el modo que conviene a su propio destino; su responsabilidad alcanza a toda clase de culpa.
- c) Restituir la cosa al término del arriendo. Según el derecho clásico el conductor viene obligado a pagar la totalidad de la merced cuando abandona el fundo, sin justa causa, antes del tiempo convenido. Para fijar la duración hay que atender a si se señaló, o no, un término. Si lo hubo, la llegada del término determina el cese de la relación contractual. Pero se admitió la *relocatio tacita*⁴: el arrendatario puede continuar en su condición de tal, más allá del tiempo convenido, siempre que no se oponga a ello el arrendador; tratándose de fincas rústicas, la tácita reconducción dura sólo un año, siendo indeterminada en fincas urbanas. El arrendador puede apartarse del contrato (¿resolverlo?): 1) por falta de pago de la renta durante dos años; 2) cuando la cosa es objeto de abuso o deterioro; y 3) si necesita la vivienda para habitarla, o cuando quiere reformarla (*corrigerere domum*). El arrendatario puede también negarse a continuar la locación; 1) cuando el arrendador se retrasa en la entrega de la cosa; 2) por defectos en la cosa que impiden por completo su uso, lo limitan o lo hacen más difícil; y 3) por temor racional de que sobrevenga un peligro si se continua en el uso de la cosa.

Cuando no se ha fijado un término o no cabe inducir éste de la naturaleza del contrato, puede cesar el arrendamiento por decisión del arrendador (las fuentes hablan de *expellere* y *repellere*), o del arrendatario (*relinquere*, *discedere*, *migrare*), y sin necesidad de aviso previo. También cesa automáticamente cuando finaliza el derecho del arrendador sobre la cosa (usufructo extinguido antes del término de duración del arrendamiento). La muerte de cualquiera de las partes no extingue el contrato salvo que la locación se haya pactado por plazo dejado a la voluntad del arrendador⁵.

No se disuelve el contrato cuando la cosa arrendada es objeto de venta, y el adquirente priva del uso de la cosa arrendada al arrendatario. El derecho personal de éste frente al arrendador se mantiene en pie en términos de poder exigirle responsabilidad por la privación del uso, o del uso y disfrute de la cosa. Así concluye IGLESIAS⁶ que desde el punto de vista técnico-jurídico no es total-

4. PICHONNAZ, *Quelques remarques sur la «relocatio tacita»*, en *Revue de l'Antiquité* (Bruxelles) 2002, pág. 147 ss.

5. En general, MOLNAR, *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'assistenza del diritto di disdetta nella «locatio conductio»*, Labeo, 1986.

6. IGLESIAS, op. cit. pág. 430. También TORRENT, *Excepciones pactadas a la regla «emptio tollit locatum»*, Temis (Zaragoza), 1967, pág. 263 ss.

mente exacto el adagio *emptio tollit locatio*, como se decía en el Derecho común y al tiempo de la codificación se entendía como regla fundamental.

Se admite el subarriendo, salvo contraria disposición de las partes contratantes.

2. PRESENCIA DE LA *LOCATIO CONDUCTIO REI ROMANA* EN EL CC ESPAÑOL DE 1889⁷

A salvo los prácticamente inútiles arts. 1542 a 1544, y 1546 encaminados a hacerse eco de la aludida discusión medieval en torno a la concepción unitaria del contrato de arrendamiento, hay que reconocer que la normativa codicial del arrendamiento de cosas (que el legislador parece pretender enmascarar o disimular reduccionalmente tratando el cap. II, tít. VI, Libro IV, «de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas»), conserva buena parte de la l.c.r. romana, especialmente su esquema básico, algunas veces rectificado y otras adaptado al nuevo régimen registral recién instaurado por la primera LH (art. 1549, 1571, y art. 2º-5º LH), o introduciendo normas de desarrollo de aquel contrato (arts. 1550 a 1552), incluso meramente interpretativas (art. 1582). También se advierte algún acercamiento al contrato de compraventa; a veces la analogía entre la *locatio conductio* y la *emptio-venditio* no se reduce a un cierto paralelismo en el nombre, sino que llega a identidad de régimen en algún punto concreto (así el saneamiento, según el art. 1553, que el romanista IGLESIAS⁸ también destaca, y tema por el que la doctrina civil todavía se interesa⁹).

Los arts. 1554, 1555 y 1556 vienen a coincidir con el régimen originario de la l.c.r. También son claramente similares los art. 1561, 1563, y 1565, y de indudable inspiración romana la tácita reconducción (1566) y las causas de desahucio a instancia del arrendador (1569).

Tampoco el art. 1571 recoge en su literalidad el aforismo medieval *emptio tollit locatio* o el similar castellano *muerte y venta quitan renta*¹⁰. Dice el pár. 1º que «el comprador de una finca arrendada [urbana o rústica] tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta». Es por tanto una facultad que el comprador debe ejercitar expresamente para hacerlo valer; no hay extinción automática, de modo que, de no ejercitarla, el comprador se subroga en lugar del *locatore* y puede seguir desarrollándose normalmente la inicial relación arren-

7. Sobre el régimen arrendaticio de cosas en el Cc: LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios Edersa*, XX-1º, 2ª ed. (Madrid 1992); y también LUCAS FERNÁNDEZ y Carmen GÓMEZ LAPLAZA, *Com. Min. Justicia*, II, 2ª ed. (Madrid 1993).

8. IGLESIAS, loc. cit.

9. BELTRÁN DE HEREDIA y ONIS, *La obligación de saneamiento en el arrendamiento*, RDP, 1964, p. 367 ss. Todavía en Derecho romano, PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, *Bullettino dell'Istituto di dir.rom.* V. Scialoja, 1965, pág. 294 ss.

10. Para un tratamiento reciente cfr. BENAVENTE MOREDA, *La venta de cosa arrendada* (Madrid 1998).

daticia aunque con un nuevo arrendador. Además del consentimiento tácito, la norma prevé el «pacto en contrario» lo que ha de referirse necesariamente a lo pactado de modo expreso entre arrendador y comprador (no entre arrendador y arrendatario) para conservar en vigor el arrendamiento. El régimen se completa con el pár. 2º: «Si el comprador usare de este derecho [a que termine el arrendamiento], el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola [norma codicial accesoria *pro conductore*] y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen. Ello cabe interpretarse en el sentido de que el contrato de arrendamiento inicial sigue en vigor, pese a la venta y que ante el incumplimiento *ex latere locatore* que supone el ejercicio de su derecho por el comprador, el arrendatario reclama al arrendador el *id quod interest*. Finalmente, en la hipótesis de arrendamiento inscrito al amparo del art. 1549 es claro que tampoco le afecta la venta al arrendatario.

Cabría, por tanto, concluir: al margen de los eventuales beneficios que pueden favorecerle todavía con base en la residual LAU, no cabe duda que, conforme a la inicial normativa codicial la mejor protección del arrendatario de bienes inmuebles, frente a terceros, se ha revelado claramente como más eficaz, la previa inscripción del contrato en el RP.

3. NACIMIENTO, DESARROLLO Y OCASO DEL DERECHO ARRENDATICIO ESPECIAL¹¹

Situándonos en la fecha de promulgación del Cc, y con el descrito trasfondo romano de la *locatio conductio rei*, con algunas reglas procedentes del Derecho común medieval, dadas las ideas económico-sociales dominantes en España a finales del siglo XIX, no puede extrañarse que el contrato de arrendamiento de vivienda, al igual que ocurría en los códigos europeos coetáneos¹² (francés de

11. La bibliografía sobre el *Derecho arrendaticio especial* (rústico y urbano) es inmensa y, por ello, imposible de reproducir en este trabajo. Comenzó de forma exegética y dirigida fundamentalmente a la práctica, centrada ulteriormente en torno a cada una de las leyes sucesivamente promulgadas. A medida que se iba decantando la *praxis* se fue asentando también la doctrina interpretativa que si inicialmente quedaba al margen de la usual doctrina civilista sobre Obligaciones y Contratos, luego se incorpora gradualmente a la Manualística con un tratamiento singularizado en las conocidas obras de Lacruz y sus discípulos, y De Pablo Contreras que se citan *infra*.

Centrado en el arrendamiento urbano conservan todavía algún valor los diversos comentarios exegéticos a la vigente LAU 1994 aparecidos inmediatamente a su promulgación: así los dirigidos por R. BERCOVITZ, 2ª ed. (Pamplona 2001); GUILARTE ZAPATERO (Valladolid 1994); O'CALLAGAN MUÑOZ (Madrid 1995); PAU PADRÓN (Madrid 1996); LASARTE (Madrid 1996). Así como los editados por Rosario VALPUESTA y DOMÍNGUEZ PLATAS (Valencia 1994). Puede verse también el reciente tratamiento que al arrendamiento urbano dedican: DE VERDA y BEAMONTE, y CHAPARRO MATAMOROS, en *Derecho civil*, II, 2ª ed. (dir. De Verda y Beamonte) (Valencia 2013), p. 327 ss.

12. Aparece gran variedad de terminología: Así *contrat de bail*, luego diferenciado en *bail à loyer* y *bail à ferme*, en Francia; *locação, arrendamento, aluguer*, en Portugal; *locazione di cose, di case e di fondi rustiche*, que en el nuevo código se denominará *locazione ed affitto*, en Italia; *Mietevertrag, Pachtvertrag*, en Alemania. Terminología que en su mayoría se consagrará en la legislación especial del siglo XX.

1804, austriaco de 1811, italiano de 1865, portugués de 1867, BGB 1896-1900) estuviera inspirado en el liberalismo más ortodoxo: plena aplicación de la libertad de contratación (art. 1255 Cc español) tanto en relación con la duración del contrato como en la determinación de la cuantía de la renta o merced, y extinción automática del contrato al llegar el plazo pactado (art. 1565). Sorprende, acaso, la expresa mención en el art. 1582, de la *costumbre del pueblo* para regular las reparaciones de los predios urbanos a cargo del arrendador, prueba evidente de la presencia frecuente de usos arrendaticios en un ambiente mayoritariamente rural. Siendo, por lo demás, normal que el arrendamiento de una casa o, de parte de ella, se describa en el Cc como «destinada a la habitación de una familia», aunque no se contemple en particular ni quien contrata ni el régimen de bienes a que estuviera sometido el referido matrimonio (quizá la reducida capacidad de obrar de la mujer casada en la normativa codicial primitiva hacía presumir que siempre era el marido el que contrataba en su nombre el arrendamiento de la vivienda familiar). Por otro lado, la no excesiva población española en aquel final de siglo se concentraba mayoritariamente en las zonas rurales, en las que tradicionalmente no había graves problemas de alojamiento, completadas por los tradicionales núcleos urbanos residenciados en los cascos antiguos de las capitales de provincia, sin perjuicio de algunas pocas urbes en incipiente expansión. La pérdida de las últimas colonias, a fines del s. XIX, no parece que agravara en la península el problema de la vivienda, aunque si repercutieron indirectamente en nuestro país las consecuencias de la Guerra de 1914-1918, que originaron a partir de los años Veinte del siglo pasado las primeras normas excepcionales sobre los arrendamientos, unas administrativas y otras civiles, dando lugar a un *corpus* arrendaticio, es decir un *sistema de leyes especiales sobre arrendamientos rústicos y urbanos que sustituyeron a las normas del Cc, siempre distintas y muchas veces opuestas*, y cuyas postrimerías y estertores estamos viviendo desde fines del siglo pasado. Junto a acontecimientos exteriores (IIª GM en la que, afortunadamente, tampoco intervinimos) hay que situar los eventos vividos específicamente dentro de España (especialmente la Guerra civil 1936-1939, el bloqueo exterior, nuestra lenta reconstrucción económica, el éxodo masivo del campo a la ciudad, los planes de desarrollo, la explosión del turismo extranjero, las sucesivas crisis petrolíferas, el Acuerdo de Asociación con el MC y nuestro posterior ingreso en la UE, la final y decisiva apertura de nuestro país al comercio mundial, el *boom* de la construcción, y a seguido la profunda crisis financiera y económica, por causas internas y externas, en la que todavía parece seguimos inmersos). Quizá el tema de mayor envidia jurídica suscitado en este periodo sea el de la naturaleza jurídica de ese contrato contemplado en la legislación especial, que algún autor sintetizó en la frase *De la enfiteusis a la enfiteusis*.

Si se me permite aportar una leve *pinclada sociológica*, con base en la litigiosidad planteada durante estos años ante las Salas competentes del TS, cabe concluir resumidamente que, de todos los contratos típicos, son los de arrendamiento sujetos a la legislación especial los que han ostentado el más elevado

índice de litigiosidad, en estrecha vinculación con cada una de las sucesivas normativas arrendaticias sucesivamente promulgadas y mientras han estado en vigor. A partir de los años 50 del siglo XX tales litigios acaparan la mitad, o más, de los procesos que se resuelven por el TS. Se observa que estos índices alcanzan su techo en los años 60, iniciándose después un suave declive en materia urbana, y de modo muy ostensible en materia rústica que ofrecen en 1970 el punto más bajo de inflexión, con ligera recuperación en años sucesivos (correspondiendo paralelamente a las leyes de reforma de 1980, 2003 y 2005). También la litigiosidad en materia arrendaticia urbana desciende drásticamente en 1980 con leve recuperación en 1990, debido probablemente al DL Boyer, observándose un clamoroso frenazo después de 1994¹³.

Considero normal que la actual doctrina civilista juzgue con dureza el especial régimen arrendaticio urbano y rústico a que nuestro país ha estado sometido en este largo periodo. Se habla de un régimen de restricción suma que supuso una *grave injusticia para los propietarios*, debido a la *protección* que los poderes públicos se propusieron acordar, por razones demográficas, de urbanización creciente de la población y también de carácter electoral, a los *arrendatarios y, en particular, a los inquilinos*¹⁴. Sin perjuicio de condenar, con toda razón, la deplorable técnica legislativa de la primera LAU y sus reformas, hay que reconocer que la Ley de 1964 se ha llegado a considerar el texto normativo más detallado y casuista del mundo y uno de los que ostentan peor calidad. Por su parte, DE PABLO CONTRERAS¹⁵ advierte que aunque no pocas de las razones que motivaron la aparición de esta legislación especial no subsisten hoy, lo cierto es que continua existiendo una normativa específica en la materia - aunque menos apartada de los principios del Cc de lo que lo estuvo en el pasado -. El régimen protector con su sistema de congelación de rentas, prórrogas forzosas y subrogaciones terminó, en combinación con la inflación, ahuyentando a los propietarios de inmuebles urbanos de concertar arrendamientos. El RDL de 2/1985 excluyó tal régimen, en principio, para los futuros contratos. Esa reforma revitalizó de algún modo el mercado inmobiliario, a costa de crear una situación calificada por el último autor de *esquizofrenia normativa*, que es el problema al que tuvo que atender la vigente LAU de 1994, regulando pormenorizadamente situaciones de derecho transitorio, manteniendo algunos residuos del régimen anterior, no siempre explicables. Por mi parte confío en que la vigente reforma de 2013 sirva para clarificar y depurar definitivamente el régimen arrendaticio urbano que nuestra sociedad precisa en el futuro. Escribiendo el citado autor en 2008 ponía acertadamente sobre el tapete el objetivo de crear en España un *mercado de alquiler* que fuese una verdadera alternativa en el acceso a una vivienda, si bien el panorama

13. Datos de elaboración propia, insertos en mis anotaciones a CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, 17ª ed a cargo de GARCÍA CANTERO, (Madrid 2008), pág. 56.

14. Así LACRUZ, rev. RIVERO, *Elementos*, II-2º, 3ª ed. Madrid 2005, pág. 133).

15. *Curso* (dir. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), 2, 2ª ed. (Madrid 2008), pág. 592.

económico-social español, europeo y mundial, ha mutado sustancialmente en el último quinquenio.

4. LA REFORMA INTRODUCIDA EN LA LAU 1994, POR LA LEY 4/2013, DE 4 JUNIO, DE MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DEL ALQUILER DE VIVIENDAS.

Atendiendo a la *ratio* y *ocassio legis* hay que reconocer que las expresadas en el *Preámbulo* de la indicada ley 4/2013, en apariencia, se sitúan muy a ras de suelo, casi exclusivamente —se dijera— con el fondo de las pancartas *Stop desahucios*, al tiempo que el legislador aspira a mantener un cierto equilibrio entre los intereses económicos enfrentados. Se expresa así una aspiración a la libertad contractual codicial (con alguna presencia del núcleo duro de antiguas normas imperativas). Mejora de la posición de arrendador (reducción de plazos de duración legal) compensada con la facultad de desistimiento del arrendatario pasados seis meses del contrato. En un aséptico marco de seguridad jurídica que estimula insistentemente a las partes a ingresar en el RP, símbolo de esa seguridad jurídica del tráfico, al parecer con escasa utilización hasta ahora. Mientras que la ley contempla un futuro «Registro de sentencias firmes de impagos de alquiler de la renta», de cierta teórica eficacia disuasoria, creado *ex novo*, pero cuya utilidad está por ver y habrá de coordinarse con la Ley de protección de datos de 1999.

He aquí el punto de partida de la Ley 4/2013 (*Preámbulo*, I):

«El mercado inmobiliario español se caracteriza por una *alta tasa de propiedad y un débil mercado de alquiler*. En España, el porcentaje de población que habita en una vivienda en alquiler se encuentra apenas en el 17 %, frente a la media de la UE que está muy próxima al 30%. Esto le sitúa como el país europeo con mayor índice de [propiedad de] vivienda por cada 1000 habitantes y también como uno de los que posee menor parque de viviendas en alquiler. En el marco económico actual, las implicaciones negativas que tiene esta característica del mercado de la vivienda sobre la economía y la sociedad españolas son patentes y afectan, tanto a la movilidad de los trabajadores como a la existencia de un *elevado número de viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso*. La realidad, por tanto, es que el mercado de alquiler no es una alternativa eficaz al mercado de la propiedad en España, puesto que, o bien la oferta de viviendas en alquiler es insuficiente, o bien no es competitiva por estar sujeta a rentas muy elevadas. Además, nuestro mercado arrendaticio se caracteriza fundamentalmente por las relaciones personales entre arrendador y arrendatario, situándonos aun lejos de un verdadero *mercado profesionalizado de alquiler*. De ahí que la búsqueda de mecanismos de flexibilización y dinamización de este mercado deba moverse en un marco que consiga atraer al mismo, al mayor número posible de viviendas actualmente vacías y sin ningún uso, en manos de propietarios privados».

Si son ciertos estos datos, la primera consecuencia es que la situación actual nada tiene que ver con la que presentaba España en los años 40 del siglo pasado,

en relación con la vivienda, siendo, en cierto modo, la opuesta. Cabe preguntar: ¿Cómo se mantienen todavía —y hasta se agravan— algunas normas imperativas sólo justificadas en aquella lejana época? ¿No resulta un lujo de países opulentos conservar un elevado número de viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso, mientras se incrementa diariamente el número de familias desahuciadas? Por otra parte, parece ignorar el legislador que algunas agencias inmobiliarias están tratando de cumplir eficazmente sus funciones de agentes del mercado profesionalizado de alquiler, sin encontrar clientes.

Las soluciones que aporta la Ley 4/2013 se explican a continuación (*Preámbulo II*):

«Esta Ley tiene, por tanto, el objetivo fundamental de *flexibilizar* el mercado del alquiler para lograr la necesaria *dinamización* del mismo, por medio de la búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio. Tal objetivo se busca mediante la modificación de un conjunto de preceptos de la Ley 29/1994, de 24 noviembre, de AU, que supone la actuación sobre los siguientes aspectos fundamentales:

- El régimen jurídico aplicable, reforzando la libertad de pactos y dando prioridad a la voluntad de las partes, en el marco de establecido en el título II de la Ley.
- La duración del arrendamiento, reduciéndose de cinco a tres años la prórroga obligatoria y de tres a uno la prórroga tácita, con objeto de dinamizar el mercado del alquiler y dotarlo de mayor flexibilidad. De esta forma, arrendadores y arrendatarios podrán adaptarse con mayor facilidad a eventuales cambios en sus circunstancias personales.
- La recuperación del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente en determinados supuestos, que requiere que hubiera transcurrido el primer año de duración del contrato, sin necesidad de previsión expresa en el mismo, dotando de mayor flexibilidad al arrendamiento.
- La previsión de que el arrendatario pueda desistir del contrato en cualquier momento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses y lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Se reconoce la posibilidad de que las partes puedan pactar una indemnización para el caso de desistimiento.

Asimismo, es preciso *normalizar* el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad.

La consecuencia de esta finalidad exige que el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, de 24 noviembre, de AU, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y, en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna

los requisitos exigidos por el art. 34 LH, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin mengua alguna de los derechos del arrendador ni del arrendatario».

Todavía una rápida alusión a los importantes aspectos procesales (*Preámbulo III*):

«Esta Ley opera una reforma de determinados preceptos de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento civil, al objeto de abordar las cuestiones más puntuales que están generando problemas en los procesos de desahucio después de las últimas reformas de la anterior Legislatura. En concreto, se vincula el lanzamiento a la falta de oposición del demandado, de tal modo que si éste no atendiere el requerimiento de pago o compareciere para oponerse o allanarse, el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el juicio y producirá el lanzamiento, frente al sistema actual que impide señalar el lanzamiento hasta que no se sepa si la vista se ha celebrado o no. Estas modificaciones obligan a efectuar el ajuste de otros artículos de la Lec.»

Prescindiendo, por ahora, de los aspectos procedimentales (pues resultan más bien puntuales las reformas de la Lec. 2000), no deja de sorprender que el legislador haya optado por mantener en vigor la Ley especial 29/1994, una vez que aproximadamente dos tercios de sus preceptos se han visto modificados, muchas veces profundamente, lo que dificultará una adecuada interpretación conjunta de ambas, así como que, en ocasiones, tal circunstancia no ayuda a calibrar siquiera el verdadero alcance de la presente reforma.

Se ha destacado que no se deroga el —en cierto modo, vertebral— art. 6 que considera *nulas y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice*. A mi juicio se trata de un residuo del sistema anterior que debiera desaparecer, aunque también se alega que han aumentado las normas dispositivas contenidas en este título impidiendo que se haga inoperativo el nuevo sistema de fuentes, basado en la autonomía de la voluntad que pretende el legislador¹⁶. Con todo, su mantenimiento y endurecimiento no ayuda a resolver las posibles dudas hermenéuticas sobre la naturaleza de ciertos preceptos de la nueva ley.

Dejando a los Coponentes la exposición y análisis en profundidad de aspectos concretos, paso a ocuparme de algunas cuestiones que, en principio, el legislador ha marginado: ¿Se tienen en cuenta en la normativa considerada la legislación vigente en España sobre protección de consumidores? No parece dudoso que el arrendatario de vivienda puede invocar tal cualidad. Personalmente me gustaría también llamar la atención sobre la problemática mundial que simultáneamente con este periodo histórico que acabo de analizar, se ha suscitado en relación con

16. Así Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, *Análisis de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas*, AC, julio-agosto 2013, número 7-8, pág. 855 s.

el problema del derecho a la vivienda como derecho fundamental de la persona y de la familia (lo que en terminología inglesa se denominan *housing rights*), en la que inevitablemente estamos constitucionalmente inmersos por nuestra pertenencia a la UE, y a otros organismos como el Consejo de Europa, así como por nuestra cualidad de miembro de las Naciones Unidas¹⁷.

5. ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIVIENDA: TRATAMIENTO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y CONSTITUCIONAL.

Si bien ha de considerarse a la DDH de la ONU de 1948 como el punto de partida generalizado de esa figura que ha venido a denominarse el *derecho subjetivo a una vivienda del que son titulares tanto la familia como cada uno de sus miembros*, es lo cierto que la realidad del arrendamiento urbano, singularmente en relación con la extinción y el lanzamiento, ya desde la época de las Luces ha estado inicialmente teñida de ciertos caracteres que podríamos calificar de *medidas de gracia o equidad*. Así históricamente cabe mencionar el *privilegio de amparo* otorgado por Felipe III a la Villa de Madrid en 1610, recogido en la Novísima Recopilación (Ley 24, Tít. 24, Libro 3), según el cual el inquilino demandado de desahucio por cualquier causa podía solicitar amparo consistente en un plazo de 40 días para buscar otra vivienda¹⁸; vencido el plazo, cabía pedir prórrogas por causas motivadas. Su función parecía ser la de amparar al demandado frente a una ejecución excesivamente expeditiva. No faltaron críticas doctrinales¹⁹ y, acaso por ello, desapareció en las sucesivas leyes procesales civiles. El plazo de desalojo quedó fijado para todo el territorio nacional con arreglo al tipo de finca: ocho días si se trataba de casa de habitación y que habiten con efecto el demandado o su familia, tanto en la Lec. 1855 (art. 647), como en la de 1881 (art. 1596); quince días si de establecimiento mercantil y veinte si de finca rústica que tenga caserío, en el que haya constantemente guardas, capataces u otros sirvientes; pero se procedía al desalojo en el acto si la casa no estaba habitada por el demandado o su familia. Este sistema fue sustituido en el siglo XX por las diversas leyes especiales de AU que ampliaron a dos y seis meses los plazos iniciales por razones de equidad o personales del demandado. Pero la LAU de 1994 retornó al régimen de la Lec de

17. Recientemente he tratado del tema, en una amplia recensión titulada «¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?», en la que me ocupo de la extensa obra colectiva que publicó mi colega el Prof. LÓPEZ RAMÓN, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, aparecida en RJNot. núm. 74, abril-junio 2010, pág. 491-510.

18. Puede consultarse la obra clásica: *Febrero o Librería de Jueces*, (Madrid, 1844), 2ª ed., III, pág. 238 y s.)

19. Así GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la L.e.c.*, (Madrid 1857), pág. 136 s. denunciaba que muchos inquilinos acudían a enfermedades supuestas y a otros mil arbitrios y a otros menos decentes para conseguir permanecer por bastantes meses en una casa cuyos arrendamientos debían, y no pensaban, ni podían pagar.

1881. La Lec del 2000 en su art. 704.1 establece el plazo de desalojo de un mes, el cual puede prorrogarse por otro igual existiendo motivo fundado.

Ahora bien, la *fundamentación por razones humanitarias, o de equidad* del derecho a la vivienda se transforma con el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1. CE 1978), en cuanto éste compromete a los poderes públicos (incluidos el legislativo y el judicial) al respeto de un conjunto de derechos fundamentales de los ciudadanos (arts. 9 y 53), entre los que se cuenta el derecho a la vivienda (art. 47), y por vía indirecta aquellos otros derechos que la vivienda ampara como el derecho a la integridad física y moral (art. 15), o la vida privada y familiar (art. 17), que, en definitiva, se articulan en torno a la dignidad de la persona consagrada como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1)²⁰. No considero necesario profundizar en el origen y fundamento de estos derechos constitucionales de naturaleza económico-social, ni de su eventual pertenencia a la tercera generación de semejantes derechos. A mi juicio baste aquí con referirse a la indiscutible autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA para explicar su naturaleza y evolución histórica de este derecho fundamental a la vivienda que nuestra CE garantiza:

“Desde su origen revolucionario, [...] las libertades públicas se configuraron como derechos subjetivos frente al Estado (derechos naturales innatos sobre los cuales el Estado se funda y cuyo respeto y garantía constituye su fin); estos derechos innatos imponen un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado. Lo que estos derechos individuales reclaman del Estado es, pues, una abstención. Pero en las propias Declaraciones de Derechos iniciales se incluyeron ya derechos de otro carácter que, como se ha dicho, no contemplan al individuo alejado, distante del poder, exento del mismo, sino que pretendían la conversión del mismo en un ciudadano y, por tanto su inserción en el propio aparato político o de poder, derecho que, más tarde, se llamarían por eso derechos cívicos o políticos [...], dos categorías de derechos, libertad-autonomía y libertad-participación, en la ya famosa caracterización de BORDEAU. [L]a historia hará aparecer más tarde una tercera especie de derechos fundamentales, los que se llamarán (aunque no existe una convención terminológica firme) los Derechos económicos y sociales [...] Este tipo de derechos no suponen ya una abstención del Estado como contenido fundamental, sino, por el contrario, una prestación positiva del Estado a favor de los ciudadanos, a los que ha de asegurarse un “nivel mínimo” de “libertades reales” que les asegure las posibilidades de existir y desarrollarse libremente en la sociedad. Mientras que los derechos individuales en sentido tradicional son “poderes de prohibir”, los derechos sociales son “poderes de exigir” según expresión del mismo BORDEAU”²¹. Por mi parte no entraré aquí en dilucidar si, en definitiva, son tres o sólo dos las generaciones de derechos

20. Puede consultarse la Tesis Doctoral de Miguel Angel RUIZ ALBERT, ampliamente documentada, leída en la Universidad de Huelva en julio 2012, y calificada con la máxima nota, estando dirigida por el Dr. Gómez del Castillo Gómez. Aunque la investigación se proyecta inmediatamente sobre el Derecho procesal, su desarrollo abarca también algunos aspectos sustantivos de que trato aquí.

21. Así GARCIA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid 1993, pág. 58 ss.

fundamentales, y menos discutir la existencia misma de una pluralidad de generaciones. El propio maestro administrativista, recientemente fallecido, advierte sobre la relatividad de las distinciones entre derecho-autonomía, derecho-participación y derecho-prestación.

Ciertamente existe un evidente contenido prestacional del *derecho a la vivienda*, relativo a las posibilidades de acceso a un bien jurídico que debe tener determinadas condiciones materiales —vivienda digna y adecuada—, así como al disfrute de dicho bien jurídico, cuando se ha accedido al mismo con cierto grado de estabilidad en el título que ampara su posesión; sin que necesariamente se trate de prestaciones directas de los poderes públicos, pudiendo acudir al mercado de la vivienda, tal como resulta de los términos utilizados por el art. 47 CE. Del cual nacen también obligaciones para el Estado, y así el Dr. RUIZ ALBERT sostiene que “no puede el legislador del Estado social de Derecho decidir legítimamente, por ejemplo, que un lanzamiento a cargo de la Administración o de los tribunales pueda aniquilar el derecho a la vivienda que supone dejar a una persona sin hogar (con independencia de que, como indiqué, en tal situación se verán también en peligro derechos como la vida privada, la integridad física y moral, la seguridad etc, que son también objeto —y en mayor grado— de protección constitucional) sin adoptar, simultáneamente, medidas al alcance del Estado que aseguren la protección debida a los ocupantes desalojados”²².

Para que un desalojo o lanzamiento sea lícito conforme a la normativa internacional y regional de Derechos Humanos, y también —en mi opinión— conforme a las exigencias constitucionales de proporcionalidad y prohibición de vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, interpretadas de conformidad con aquéllas, se requiere que tal desalojo esté previsto en una ley, responda a una finalidad legítima y sea necesaria y proporcionada a la misma. Desde luego, los supuestos de impago de rentas o de ocupación indebida de inmuebles ajenos se consideran causas legítimas de desalojos o desahucios tanto por las ONU, como en el ámbito del Consejo de Europa. La jurisprudencia del TDHE se muestra incluso más riguroso con las causas, exigiendo una motivación sólida del motivo de desahucio cuando el titular del inmueble es la Administración pública.

Parece razonable la consecuencia de que el desalojo no debe dar lugar a que queden personas sin hogar ya que el ordenamiento debe contener garantías eficaces que permitan el realojo de las personas expulsadas, especialmente cuando concurren personas en situaciones de vulnerabilidad. Ciertamente, desde el punto de vista de los derechos humanos no existe un deber general y absoluto e incondicionado, a cargo del Estado de proporcionar *ab initio* una vivienda a todo ciudadano. Pero debe movilizar todas las medidas a su alcance para evitar que el desalojo deje de hecho sin hogar a una persona o familia, pese a sus esfuerzos y contra su voluntad. Bajo esta perspectiva quizá sea susceptible de crítica el vigente art. 703.1 Lec que se limita a garantizar la entrega del inmueble al acreedor y se desentiende de la suerte del ocupante. Habría que completarlo

22. Tesis cit. pág. 732.

en el sentido de interpretarlo en el sentido de que, aunque el procedimiento de desalojo siga adelante, el propio órgano judicial alerte a las Administraciones Públicas competentes de la situación para que el lanzamiento no deja a las personas en la calle, informando de todo ello a los afectados.

El TEDH ha mostrado especial sensibilidad al criterio de la proporcionalidad o justo equilibrio que debe existir entre las medidas judiciales para lograr el lanzamiento efectivo (satisfaciendo así el derecho del actor), y el derecho a la vivienda, que garantiza el derecho a la vida privada del desahuciado. Así ha declarado que el derecho a la vida privada no comprende el derecho a vivir conforme a las propias preferencias e intereses; pero también que el desalojo no puede poner en peligro la vida o la integridad física del ocupante. Las circunstancias personales de los desalojados (culturales, económicas, edad, salud, grado de discapacidad etc.) pueden agravar la inicial situación de necesidad de los desalojados. En mi opinión el Tribunal debe informar al desalojado en el proceso sobre recursos asistenciales públicos y privados existentes, fomentando su colaboración para lograr alojamiento alternativo. Se debe respetar el principio de no discriminación frente a ciertos colectivos. Se señala especialmente la proporcionalidad en el empleo de la fuerza para realizar el desalojo, considerando su repercusión directa en la persona y bienes del demandado, incluida su intimidad; por todo ello deberá atender a las circunstancias personales concurrentes en cada desalojo, así como las de tiempo y lugar (así desalojo de noche, o en lo más crudo del invierno, o en las festividades más señaladas, o en periodos electorales, o en fechas de exámenes de los hijos del desahuciado...).

EN RESUMEN

Cabe esperar y debe proponerse al legislador estatal que sujete a reflexión y, en su caso, depure las normas que, conforme a la realidad social actual, deben regular en adelante el arrendamiento de vivienda dedicado a la familia. Si opta por mantenerlo como ley especial, al margen del Cc, la evolución sufrida ya desde 1994, aconseja que debiera comprender pocas materias y escasas normas imperativas claramente formuladas, prestando atención a la vinculación que habitualmente mantiene el arrendatario con el régimen económico del matrimonio, tal como parcialmente lo contempla el art. 1320 Cc. Cuestión todavía no considerada a nivel estatal es la configuración habitual como solidario del arrendamiento que toda persona casada haga de una vivienda. Mérito del legislador aragonés en el Cód. de 2011 es haberlo llevado expresamente a su Derecho foral. En mi opinión lo mismo debiera hacerse si se opta por integrar tal normativa en el futuro Libro IV del Cc sobre los contratos en particular.

En la ejecución de las sentencias que impliquen el lanzamiento del arrendatario de vivienda, regida para todos los españoles por la nueva Lec, deben recogerse las prevenciones *pro familia locatoris* que expresa la jurisprudencia del TEDH y que podrían incorporarse al art. 703.1 Lec.

EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN Y LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS DE VIVIENDA

JAVIER PALAZÓN VALENTÍN
Notario

Al poner en relación el Código de Derecho Foral de Aragón —en adelante, CDF— con la vigente legislación estatal especial sobre arrendamientos de viviendas, Ley 29/1.994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos texto de 1994 y la reciente reforma de la Ley 4/2013, de 4 junio —en lo sucesivo, LAU—, hay que destacar las escasas referencias que el Derecho aragonés hace a los arrendamientos urbanos, siendo una materia regulada por una legislación especial dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

La antigua Compilación de Derecho Civil de Aragón aludía a los arrendamientos urbanos en su artículo 38, y así disponía que:

“Artículo 38.- Son bienes privativos de cada cónyuge:.....

6ª....los adquiridos por ejercicio del derecho de retracto, excepto del arrendaticio de viviendas”.

Por su parte, el CDF se refiere a los mismos en los siguientes preceptos:

- Artículo 15, contenido en Libro I, Derecho de la persona, en materia de capacidad de los menores de catorce años;
- Artículo 210, integrado en el Libro II, Derecho de la familia, en sede de bienes comunes y privativos del consorcio conyugal.

Tomando como referencia estos dos preceptos, las cuestiones que plantea la incidencia del Derecho aragonés en los arrendamientos urbanos de vivienda se pueden sistematizar en dos grandes grupos: 1) desde la posición del arrendador, las relativas a cuestiones de capacidad; y 2) desde la perspectiva del arrendatario,

la incidencia del régimen económico matrimonial en los derechos del arrendamiento, aunque el régimen matrimonial también influye a la hora de celebrar contratos como arrendador.

EL DERECHO ARAGONÉS DESDE LA POSICIÓN DEL ARRENDADOR. CUESTIONES DE CAPACIDAD Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1. – El primero de los artículos citados, el artículo 15 CDF, se refiere a los arrendamientos de bienes de menores de catorce años y establece lo siguiente:

“Artículo 15. – Actos de disposición.

1. El representante del menor necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para:.....

e) Dar en arrendamiento bienes inmuebles, empresas o explotaciones económicas, por plazo superior a seis años, computándose a estos efectos el plazo por el que el arrendatario tenga derecho a prorrogar el contrato”.

Este precepto del CDF es traslado del artículo 12 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, cuya Exposición de Motivos aclaraba que se trataba de criterios que *“no se apartan mucho del Derecho hasta ahora aplicable”*. En este sentido, se halla en consonancia con lo dispuesto en el ámbito del Código Civil¹.

La administración de los bienes del menor compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar —artículo 9 CDF— y con base a esta administración hay que poner en relación la facultad de los padres de dar en arrendamiento los bienes del menor. Siguiendo a FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ², el acto de administración tiene dos aspectos: uno, positivo, que tiende a obtener del bien los rendimientos normales de que fuera susceptible; y otro, negativo, que tiende a conservar dicho bien. El aspecto positivo, la obtención de rendimientos, supone no ya la facultad, sino la obligación en todo administrador de tratar de obtener esos rendimientos normales; pero debe conjugarse con el negativo de que el acto o negocio en cuestión no altere al propio tiempo el bien, lo grave, altere o comprometa por tiempo que se considere excesivo.

1. Así, el artículo 1.548 Cc. establece que *“Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.”*

Y el artículo 271 Cc. que *“El tutor necesita autorización judicial:.....7º. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años”*.

2. Comentario al artículo 1.548 en *“Comentarios del Código Civil”*, Tomo II, Ministerio de Justicia.

Es por ello por lo que las legislaciones suelen establecer, convencionalmente, un plazo de duración máxima de los arrendamientos, plazo que nuestro legislador, tanto el común como el aragonés, lo ha fijado en seis años. Este plazo funciona con independencia de los plazos mínimos y prórrogas obligatorias que establezca la legislación especial de arrendamientos urbanos. Al promulgarse la Ley aragonesa del Derecho de la Persona o la reforma del artículo 271 del Código Civil, la LAU de 24 de noviembre de 1994 ya establecía un plazo mínimo de duración de los contratos de arrendamiento de cinco años —artículo 9—, prorrogable por plazos anuales hasta un máximo de tres años más —artículo 10—, es decir, un total de ocho años; de la misma forma el plazo de seis años que establece el artículo 15 CDF no se ha visto alterado por la actual Ley 4/2013, de 4 de junio, que ha reducido la duración mínima a tres años y la de la prórroga a un año.

Ha planteado controversias cómo ha de computarse el plazo de los seis años. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de marzo de 1987, para un supuesto de un contrato celebrado al amparo del régimen de prórroga forzosa que establecía la LAU de 1964, admitió que los padres pudieran arrendar una finca del menor siempre que el plazo inicial no fuera superior a seis años, aun estando sujeto a dicha prórroga forzosa. Esta Sentencia fue ampliamente criticada por la doctrina; así, DIEZ PICAZO y GULLÓN³, para quienes la prórroga forzosa hacía desmerecer el bien arrendado, siendo una especie de gravamen sobre el mismo.

Esta cuestión viene resuelta por el legislador aragonés que, como ha quedado visto, establece que en el plazo de los seis años debe computarse el plazo por el que el arrendatario tenga derecho a prorrogar el contrato. El régimen de la prórroga viene actualmente establecido por el artículo 10 LAU que, tras la reforma de 2013, la fija por un plazo de un año *“una vez transcurridos como mínimo tres años de duración”* del contrato, es decir, esta prórroga también es aplicable a los contratos de una duración inicial superior a los tres años, p. ej. por seis años, por lo que para computar el plazo a los efectos del artículo 15 CDF habrá de tenerse en cuenta el plazo inicial, más un año. Conviene recordar que, no obstante y a diferencia de legislaciones anteriores, no se trata de un régimen de prórroga forzosa, ya que no se impone a ninguna de las partes pues el artículo 10 también establece que tendrá lugar la prórroga si *“ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo”*, es decir, que cualquiera de las partes —el arrendatario, pero también el arrendador— puede manifestar su voluntad de no prorrogarlo. En el caso de que los representantes del menor de catorce años concertasen un contrato de arrendamiento por un plazo inicial de seis años, podría argumentarse que no es necesaria la autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez que establece el artículo 15 CDF, ya que queda la posibilidad de denegar la prórroga, bien por dichos representantes, bien por el menor si ha alcanzado la mayoría de edad, y al denegar la prórroga el plazo total no habrá excedido de los seis años; además,

3. “Sistema de Derecho civil”, vol. II.

de no admitirse esta solución, lo mismo debería predicarse de todos los contratos de arrendamiento sujetos a tácita reconducción. Por el contrario, la necesidad de exigir para este supuesto autorización previa encaja en el tenor literal del artículo 15 CDF, ya que no desaparece el derecho del arrendatario a prorrogar el contrato, y se haría depender la duración total del arrendamiento de una actuación posterior ajena al momento inicial de su constitución, pues bastaría la mera inacción o el simple olvido para que la prórroga produjese sus efectos.

2. – En relación directa con lo expuesto en cuanto a los arrendamientos de bienes de los menores de catorce años, indicar:

- Lo dispuesto en el artículo 15 CDF es también aplicable a los incapacitados, menores emancipados y declarados ausentes, por remisión de los artículos 136, 33 y 51, respectivamente.
- El menor de edad, mayor de 14 años necesitará para concertar contratos de arrendamiento, y con independencia de su duración, la asistencia con arreglo a las reglas generales —artículo 23—; así como el sometido a curatela —por remisión del artículo 151—.
- Y, conforme al artículo 107 CDF, el donante o causante que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado puede excluir al administrador de los mismos de la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para concertar arrendamientos, ya porque se haya excluido la necesidad de autorización con carácter general o bien porque se haya excluido especialmente para los casos de arrendamiento.

3. – Arrendamientos concertados por el viudo usufructuario. La posibilidad de constitución de derechos de arrendamiento por parte del usufructuario resulta del artículo 480 Código Civil, del artículo 13 LAU, y así ha sido pacíficamente admitido por la Jurisprudencia⁴.

La cuestión a tratar no es tanto de capacidad, que se regirá por las reglas generales, sino las consecuencias que la extinción del derecho del usufructuario-arrendador tiene en la subsistencia del contrato de arrendamiento.

En esta materia, ha habido una evolución en la regulación establecida por las diferentes Leyes de arrendamiento urbanos. Así, como es sabido, la LAU de 24 de diciembre de 1.964 consagraba en su artículo 57 un régimen de prórroga forzosa, obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario, y dicho régimen de prórroga forzosa se aplicaba igualmente en los casos de contratos de arrendamientos concertados por el usufructuario, si bien en este caso el arrendamiento podía resolverse, una vez producida la extinción del usufructo, si el

4. Así, p. ej., lo declaró la Sentencia de la A.P. de Teruel de 24 de julio de 2.001.

titular dominical probaba que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueron notoriamente gravosas para el propietario —artículo 114.12 LAU—.

Sin embargo, la Ley de 24 de diciembre de 1.994, se separó de este criterio, al establecer en su artículo 13.2 que:

“Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley.”

En definitiva, la LAU de 1994 equipara los arrendamientos de vivienda sujetos a la legislación especial a la regulación que con carácter general establece el artículo 480 Cc.. Este artículo 13.2 se mantiene en los mismos términos tras la Ley 4/2.013.

Por tanto, extinguido el derecho del usufructuario quedará extinguido el arrendamiento. En consecuencia, este precepto hay que ponerlo en relación con las causas de extinción del usufructo vidual que establece el artículo 301 CDF:

- En primer lugar, este artículo establece como causa de extinción del usufructo vidual la muerte del usufructuario. En la práctica, es el supuesto más frecuente, y el que encaja mejor con el tenor literal del artículo 13 LAU, cuando alude al “término” del derecho del arrendador, aunque en realidad se refiera a la “extinción” de su derecho.
- En segundo lugar, el artículo 301 CDF contempla como causa de extinción la renuncia explícita que conste en escritura pública. En este caso, debe entenderse que la renuncia al usufructo no lleva como consecuencia la extinción del arrendamiento, porque no puede perjudicar al derecho del arrendatario. Ello por aplicación del artículo 6.2 Cc. que establece que la renuncia de derechos sólo será válida cuando no perjudique a terceros, del artículo 1.256 Cc. que dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, o por aplicación analógica de lo que el artículo 107.1 de la Ley hipotecaria establece para la hipoteca del derecho de usufructo, hipoteca que sólo se extingue cuando concluye el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario, añadiendo que si concluyese por su voluntad, subsiste hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido de no mediar el hecho que le puso fin, es decir, hasta el fallecimiento del viudo usufructuario.
- Otras causas de extinción del usufructo vidual contenidas en el artículo 301 CDF, son contraer nuevo matrimonio o llevar vida marital estable, salvo pacto, o corromper o abandonar a los hijos. En estos casos el usufructo concluye por hechos que no son ajenos a la voluntad del usufruc-

tuario, lo que podría llevar a pensar que no perjudican al arrendatario ni extinguen en consecuencia el arrendamiento; pero no hay que olvidar que, a diferencia de la renuncia, no son actuaciones relacionadas o con intención de perjudicar al arrendatario.

En todo caso, la incertidumbre o inseguridad en cuanto a la duración de los contratos de arrendamiento celebrados únicamente con el viudo usufructuario, hace conveniente que tales contratos sean celebrados también con los nudo propietarios. El artículo 13.2 LAU, al declarar la extinción del arrendamiento al término del derecho del arrendador, tiene su fundamento en considerar al nudo propietario como un tercero, ajeno al arrendamiento constituido por el usufructuario no pudiendo ser perjudicado por éste, como indica MIQUEL SERRA⁵. Añade este autor que, en consecuencia, todo pacto contrario a la extinción estipulado entre el usufructuario y el arrendatario será inoponible al nudo propietario, por aplicación del principio *"nemo dat quod non habet"*. Pero la jurisprudencia ha admitido la intervención del nudo propietario en los arrendamientos celebrados por el usufructuario, prestando su consentimiento a los mismos, lo que le hace perder la condición de tercero ajeno a la relación arrendaticia.

4. – Otro supuesto relacionado con el fenómeno sucesorio lo constituye la celebración de contratos de arrendamiento interviniendo, como parte arrendadora, los integrantes de la comunidad hereditaria mientras no se haya efectuado la partición de la herencia.

La cuestión principal a tratar es si es necesario el consentimiento unánime de todos los integrantes de la comunidad hereditaria o basta o es suficiente la intervención de la mayoría de los mismos. Como señala HONORIO ROMERO⁶, el régimen de la comunidad hereditaria propiamente tal, en estado de indivisión, no está regulado en el Código Civil ni tampoco en la legislación aragonesa, entendiéndose aplicables las normas de la comunidad en general como supletorias, al establecer el artículo 392.2 Cc. que,

"A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título."

En esta sede, por una parte el artículo 398 Cc. consagra la regla de la mayoría de los partícipes para los actos de administración, pero por otra, del artículo 397 Cc. resulta la exigencia de unanimidad de dichos partícipes para los actos de disposición o que impliquen alteraciones en la cosa común. Se trata en definitiva de determinar si el arrendamiento implica un acto de administración o bien un acto de disposición.

5. "Finalización del arrendamiento urbano al extinguirse el derecho del usufructuario arrendador". Revista jurídica de Cataluña, nº 3, 2003.

6. "La comunidad hereditaria". IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, año 1999.

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el arrendamiento es un acto de administración, pero no de forma inequívoca o absoluta, y así, p.ej., en Sentencia de 28 de marzo de 1.990, estableció que dicho principio *“quiebra cuando bien por la naturaleza de la cosa o bien por el largo tiempo que para su duración se estipule —superior a seis años— puede constituir un derecho real a favor del arrendatario inscribible en el Registro de la Propiedad (artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria), por lo que al rebasar los límites de lo que es pura administración, no se hallaba facultada la demandada para dar en arriendo el piso en copropiedad sin la anuencia de todos los partícipes y como ante tal falta de capacidad para contratar hay que entender que falta el consentimiento de los arrendadores, el contrato es radicalmente nulo, sin que la buena fe del arrendatario subsane la falta de tan esencial requisito”*.

Por tanto, el Tribunal Supremo estableció el límite en dos requisitos: 1) plazo superior a seis años, y 2) posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad; lo que, según el Tribunal Supremo, puede constituir un derecho real a favor del arrendatario. En realidad, ambos requisitos estaban íntimamente ligados entre sí, ya que la redacción entonces vigente del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria consideraba inscribibles en el Registro de la Propiedad, con carácter general, los arrendamientos con duración superior a ese plazo⁷.

Sin embargo, ambos requisitos —duración e inscripción— se escinden a partir de la LAU de 1.994, que da nueva redacción al artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, que ahora establece que serán inscribibles *“los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”*, con independencia de su duración. Y además la Ley 4/2013, como señala su Exposición de Motivos, *“consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad, intentando, por otro lado, potenciar esta posibilidad de acceso mediante la vinculación de determinadas medidas de fomento o beneficio al hecho de la inscripción.”*

En consecuencia, dos criterios:

- El que prima la inscripción en el Registro de la Propiedad. Ello lleva como consecuencia que todos los arrendamientos deban ser considerados como actos de disposición. Aunque autores como FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ⁸, consideran que la inscripción no altera la naturaleza del acto o negocio al extremo de considerarlo de enajenación, si se inscribe, y de administración si permanece fuera del Registro.
- Y el que atiende a la duración del contrato. En ese sentido, p.ej., se pronunciaba MANUEL DE LA CÁMARA, para el cual *“para saber cuando el arren-*

7. El antiguo artículo 2.5 LH, no obstante, también permitía el acceso al Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento en que se hubiese anticipado la renta de tres o más años, o cuando hubiera convenio expreso de las partes para que se inscribiesen.

8. Comentario al artículo 1.548 en *“Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”*, EDERSA.

damiento rebasa los límites de la administración lo más importante es la duración del contrato". La determinación de cuál sea el plazo de duración a partir del cual el arrendamiento deba ser considerado como un acto de disposición quedará a la apreciación por el juzgador, en atención a las circunstancias del caso concreto. Un criterio orientativo puede ser el plazo de los seis años que establece el ya visto artículo 15 CDF (precepto encabezado, además, por la rúbrica de "Actos de disposición"), aunque para algunos autores y alguna jurisprudencia se trata de una norma específica para menores e incapacitados, que es independiente de las reglas generales⁹.

5. – En el caso de fiducia sucesoria, pendiente ésta de ejecución, a diferencia del caso anterior, no están determinados definitivamente los integrantes de la comunidad hereditaria, correspondiendo en principio al administrador fiduciario la facultad de concertar los contratos de arrendamiento, si bien esta cuestión entronca con la propia de la naturaleza del arrendamiento como acto de administración o de disposición.

El artículo 449 CDF determina a quién corresponde la administración y representación del patrimonio hereditario pendiente de ejecución la fiducia. En cuanto al contenido de dicha administración, dispone el artículo 452 CDF, entre otras lo siguiente:

"Artículo 452.

El administrador gestionará los negocios que formen parte del caudal,..... y realizará cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir."

9. Sobre esta cuestión se pronunció la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 22 de abril de 2.006, que declaró inscribible en el Registro de la Propiedad *un arrendamiento con una duración de cinco años constituido por los titulares de dos terceras partes indivisas del bien*, invocando entre otras la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1.990, y señalando que el arrendamiento constituye, en principio, un acto de administración por lo que bastaría, para su realización, la capacidad general para celebrar tales actos, siendo sólo necesaria la capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones, o por su duración, puedan ser considerados actos de disposición o equiparados a éstos.

Esta Resolución, sin embargo, fue revocada por sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Alicante, sentencia que a su vez fue confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de enero de 2.008. La Audiencia Provincial, invocando igualmente la doctrina del Tribunal Supremo, afirma que no puede calificarse a todo arrendamiento de bienes inmuebles como acto de disposición por el mero hecho de que resulte inscribible, y que ha de considerarse un elemento esencial la duración pactada, pudiendo servir como criterio orientativo o de referencia el plazo superior a seis años. Pero en el caso concreto considera no aplicable la regla de funcionamiento de la copropiedad por la mayoría, atendiendo a la duración del arrendamiento —aunque éste era sólo por cinco años—, la naturaleza de los derechos reales que va a conceder tras la inscripción, y, fundamentalmente, por la no intervención de la minoría en la toma de decisión.

Siguiendo a LUIS PASTOR EIXARCH¹⁰, la administración no debe limitarse al mero mantenimiento del caudal. La base de la fiducia es la confianza del testador en una determinada persona para deferir su herencia y administrarla, no tratándose de una administración conservadora, sino dinámica e incluso de aumento del patrimonio relicto, considerando autorizados o incluidos en ella tanto los actos de administración ordinaria como extraordinaria. En consecuencia, en la medida que el arrendamiento sea considerado como un acto de administración, será el fiduciario el encargado de concertar contratos de arrendamiento, como forma de explotación ordinaria del patrimonio inmobiliario relicto.

En cambio, si el arrendamiento se considera como un acto de disposición, hay que recordar que es el artículo 453 CDF el que regula las facultades de disposición del fiduciario. Este artículo autoriza al fiduciario a disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si se le hubiese autorizado para ello, o bien para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 451. Siendo el arrendamiento un acto a título oneroso, el pago de dichas obligaciones y cargas serviría para justificar la celebración de arrendamientos de corta duración, pero esa misma justificación es más difícil en arrendamientos de larga duración que comprometerían en exceso los bienes hereditarios.

Fuera de estos supuestos, y continuando con el artículo 453 CDF, el fiduciario sólo puede disponer de bienes hereditarios para sustituirlos por otros. Teniendo en cuenta que, además, habiendo legitimarios, será necesaria la autorización de cualquiera de ellos con plena capacidad de obrar, tal y como dispone el artículo 454 CDF. Con base a estos preceptos debe admitirse la celebración de contratos de arrendamiento por el fiduciario con el consentimiento de un legitimario, quedando sujetos a fiducia las rentas obtenidas y el derecho a las rentas como contraprestación obtenida —artículo 453.2 CDF—, pues si bien el arrendamiento no encaja exactamente en los supuestos previstos en los mismos, que están pensando fundamentalmente en venta de bienes hereditarios, en caso contrario quedarían unos bienes privados de la posibilidad de ser arrendados, y en consecuencia de ser explotados, lo que si la situación de fiducia pendiente de ejecución se prolonga en el tiempo, terminaría resultando perjudicial para el patrimonio relicto.

6. – Como ha quedado anunciado, el régimen económico matrimonial también influye a la hora de celebrar contratos como arrendador, dándose distintos supuestos, según la naturaleza privativa o consorcial del bien arrendado:

- 1º. Arrendamiento de un bien propiedad de uno de los cónyuges en caso de separación de bienes o privativo de uno ellos casado bajo el régimen legal del consorcio conyugal. En este caso el arrendamiento será otorgado por el cónyuge titular del mismo, por aplicación de las reglas generales,

10. “La herencia pendiente de asignación fiduciaria”. IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, año 1999.

al corresponder a cada uno la administración y disposición de sus bienes (artículos 205 y 243 CDF).

La excepción será la del arrendamiento de la vivienda habitual de la familia, ya que el artículo 190 CDF exige el consentimiento del otro cónyuge, o en su defecto autorización judicial, no sólo para realizar actos de disposición voluntaria sobre la misma sino también para sustraerla al uso común, supuesto donde encaja totalmente el arrendamiento de la misma¹¹.

El arrendamiento de estos bienes plantea también la cuestión de la necesidad o no de que el cónyuge del propietario arrendatario renuncie al derecho expectante de viudedad o consienta el arrendamiento. Teniendo en cuenta que el arrendamiento de un bien no implica la enajenación del mismo, si no se produce dicha renuncia al expectante, fallecido el cónyuge constituyente, el viudo/a tendrá el usufructo de dicho bien y, por tanto, el derecho a percibir la renta como fruto civil del mismo, sin perjuicio de recuperar la posesión inmediata del bien al término del arrendamiento. En este sentido, la solución será la misma que cuando el contrato de arrendamiento sea de fecha anterior a la celebración del matrimonio¹². No obstante, si se trata de un contrato de arrendamiento de larga duración, se puede privar al cónyuge viudo, con carácter definitivo, de la posibilidad de recuperar la posesión inmediata del bien y, aunque el contenido de su usufructo se concentra en el derecho a percibir la renta, también si se hubiese vendido el bien, sin su renuncia, el viudo tendría el usufructo del dinero obtenido por la venta y, además, ostentaría el usufructo sobre el bien vendido.

Sobre esta cuestión, en relación al régimen vigente en la Compilación, y citando antecedentes del Apéndice, SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS¹³ afirmaron que, de no existir la renuncia al expectante, *“no habiendo duda en que la posesión inmediata —la que corresponde al viudo usufructuario— desplaza incluso a la que corresponde al propietario, carece de sentido pretender que no ocurra lo mismo tratándose de la del arrendatario”*, añadiendo que, no obstante, *“el arrendamiento subsistirá, pese a la posesión inmediata de los bienes por el viudo; y así en su caso, fallecido el viudo usufructuario la posesión inmediata de los mismos pasará al arrendatario o, en su caso, a quien tenga derecho a subrogarse en su posición jurídica”*.

2º. Arrendamiento de un bien consorcial o común. En materia de gestión de bienes comunes, y a salvo lo pactado, el artículo 233 CDF establece lo siguiente:

11. A los efectos de poder inscribir el contrato de arrendamiento de estos bienes en el Registro de la Propiedad, será necesario el consentimiento del otro cónyuge, si se trata de vivienda habitual de la familia, o, de no serlo, que el cónyuge-arrendador manifieste que la finca arrendada no constituye vivienda familiar, por aplicación del artículo 91 Rh.

12. En este sentido, la Sentencia de TSJ de Aragón de 18 de septiembre de 2.008, para un supuesto de comodato constituido con anterioridad a la celebración del matrimonio.

13. Comentarios al artículo 79 de la Compilación en *“Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón”*, vol. II, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría.

“Artículo 233.

La realización de actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes comunes corresponde a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con el consentimiento del otro.”

Por tanto la regla general para celebrar contratos de arrendamiento sobre bienes comunes es la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges. En el caso de que el contrato de arrendamiento sea suscrito por uno sólo de los cónyuges, sin embargo, el consentimiento del otro puede ser prestado posteriormente incluso de forma tácita como admite el artículo 235 CDF¹⁴.

El artículo 233 CDF, no obstante, exceptúa de la gestión conjunta de ambos cónyuges los supuestos comprendidos en los artículos anteriores, que se refieren a actos que cada uno de los cónyuges puede realizar por sí sólo, que por lo que aquí interesa pueden sintetizarse en los siguientes:

- Actos de administración ordinaria (artículo 230.a CDF). Con anterioridad se ha expuesto la consideración del del arrendamiento como acto de administración o de disposición. Sin embargo, aun considerando al arrendamiento como un acto de administración, no debe entenderse incluido dentro de los actos de administración ordinaria. Por una parte, porque el artículo 233 CDF contrapone dichos actos a los actos de administración extraordinaria; y por otra parte, porque este precepto, que ya venía recogido en el artículo 48.2.1 de la Compilación quedaba limitado a lo que JOAQUÍN RAMS¹⁵ para la Compilación denominaba como *“pautas propias de una economía de escala familiar”* o como señala JOSÉ LUIS MERINO¹⁶ para la actual legislación, *“los actos usuales, los cotidianos en la gestión de la economía doméstica que no comprometen gravemente el patrimonio consorcial”*. No parece que pueda considerarse al arrendamiento como un acto usual o cotidiano.
- Actuación frente a terceros (artículo 232 CDF). Este precepto establece que:

“Cada cónyuge está legitimado, frente a terceros de buena fe, para realizar actos de administración en cuanto a los bienes que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente”.

En el ámbito del Código Civil, el artículo 1.384, en términos parecidos, establece que son válidos los actos de administración de bienes realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren. Con base en este precepto, mantiene la doctrina

14. P. ej., porque el otro cónyuge tenga conocimiento de que la finca esté arrendada, o tenga conocimiento de las rentas que se ingresan como consecuencia del arrendamiento, todo ello sin manifestar oposición siendo cuestiones de hecho que en su caso deberán acreditarse.

15. Comentario al artículo 48 de la Compilación en *“Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón”*, vol. II, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría.

16. *“Manual de Derecho matrimonial aragonés”*.

que tratándose de arrendamiento que por sus características deba ser considerado como acto de administración, podrá concertarlo por sí solo el cónyuge que haya adquirido el bien para su sociedad de gananciales o con carácter presuntamente ganancial.

La norma aragonesa, frente al Código Civil, establece por una parte un mayor ámbito de aplicación, pues no lo circunscribe a los bienes que figuren a nombre de uno solo de los cónyuges, al extenderla a todos aquellos “*que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente*”; pero por otro lado, a diferencia del Código Civil, introduce la exigencia para que el acto sea eficaz frente al tercero, que éste sea de buena fe, es decir, como señala JOSÉ LUIS MERINO¹⁷, que el tercero crea, en el momento de contratar con un solo cónyuge, que este cónyuge podía actuar sin la intervención del otro¹⁸.

— Ejercicio de profesión o negocio (artículo 231 CDF).

“Artículo 231.1

Cada cónyuge estará legitimado para realizar los actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.”

En consecuencia, si uno de los cónyuges se dedica profesionalmente a la actividad arrendadora, podrá por sí solo arrendar bienes consorciales, bastando para probar su inclusión en el giro habitual la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad, como dispone su párrafo 2.

— Por último, conforme al artículo 230.c CDF:

“Cada uno de los cónyuges está legitimado para realizar por sí solo sobre los bienes que integran el patrimonio común:.....

c) Actos de defensa, judicial o extrajudicial.”

Por tanto, sobre los bienes comunes arrendados, cualquiera de los cónyuges está legitimado para ejercitar la acción de reclamación de rentas indebidas, resolución del contrato de arrendamiento y desahucio.

EL DERECHO ARAGONÉS DESDE LA POSICIÓN DEL ARRENDATARIO. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LOS DERECHOS DEL ARRENDAMIENTO.

La naturaleza común o privativa de los arrendamientos celebrados vigente la sociedad conyugal, es decir el carácter común o no de los derechos del arren-

17. “Manual de Derecho matrimonial aragonés”.

18. Este requisito de la buena fe del tercero fallará si se pretende inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, habida cuenta de la existencia de información registral acerca del carácter de la titularidad del bien, y de la actuación notarial que advertirá sobre dicha circunstancia.

datario por contratos celebrados durante el consorcio, ha originado a lo largo del tiempo un intenso debate tanto doctrinal como jurisprudencial, con pronunciamientos opuestos, tanto en el Derecho aragonés como en el ámbito del Código Civil.

Fundamentalmente se ha centrado en aquellos supuestos en los que el contrato de arrendamiento ha sido concertado, como arrendatario, por uno sólo de los cónyuges casado en régimen de comunidad, en aras de determinar las consecuencias o efectos jurídicos que ello tiene en relación al otro cónyuge que no suscribió el contrato y su consideración o no como coarrendatario; ya que si el contrato ha sido celebrado por ambos cónyuges, ambos, como cocontrantes, tienen la consideración de coarrendatarios.

A diferencia del Derecho francés, que considera que ambos cónyuges son en todo momento cotitulares del arrendamiento de la vivienda, con independencia de cuál sea su régimen matrimonial y de la época de celebración del contrato de arrendamiento (artículo 1.751 Code), en nuestro ordenamiento se han mantenido dos tesis en relación a los contratos de arrendamiento celebrados por uno sólo de los cónyuges vigente el matrimonio:

- O bien los derechos del arrendamiento son propios del cónyuge firmante al margen de su régimen económico matrimonial;
- O bien dichos derechos del arrendamiento tienen carácter ganancial o privativo según sea el régimen económico matrimonial.

En el ámbito del Derecho común, la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2.009, declaró como doctrina jurisprudencial, reiterada posteriormente¹⁹, que *“el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales”*, ya que *“los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales”*.

En el Derecho aragonés, la Compilación de Derecho Civil de Aragón no se pronunció expresamente sobre esta cuestión. Solamente en su artículo 38.6 exceptuaba de la consideración de bienes privativos a los adquiridos por ejercicio de derecho de retracto, al *“arrendaticio de viviendas”*. Según LACRUZ BERDEJO²⁰, el precepto podría querer decir que el derecho de retracto de vivienda se comunica, debido a la repercusión de la relación de arrendamiento sobre el consorcio y viceversa, aun tratándose de inquilinato contratado personalmente por uno de los cónyuges antes de la boda, pero que era seguro que, que aplicados los fondos

19. Así, p.ej., Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2.010.

20. Comentario al artículo 38 de la Compilación en *“Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón”*, vol. II, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría.

comunes al ejercicio del retracto arrendaticio de vivienda, el piso adquirido con ellos es consorcial.

No obstante, vigente la Compilación, se defendía el carácter consorcial del derecho de arrendamiento derivado de contratos celebrados por uno de los cónyuges vigente la sociedad conyugal. Así, p. ej., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 23 de noviembre de 1998, que consideró que se trata de un contrato oneroso perfeccionado una vez contraído el matrimonio por lo que el derecho de arrendamiento de la vivienda debe considerarse bien consorcial al haberse adquirido onerosamente y, en cualquier caso, por aplicación de la presunción de comunidad del artículo 40 de la Compilación.

Pues bien, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y de viudedad, estableció en su artículo 28.2.i) que,

“Ingresan en el patrimonio común los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio”

Dicha norma ha pasado, en los mismos términos, al actual artículo 210.2.i) CDF.

Según declaraba la Exposición de Motivos de la Ley 2/2.003, su inclusión venía motivada, junto a otros supuestos que hasta entonces *“tenían solución poco segura”* *“en atención a la fuerte caracterización comunitaria que tiene el consorcio aragonés”*. Encontraría su fundamento en la aplicación de las reglas generales del consorcio conyugal; como afirma JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA²¹, estos derechos de arrendamiento son bienes adquiridos a título oneroso (hay que pagar la renta), y a costa del caudal común, lo cual se presume (artículo 217.2 CDF).

La norma aragonesa encuentra su precedente en la Ley 82.6 de la Compilación de Navarra, en términos muy similares al establecer,

“Se hacen comunes de los cónyuges:.... los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el matrimonio.”

Con relación a la norma navarra, consideraba JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO²² que la intención del legislador no era incluir todos los arrendamientos, sino que se refería en particular a los arrendamientos urbanos, disponiendo que el derecho del arrendatario pertenece a ambos cónyuges y que, en consecuencia, fallecido uno, el sobreviviente no es, en su caso, un sucesor en el arrendamiento sino un coarrendatario cuyo derecho se expande en la porción que ha quedado vacante²³.

21. *“Manual de Derecho civil aragonés”*.

22. *“La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra”*.

23. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, en su comentario a la Ley 82 en *“Comentarios al Fuero Nuevo-Compilación del Derecho Civil de Navarra”* considera que no es seguro que la ganancialidad del arrendamiento transforme a todos los efectos la relación arrendaticia en un coarrendamiento.

Este mismo alcance puede predicarse de la norma aragonesa, si bien la misma, como la navarra, no distingue entre los efectos que el carácter común de los derechos del arrendatario produce entre los cónyuges, por una parte, y en relación al coarrendador contratante, por otra²⁴.

En todo caso, tras la Ley 2/2003 y bajo el actual CDF tendrá la consideración de bien común los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio, sean celebrados por uno o ambos cónyuges; a sensu contrario, tendrán la consideración de bienes privativos los derechos de arrendamientos derivados de contratos celebrados por uno de los cónyuges con anterioridad al consorcio conyugal.

De la consideración como bienes comunes de los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio, se derivan una serie de consecuencias o efectos:

- Si el arrendamiento se incluyese entre los supuestos del artículo 218.1 CDF, por satisfacer atenciones legítimas de la familia, responden del pago de las rentas los bienes comunes (artículo 219.2) y los privativos de quien lo contrató (artículo 220.1) y los privativos del otro si lo es para atender las necesidades familiares, supuesto de arrendamiento de la vivienda familiar (artículo 218.1.a y 220.2), teniendo el cónyuge pagador derecho de reintegro si se hubieran satisfecho en todo o en parte con fondos privativos (artículo 226).
- La indemnización que procede caso que el arrendador denegase la prórroga obligatoria del contrato, sin llegar a ocupar la vivienda, ex artículo 9.3 LAU, o la prevista en el artículo 34 LAU para el arrendamiento de uso distinto de vivienda, tendrán carácter consorcial.
- La cesión del contrato o el subarriendo requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, a salvo lo dispuesto en los artículos 231 y 232 CDF, y tendrá carácter común el precio obtenido por dicha cesión.
- La finca arrendada y adquirida por ejercicio del derecho de retracto tendrá carácter consorcial (artículo 211. f, a contrario)²⁵.

24. A diferencia, p. ej., de lo que ocurre con las acciones o participaciones en sociedades, que con igual fundamento fueron introducidas por la Ley 2/2003, y respecto de las cuales el artículo 210.2.k CDF, distingue entre el carácter común de las mismas, por un lado, y las relaciones con el ente social, por otro.

25. La renuncia al derecho de adquisición preferente, que con carácter general admite ahora el artículo 25.8 LAU podrá pactarla por sí sólo el cónyuge que celebre el contrato de arrendamiento, al entender que en sí no implica una renuncia a un derecho ya adquirido, sino la adquisición de un derecho, el arrendamiento, privado desde su origen de una de sus facultades; sin embargo el pacto posterior que implique la introducción de la renuncia al mismo requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Cuestión distinta de la renuncia es el mero no ejercicio cuando se notifique al cónyuge que haya celebrado el contrato pues en sí no implica la pérdida de ninguna facultad ni empeora la situación preexistente.

- La renuncia al derecho de arrendamiento requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, como se deduce de la regulación del artículo 12 LAU.

La cuestión que más polémica ha generado en cuanto a los efectos derivados del carácter común de los derechos del arrendatario es la de cuáles sean estos efectos frente al arrendador, cuando uno solo de los cónyuges ha celebrado el contrato como arrendatario, vigente la sociedad conyugal. Como ha quedado expuesto, el Tribunal Supremo parte de la consideración de que se trata de derechos personales que sólo producen efectos entre quienes lo celebran y sus herederos, por lo que el cónyuge del arrendatario tendría la consideración de tercero.

Esta doctrina del Tribunal Supremo implica que si el contrato ha sido suscrito por uno sólo de los cónyuges, y posteriormente, p. ej., abandona la vivienda familiar alquilada el cónyuge no arrendatario, se atribuye el uso de la vivienda alquilada al cónyuge arrendatario en proceso matrimonial, o fallece el cónyuge no arrendatario, dichas circunstancias son irrelevantes para la relación arrendaticia, que continúa; mientras que, por el contrario, si quien abandona la vivienda es el cónyuge que contrató el arrendamiento, se atribuye su uso al cónyuge no arrendatario o fallece el cónyuge arrendatario, y en todos estos supuestos el otro cónyuge pretende continuar en el uso y disfrute de la vivienda alquilada, se produciría una cesión que, de no ser consentida por el arrendador, facultaría a éste para resolver el contrato (artículo 27 LAU).

Sin embargo, la legislación especial de arrendamientos urbanos no ha llevado estas consecuencias a sus últimos extremos sino que, en aras al principio de protección de la vivienda familiar, ha concedido al cónyuge, y con independencia de cuál sea su régimen matrimonial, el derecho de continuar o subrogarse en la relación arrendaticia, imponiéndole no obstante, la obligación de notificar al arrendador en determinados plazos. Así:

—“Artículo 12.3 LAU.

Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.”

—“Artículo 15.2 LAU.

En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato.

La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.”

—“Artículo 16 LAU.

1. En caso de muerte del arrendatario, podrá subrogarse en el contrato:

a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.....

3. El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.”

Como resulta de la lectura de estos artículos, la LAU distingue entre el “arrendatario”, es decir el cónyuge que celebró el contrato de arrendamiento, y el “cónyuge no arrendatario” o “cónyuge del arrendatario”, concediendo a éste unos derechos privilegiados que se separan de los efectos generales de la cesión in consentida, derechos que se conceden a dicho cónyuge independientemente de cuál sea el régimen económico matrimonial y de cuándo se haya celebrado el arrendamiento, si vigente la sociedad conyugal o con anterioridad a ésta, puesto que no distingue ningún supuesto.

Cabría preguntarse entonces qué trascendencia tiene el régimen económico matrimonial del arrendatario, es decir, en qué afecta al arrendador que el derecho del arrendatario tenga carácter común o no. Pues bien, si p.ej., fallece el cónyuge que celebró el contrato de arrendamiento y su viudo omite efectuar la notificación en el plazo de tres meses, el Tribunal Supremo ha entendido que el derecho de subrogación forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, con independencia del régimen matrimonial del arrendamiento, por lo que han de cumplirse los requisitos del artículo 16 LAU en plazo; en consecuencia, a falta de notificación en plazo no hay subrogación y el contrato queda extinguido.

Frente a este criterio, que originará frecuentes situaciones injustas, dado que los plazos indicados son manifiestamente breves, y con base en el artículo 210.2.i) CDF, un cualificado sector de la doctrina aragonesa —JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA²⁶, CARMEN BAYOD²⁷ o MAURICIO MURILLO²⁸— considera de no aplicación dichos artículos de la LAU al Derecho aragonés.

26. Para quien “la naturaleza consorcial de los derechos del cónyuge arrendatario, tanto entre los cónyuges como frente al arrendador, debería hacer que no fueran de aplicación las previsiones de los artículos 12.3 y 16.3 de la LAU”. “Manual de Derecho civil aragonés”.

27. Quien en “Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés” afirma que “no es esta la solución legal aragonesa”.

28. “Entiendo que la norma arrendaticia no está pensando en un caso como el presente, en el que otra norma otorga expresamente un carácter al derecho del arrendatario del que carece otro tipo de matrimonio, por lo que dicha norma no debiera ser de aplicación al caso del Consorcio aragonés”. “Manual de Derecho matrimonial aragonés”.

Como ha quedado expuesto, la LAU contrapone al arrendatario frente al “cónyuge no arrendatario” o al “cónyuge arrendatario”. Y en Derecho aragonés el régimen consorcial es un régimen de los denominados en mano común o de comunidad germánica, como dejó establecido LACRUZ BERDEJO²⁹, en el que los bienes que componen el consorcio constituyen una masa autónoma de la que son titulares conjuntamente ambos cónyuges, sin partes concretas en ninguno de los singulares elementos que la integran. En este sentido, el artículo 210 CDF es terminante al declarar que, como bienes comunes, “*ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados...*”³⁰. En consecuencia, en el contrato de arrendamiento celebrado por uno solo de los cónyuges aragonés, al tener los derechos del arrendatario la consideración de bien común, el cónyuge del arrendatario es arrendatario por derecho propio y no por derecho de subrogación, al existir implícito una situación de coarrendamiento solidario entre ambos cónyuges; en caso de fallecimiento del cónyuge que suscribió el contrato no hay subrogación alguna en el otro, sino concentración en uno de los cotitulares de la cualidad que antes pertenecía en régimen de comunidad germánica a ambos³¹. Por tanto, más que no ser de aplicación los artículos 12, 15 y 16 LAU en Aragón, quedarían fuera de su supuesto de hecho³²; cualquiera que sea el cónyuge que abandone la vivienda familiar alquilada, se le atribuya el uso de la misma en proceso matrimonial, o fallezca, dichas circunstancias serán irrelevantes para la relación arrendaticia; el cónyuge del que celebró el contrato no será sin más tal cónyuge, sino arrendatario. En definitiva, en Derecho aragonés es indiferente que el contrato de arrendamiento lo celebren ambos cónyuges o uno sólo de ellos, los efectos son los mismos: ambos cónyuges son arrendatarios.

Dicha postura es merecedora de toda clase de elogios, por salvar un obstáculo, el de la necesidad de notificar en tan cortos plazos, notoriamente injusto y contrario a los principios de protección de la familia y derecho a la vivienda. Hasta el punto que estas consecuencias deberían aplicarse con carácter general y no sólo en función del régimen matrimonial, por lo que no hay que olvidar que el problema se encuentra en la redacción de dichos artículos y la solución

29. “Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, vol. II.

30. En el coloquio posterior a la jornada del Foro de Derecho aragonés se planteó que el contrato de arrendamiento celebrado con cónyuges aragoneses tiene la naturaleza de acto de disposición. No parece del todo seguro que la existencia de un determinado régimen económico matrimonial del arrendatario pueda influir en cuestiones de capacidad del arrendador, que es ajeno al mismo.

31. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (Sentencia de 31 de mayo de 1.985, por todas) que en caso de arrendatarios solidarios se produce la automática subrogación de los supérstites en lugar del fallecido.

32. Como crítica a esta postura, se le ha achacado, precisamente, que implicaría dejar vacíos de contenido en Aragón los artículos citados de la LAU; frente a ello se ha rebatido que seguirá siendo necesario el cumplimiento de los requisitos de dichos artículos en los casos de arrendamientos celebrados por un cónyuge antes de la celebración del matrimonio y en aquellos otros en que el régimen pueda no ser el consorcial.

pasaría por la reforma de los mismos³³, cuestión esta que excede del ámbito de nuestra competencia.

Podría plantearse si la consorcialidad hace desaparecer totalmente la titularidad o, como se ha defendido, operan en distintos planos, de forma que de un derecho puede ser titular uno u otro cónyuge o los dos, según quién lo adquiriera, pero que si a esa titularidad le añadimos la calificación de consorcial, se producen además unos efectos derivados de la ley como la gestión o disposición conjunta o la inclusión, en su caso, en la liquidación de la sociedad conyugal. En el ámbito del Derecho común ROBERTO BLANQUER³⁴ ha sostenido que la calificación de ganancialidad incide sobre la titularidad, determinándola, aunque no la haga desaparecer; el cónyuge no titular puede ejecutar los derechos, acciones, nacidos de la calificación de ganancialidad, pero con ello el cónyuge no se convierte en cotitular ni participa de forma alguna en esa titularidad³⁵.

Esta cuestión ha sido tratada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia de 14 de mayo de 2.010³⁶. El TSJ parece inclinarse por la tesis que distingue entre consorcialidad y titularidad al afirmar que el carácter consorcial de los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio, aunque solo haya contratado uno de los cónyuges, produce sus efectos dentro del matrimonio, con los efectos correspondientes respecto de la gestión y en cuanto a las situaciones entre patrimonios, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa y la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles³⁷.

33. Pej., estableciendo la necesidad de que sea el arrendador el que requiera al cónyuge del arrendatario, de forma similar a como establece el artículo 12.2 LAU.

34. "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones".

35. Pensemos en el usufructo de carácter común, cuando dicho usufructo ha sido adquirido a título oneroso vigente la sociedad conyugal. Si dicho usufructo es adquirido por ambos cónyuges de forma conjunta, fallecido uno de ellos subsiste o se concentra en el otro (artículo 521 Cc.); pero si es adquirido a título oneroso por uno sólo de los cónyuges, fallecido el cónyuge titular, no obstante su carácter común, el usufructo se extingue.

Otro ejemplo lo constituyen las participaciones de una Sociedad Limitada. Adquiridas por un cónyuge con carácter consorcial, están exclusivamente a su nombre, sólo él es el socio; para que ambos sean socios, las deben adquirir conjuntamente los dos cónyuges.

36. Se refiere a un supuesto de subrogación mortis causa de un contrato de arrendamiento celebrado en 1972 por la esposa, que fallece en 2.007, sin que conste que el viudo haya practicado la notificación del artículo 16 LAU. El contrato, por tanto, es anterior a la Ley aragonesa 2/2.003, entendiéndose el TSJ que la aplicación de la Disposición Transitoria de dicha Ley ("*Las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio*") no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la ley a terceros que contrataron con uno de los cónyuges también con anterioridad.

37. No obstante, esta Sentencia contó con el Voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. D. IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA, y ha merecido las críticas por parte de la doctrina (es llamativo que en los índices de jurisprudencia de la "Revista de Derecho civil aragonés", la reseña de la Sentencia concluya con un "sic", mientras que al reseñar el voto particular se refiera a su "excelente argumentación"). Véase

Otra cuestión, pero relacionada con lo anterior, es que si consideramos que los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio por uno solo de los cónyuges ingresan en el patrimonio común y tienen la condición de bienes comunes a todos los efectos, es determinar si ello tiene implicaciones a la hora de la liquidación de la sociedad conyugal y sus adjudicaciones, cuando fallece el cónyuge que celebró el contrato. Este tema ha sido tratado por la doctrina en relación a los usufructos conjuntos de carácter ganancial, pudiendo ser de aplicación en materia de arrendamientos si atribuimos a los cónyuges aragoneses la condición de coarrendatarios. Básicamente existen dos posiciones:

- Entender que fallecido el cónyuge que celebró el contrato se produce la concentración o acrecimiento en el cónyuge supérstite, quedando excluido de la liquidación de la sociedad conyugal, pero debiéndose computar su valor en el inventario consorcial³⁸.
- Entender que el acrecimiento o concentración del arrendamiento a favor del supérstite no supone ninguna transmisión sino una cuestión de titularidad; el arrendamiento pasará a tener un titular único, pero de carácter consorcial en una sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, no pudiéndose excluir de dicha liquidación³⁹. Ello implicará que el cónyuge, para adjudicarse el arrendamiento, necesitará del consentimiento de los herederos del fallecido o que incluso podría adjudicarse a éstos.

Ahora bien, para que un bien consorcial pueda incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal no basta con que sea consorcial, es necesario además que sea transmisible. Y aunque en nuestro Derecho por regla general los bienes y derechos lo sean, encontramos supuestos de intransmisibilidad establecida, bien por la Ley, bien por pacto⁴⁰. Y el derecho de arrendamiento es en gran medida un derecho intransmisible; así se deduce con carácter general del artículo 8 LAU que establece que no puede ser cedido, de no mediar consentimiento escrito del arrendador, y del artículo 16.1 “in fine” que declara que al fallecimiento del arrendatario, de no existir las personas a las que la propia Ley permite subro-

el comentario crítico a la misma de GABRIEL GARCÍA CANTERO en la propia “Revista de Derecho civil aragonés”, nº XVI, 2010.

38. Esta es la conclusión que propone FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ para los usufructos conjuntos de carácter ganancial, con base en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Revista de asuntos registrales “Lunes cuatro treinta”, año XIV, nº 308.

Se ha discutido si los derechos de arrendamiento tienen un valor pecuniario. La respuesta afirmativa se fundamenta en las posibilidades de indemnización que establece la LAU, que la renuncia a los derechos de prórroga o de adquisición preferente se pueden hacer mediante contraprestación, o en las indemnizaciones que por incumplimiento han de satisfacer los arrendadores.

39. Así lo defiende para el derecho de usufructo RAFAEL RIVAS ANDRÉS. Revista de asuntos registrales “Lunes cuatro treinta”, año XVII, nº 369.

40. Ejemplo de un derecho intransmisible “ex lege” sería el de un derecho de uso o de habitación adquirido conjuntamente por ambos cónyuges (artículo 525 Cc.). Fallecido uno de los cónyuges dichos derechos sólo puede adjudicárselos el otro cónyuge titular.

garse, el arrendamiento quedará extinguido⁴¹. Pero en todo caso, habrá que computar su valor en el inventario consorcial⁴².

Por último, todas estas cuestiones están directamente ligadas a la duración de los arrendamientos; cuanto mayor sea la duración de éstos, mayor será su valor. El régimen establecido por la LAU de 1964, con sus prórrogas forzosas y su cadena de subrogaciones, primaba la permanencia de los arrendamientos, pero la LAU de 1994 y la reforma de 2013, habiendo acortado drásticamente la duración del arrendamiento y la posibilidad de subrogación, parte de la premisa contraria, la renovabilidad de los arrendamientos, lo que ha tenido como consecuencia una notable disminución de la litigiosidad de los mismos. La reforma de la LAU de 2013 ha querido potenciar el acceso de los arrendamientos al Registro de la Propiedad, lo que implicará, p.ej., un mayor rigor en las cuestiones de capacidad, pero el acceso al Registro está a su vez relacionado con la duración del arrendamiento, pues en contratos de corta duración el arrendatario no se verá motivado a la inscripción. En una situación económica de actividad, los arrendadores preferirán arrendamientos de corta duración buscando la renovabilidad de los mismos; frente a ello, en una situación de atonía o de crisis económica, serán los propios arrendadores los interesados en concertar contratos de mayor duración que la legalmente prevista si encuentran en el arrendamiento una oportunidad de obtener rentabilidad a sus bienes.

41. El Tribunal Supremo ha declarado la intransmisibilidad mortis causa de los derechos de arrendamientos por no formar parte del difunto arrendatario (STS 16 de febrero de 1998).

42. Si se admiten estas conclusiones, el cónyuge viudo, al necesitar de los herederos del difunto o tener que compensar su valor, se encontraría en una situación más incómoda que la derivada del mero cumplimiento de los requisitos del artículo 16 LAU.

EL ARRENDAMIENTO URBANO A ARRENDATARIO CASADO EN CONSORCIALES: PERSPECTIVA REGISTRAL

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO
Registrador de la Propiedad de Zaragoza
Director del Centro de Estudios Registrales de Aragón
Coordinador de la Academia Hipotecaria de Zaragoza

SUMARIO: I. - INTRODUCCIÓN. II. - EL SUPUESTO DEL ARRENDATARIO CASADO. III. - LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARRENDAMIENTO EN EL DERECHO ARAGONÉS. IV. -LA Oponibilidad a TERCERO DEL ARRENDAMIENTO CONSORCIAL ARAGONÉS. V. - IMPLICACIONES EN LA SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO. VI. - IMPLICACIONES EN LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE QUE CORRESPONDEN AL ARRENDATARIO.

I. INTRODUCCIÓN

La edición 2013 del Foro de Derecho aragonés, dedica una de sus sesiones a analizar los arrendamientos urbanos en el Derecho de Aragón. Siendo muchos los aspectos del Derecho Aragonés que pueden entrar en conexión con los arrendamientos urbanos y su problemática (capacidad para arrendar por menores aragoneses, arrendamiento de bienes comunes del consorcio, arrendamiento de usufructuarios...), centraremos la exposición en el tratamiento que se da al arrendamiento en el consorcio conyugal, y las conexiones que presenta con el Derecho Hipotecario.

Para situarnos en el problema, hemos de partir de que el arrendamiento es a día hoy una figura de naturaleza jurídica discutida. Nadie duda de que se trata de un contrato generador de obligación (Art. 1088, 1089, 1091 del Código Civil

—CC—) y por tanto de una relación jurídica. En dicha relación bilateral y sinagmática, no parece ofrecer demasiadas dudas el derecho de una de las partes, el arrendador, a exigir el pago del precio a cambio de la cesión del uso o goce de la cosa arrendada: se trata de un derecho subjetivo de naturaleza personal, protegido por una *actio in personam*, y por tanto un derecho relativo ejercitable únicamente frente al arrendatario obligado al pago. Sin embargo, el derecho del arrendatario si ofrece mayores dudas en cuánto a su naturaleza jurídica, tanto por el contenido del derecho como por los sujetos pasivos contra los cuales puede dirigir sus acciones. En condiciones ordinarias en las que el arrendador siga siendo el mismo que firmó el contrato, parecería que se trata de un derecho meramente personal a exigir el goce de la cosa o bien una indemnización si tal goce no fuese posible (Artt. 1101, 1106, 1124 CC). Así era en Roma según la conocida como *lex Emptorem*¹ (cfr. Digesto 19, 2, 25²). Sin embargo, la situación es distinta en la legislación del último siglo y medio. Por una parte, se ha institucionalizado un Registro de derechos reales sobre inmuebles en el que el arrendamiento (real o personal) es inscribible en el folio abierto a la finca objeto del mismo (Art. 2.5º LH). Por otra, el Código Civil contiene en sus Artt. 1549 y 1571 una previsión sobre el efecto contra tercero que haya de tener el arrendamiento: se remite a la Ley Hipotecaria, lo cual permitiría entender que si se trata de un derecho inscrito, la relación del mismo con otros derechos subjetivos que entren en conflicto con él se resolverá por las reglas de la misma ley, es decir, por los principios hipotecarios, lo cual equivale a darle un tratamiento de derecho real. Hasta tal punto es ello así que el Tribunal Supremo ha llegado a señalar que arrendar puede ser acto de disposición cuándo por la inscribibilidad del arrendamiento constituido se termine constituyendo un derecho real (STS 28 de Marzo de 1990). A decir de LUNA SERRANO “el efecto principal de la inscripción del arrendamiento es, propiamente, el de derogar la regla “venta quita renta” del art. 1571, imponiendo la contraria”, añadiendo que “el efecto derogatorio depende de la inscripción³ y no de la buena fe del tercero”⁴.

1. Explica RODRÍGUEZ ENNES que “la relación personal que se deriva del contrato de arrendamiento determinaba que si alguien, por acto inter vivos o mortis causa, adquiría la propiedad o el usufructo de la cosa arrendada, podía desposeer de ella al arrendatario, ya que la relación jurídica de su causante con aquel no le obligaba” (DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. *Instituciones de Derecho privado romano*. Madrid, 1997, pág. 345).

2. Lo que dice exactamente el Digesto es “*Qui fundum fruedum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cu meo ex conducto*”, lo cual traduce ARIAS RAMOS como “El que dio en arrendamiento a alguien un fundo para que lo disfrutase o una habitación, si por cualquier causa vendiese el fundo o la casa, debe procurar que también con el comprador le sea permitido al colono disfrutar y al inquilino habitar, con arreglo al mismo pacto; de otra suerte, aquel a quien se le prohíba, puede demandar al vendedor por *actio ex conducto*” (*Derecho romano*, EDERSA, Madrid 1972, pág. 928).

3. O lo que es lo mismo, que en un caso de colisión de derechos incompatibles, deberá aplicarse el Artículo 32 LH y no el 34 LH como pretende el art. 14 LAU.

4. En LACRUZ BERDEJO et al. *Elementos de Derecho Civil*. II-2º. Apdo. 88- Epígrafe 438.

Por si dicha situación ciertamente compleja no lo fuera bastante, las leyes especiales promulgadas en el siglo XX sobre arrendamiento de inmuebles rústicos y urbanos, han añadido mayor confusión al reconocer el derecho de oponer el arrendatario su derecho a titulares de la finca arrendada adquirentes de su arrendador sin necesidad de inscripción, *ope legis*, sobre lo cual se discute acerca de si implica que el arrendamiento es tratado por las leyes como un derecho real⁵, o bien se trata de una mera eficacia frente a tercero adquirente, que no *erga omnes*⁶. DÍEZ-PICAZO, afirma que la doctrina tradicional del carácter obligacional no responde a la realidad en la que no es el arrendador quien tiene la obligación de hacer gozar al arrendatario de la cosa, sino que el arrendatario “es un poseedor de la cosa arrendada y tiene sobre ella un poder directo e inmediato”. En efecto, la derogación de la regla *emptio tollit locatum*⁷ sería tanto como decir que el arrendamiento inscrito pasa de estar protegido por una *actio in personam* a estarlo por una acción que más que permitirle exigir una conducta de alguien (el arrendador, obligado a facilitar al arrendatario la posesión de la cosa), le permite ejercitar una *facultas* sobre una *res*. Si además tenemos presente que dicha *actio* es ejercitable no sólo frente a su arrendador, sino también frente a titulares posteriores de la finca diferentes a su arrendador, estamos muy próximos a una *actio in rem*. En la terminología elaborada por CALABRESSI y MELAMED en el análisis económico del Derecho, diríamos que el arriendo está en la práctica protegido por una regla de propiedad y no por una regla de responsabilidad⁸, de ahí que al analizar las instituciones del intercambio impersonal señale ARRUÑADA⁹ que es

5. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo III. 5ª Edición. Civitas. Cizur menor 2008. Pág. 118.

6. Es sintomático que la propia LAU, a la que vez que reconoce la prórroga forzosa dando efecto real al derecho del arrendatario *ope legis*, somete el derecho del arrendatario a reglas generales de los derechos reales como *resoluto iure dans resolvitur ius concessum* (cfr. Art. 13.1). La Resolución de 3 de Julio de 2013 de al Dirección General de los Registros y el Notariado (BOE 5 de Agosto de 2013), al permitir, en aplicación del Art. 13.1 LAU, la cancelación del derecho de arrendamiento purgado posterior a una hipoteca, somete el derecho del arrendatario a las reglas de prioridad ordinarias. Y merece la pena destacar que esto es fruto de una evolución: la LAU de 24 de diciembre de 1.964 consagraba en su artículo 57 un régimen de prórroga forzosa, aplicable tanto al caso de arrendador- propietario, como al de arrendador titular de usufructo (si bien en este caso el arrendamiento podía resolverse, una vez producida la extinción del usufructo, si el titular dominical probaba que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueron notoriamente gravosas para el propietario, Art. 114.12).

7. Más que alterar la venta el arrendamiento, lo que se producía era la no subrogación del comprador si no quería en la posición del arrendador, pero el contrato seguía vivo y muy vivo como fuente de obligaciones, dando lugar al correspondiente derecho de indemnización (IGLESIAS SANTOS, J. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*. Ariel. Barcelona 1958, pág. 399).

8. Sobre su aplicabilidad al derecho español y a los derechos inscritos en el Registro, vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. *Fundamentación económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Civitas. Thomson- Reuters. Cizur Menor 2011.

9. ARRUÑADA, B. “Las instituciones del intercambio impersonal”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 736. Págs. 649 a 688. También el libro *Instituciones del intercambio impersonal. Tería y método de los registros públicos*. Civitas. Cizur menor 2013.

preciso recabar el consentimiento del arrendatario como relevante para la plena adquisición del un verdadero *ius in re*.

La ley 4/2013¹⁰ que ha reformado recientemente la Ley de Arrendamientos Urbanos, ha intentado respecto de los mismos aclarar algo la situación estableciendo que los arrendamientos no inscritos no perjudican a tercero (Art. 7.2) y que el tercero hipotecario puede tener por libre de arrendamientos la cosa si la adquiere como libre con los requisitos del Art. 34 de la Ley Hipotecaria.

Todo ello hace que la situación de los arrendamientos, a día de hoy, sea la siguiente: algunos (los sometidos al Código Civil y a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos) no perjudican a terceros si no están inscritos en el Registro; otros (los celebrados bajo la vigencia de las anteriores leyes de arrendamientos y los rústicos) perjudican *ope legis*.

La situación que han creado las leyes arrendaticias del siglo XX es ciertamente grave considerada desde la óptica de la seguridad de los derechos. En efecto, planteándose un potencial contratante la adquisición de una finca arrendada, le interesará saber si la misma está efectivamente arrendada o no. Ello haría interesante la inscripción del contrato de arrendamiento. Sin embargo, los arrendamientos no sólo no se suelen inscribir, sino que en muchos supuestos perjudican a tercero con independencia de que lo estén o no. Ello determina que el potencial contratante de un derecho (tal vez, una hipoteca en garantía de cualquier tipo de obligación) sobre una finca arrendada, habrá de plantearse el problema de la existencia del arrendamiento y del potencial perjuicio que para el mismo representa¹¹. Pese a ese interés, el tercero no podrá normalmente obtener información alguna al respecto del arrendamiento en el Registro (pues apenas se inscriben arrendamientos). A dicho problema (el de la incertidumbre sobre la existencia) hemos de añadir otra incertidumbre: la de su régimen jurídico, del cual dependerá si perjudica o no a tercero. Dicho régimen es variable en función de la naturaleza de la finca y de la fecha del contrato¹². Lo primero es

10. A decir de PÉREZ HERESA, "con esta normativa por un lado se vuelve a la tradicional concepción del arrendamiento como un derecho personal y por otro se realiza la pretensión registral de que sólo a través de la inscripción puede un derecho ser oponible a terceros" ("¿Tiene sentido inscribir los arrendamientos en el Registro de la Propiedad?". En *HayDerecho.com*. <http://hayderecho.com/2013/11/10/tiene-sentido-obligar-a-inscribir-los-arrendamientos-en-el-registro-de-la-propiedad/>). No coincido con ésta tesis, pues si bien es cierto que somete el arrendamiento a las reglas propias de los derechos personales cuándo recae sobre finca no inscrita, no lo es menos que recayendo sobre finca inscrita y siendo un derecho inscrito e inscribible, se le da tratamiento de derecho real, lo cual coincide en realidad con lo prevenido en el Código Civil.

11. Lo cual se traduce en la práctica en toda una serie de pactos que obligan al propietario de la finca hipotecada a no arrendar, arrendar con determinadas condiciones etc., con el fin de evitar los perjuicios que el arrendamiento ocasiona al acreedor hipotecario.

12. Un buen tratamiento sintético del problema nos lo ofrecen la manualística para opositores a Registros, necesariamente más centrada en el problema de la oponibilidad. Vid. GÓMEZ GALLIGO, F.J. Derecho Civil. Registros. Derecho de Obligaciones. Temas 73 y 74. Editorial Carperi, Madrid 2013. RADA PELEGRÍ, E. "Tema 73 Civil Registros" y "Tema 74 Civil Registros" En AAVV (RODRÍGUEZ TEJADA,

relativamente sencillo de saber. Lo segundo, no tanto, por cuánto sólo se aclara en el contrato correspondiente, que al ser *inter partes* y carente de publicidad no puede conocerse¹³. En todo caso, hay que contemplar que aunque es cierto que el efecto contra tercero del arrendamiento es sólo respecto del adquirente, en la fase en que éste es potencial no es uno, son todos los potenciales: a cualquier contratante¹⁴ le interesará la determinación del efecto del arrendamiento. Ello convierte el efecto del arriendo en *erga omnes* (aún cuando propiamente no exista un derecho real protegido propiamente por una *actio in rem*). Sobre todo: frente a la carga del arrendamiento, el potencial adquirente no tendrá más que un derecho a indemnización respecto de su transmitente por no poder gozar de la posesión de la finca adquirida, pero al no poder resolver el arrendamiento ni expulsar al inquilino, estará adquiriendo en caso de finca arrendada un derecho *in personam* (a la indemnización) respecto de los cuales dice la doctrina económica que “proporcionan escasa seguridad y su valor depende de quiénes sean las personas obligadas y de cómo se comporten”¹⁵. Visto el problema por esa misma doctrina, afirma que “el comprador de una casa no contrata sólo con el vendedor de la misma; si ambas partes quieren transmitirla libre del arrendamiento configurado como derecho *in rem*, antes deben recabar el consentimiento del arrendatario”¹⁶. Y ello por cuánto “para adquirir los derechos *in rem* hay que recabar los consentimientos relevantes”¹⁷. Si nuestro sistema registral inmobiliario pretende realmente reducir asimetrías informativas¹⁸ y promover la movilización del crédito territorial¹⁹, debe reconocer que tiene una fisura en los arrendamien-

G. Coord), *Temario completo de civil para las oposiciones de Registros*, publicado en <http://notariosyregis-tradores.com/opositores/1-temas-registros.htm>.

13. A juicio de ARRUÑADA, “para ampliar el abanico de transacciones y agotar los beneficios que proporciona la ventaja comparativa, las partes ha de poder comerciar sin necesidad de conocer sus características personales. Ello requiere que el cumplimiento contractual sea independiente de tales características, un logro que sólo puede alcanzarse si se atribuye a los adquirentes un derecho directo sobre los activos adquiridos, en lugar de atribuirles un derecho que sólo puedan hacer valer frente a los vendedores”. *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*. Civitas. Cizur menor 2013. Pág. 44.

14. Y cuándo decimos cualquier contratante, hemos de pensar también en la posición de Aragón y España en el mundo: habrá desde rusos interesados en el turismo en la costa mediterránea, hasta fondos de inversión estadounidenses interesados en adquirir “paquetes” enteros de viviendas (tal vez arrendadas) pertenecientes a inmobiliarias o entidades de crédito concursadas o intervenidas.

15. ARRUÑADA, B. “Las instituciones del intercambio impersonal”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N°736. Págs. 649 a 688.

16. ARRUÑADA, B. “Las instituciones...”. *Ob. Cit.* Pág. 661.

17. ARRUÑADA, B. “Las instituciones...”. *Ob. Cit.* Pág. 661.

18. Al respecto vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. “La función económica de los sistemas registrales” En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVIII ; número 671; mayo-junio 2002. Págs. 875 a 900.

19. Recuérdense el fragmento de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a cuyo tenor la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861: “Nuestras Leyes Hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la propiedad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la pro-

tos, pues perjudican a tercero sin inscripción y generan en consecuencia una serie de asimetrías informativas.

II. EL SUPUESTO DEL ARRENDATARIO CASADO

A dicho problema, hemos de añadir el relativo a la hipótesis de que el arrendatario esté casado. En estos casos, ¿tendría algún derecho el otro cónyuge a seguir siendo titular de dicho arrendamiento en caso de disolución del matrimonio? El problema es solucionado por la Ley de Arrendamientos Urbanos a través del reconocimiento al cónyuge del arrendatario de un derecho de subrogación en el caso de los arrendamientos urbanos (cfr. Artt. 12 y 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —LAU—). Ahora bien, dicho derecho sólo se reconoce en dicha ley. ¿Qué pasaría en el caso de un arrendamiento de un solar o de una plaza de garaje, sometidos al Código Civil? En dichos casos, según la legislación común no existe derecho de subrogación²⁰. Sin embargo, el Derecho civil de Aragón determina que son comunes “los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio” (Art. 210. 2. i) del Código de Derecho Foral de Aragón-CDFA-). Por todos los contratos, se sometan al Código o a las leyes especiales.

Ésta determinación de la Ley implica algunos matices en los que el Derecho aragonés altera la situación de los arrendamientos respecto de lo previsto en el Derecho común, que vale la pena poner de relieve.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARRENDAMIENTO EN EL DERECHO ARAGONÉS

Partiendo del problema indicado de las dudas sobre la naturaleza jurídica, una primera cuestión a plantearse sería si los arrendamientos urbanos en Derecho aragonés tienen diferente naturaleza jurídica que en Derecho castellano. No podemos olvidar que con carácter general, de sus derechos subjetivos personales²¹ los cónyuges, o son titulares en exclusiva, o bien son acreedores o deudores mancomunados o solidarios: propiamente no se puede hablar de titularidad común de derechos personales. Como indica GARCÍA CANTERO “las posiciones

piedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación la reforma es urgente e indispensable para la creación de Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados”.

20. Tampoco existe en el caso de desistimiento del arrendatario en los arrendamientos rústicos (Art. 24. d) Ley de Arrendamientos Rústicos —LAR—).

21. Respecto de los reales, no hay duda de la titularidad, pues como indica DELGADO ECHEVERRÍA recordando la teoría de LACRUZ según la cual el consorcio conyugal es una comunidad de las llamadas germánicas, “titulares de los bienes consorciales —propietarios, acreedores, etc.— puesto que no surge una nueva persona jurídica, son ambos cónyuges en mano común” (*Manual de Derecho Civil Aragonés*. 3ª Edición. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2007. Pág. 286.)

contractuales de los cónyuges no forman parte de la sociedad”²², señalando el Tribunal Supremo que “el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales” (STS 3 de abril de 2009). Sin embargo, en Derecho aragonés, los derechos de arrendamiento se cuentan entre los bienes comunes, en tanto como señala SERRANO “éstos derechos son bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común”²³. La intención del legislador, obviamente, sería dar solución al problema del arrendatario casado. Pero lo cierto es que la solución se dio partiendo de la situación de los arrendamientos urbanos descrita (de duda sobre su naturaleza jurídica) para ofrecer mejores soluciones. Y la solución dada trata al arrendamiento de derecho real, al incluirlo entre los bienes y no entre las posiciones contractuales de los consortes.

III. LA Oponibilidad a Tercero del Arrendamiento Consorcial Aragonés

Por otra parte, debemos considerar que, dada la inscribibilidad de los arrendamientos y que la oponibilidad de los mismos a tercero depende de la inscripción en ciertos casos (Art. 1549 CC, 7. 2 LAU), debemos analizar qué pasa con los arrendamientos comunes en el consorcio cuándo la finca está inscrita y cuándo no lo está.

1º Arrendamientos inscritos

En éstos casos, de la lectura conjunta de los Artt. 32 y 34 LH, 210.2.i) CDFR, así como 1549 y 1571 CC (en caso de arrendamientos sometidos a dicho Código), y de los Artt. 7.2 y 14 LAU (en caso de los sometidos a la misma) se desprende que el tercero titular de un derecho inscrito que pueda entrar en colisión con el contrato de arrendamiento, no se verá perjudicado por el mismo (7.2 LAU, 1549 CC, 32 LH) si no está inscrito el derecho. En el caso de que esté inscrito, sí se verá perjudicado.

Ahora bien, pensemos en el siguiente problema: un tercero potencial adquirente de una finca o derecho real sobre ella (por ejemplo, acreedor hipotecario), consulta la situación registral de la misma. En la inscripción, consta que está inscrito un derecho de arrendamiento a nombre de cierta persona. Si dicho titular extinguiese su consorcio conyugal, el cónyuge podría pasar a ser el nuevo titular del arrendamiento. Es más, en tanto se dice que el derecho de arrendamiento es común y no que haya un derecho de subrogación para el cónyuge, en caso de

22. GARCÍA CANTERO, G. “Comentario de la Sentencia de 14 de Mayo de 2010 del TSJ de Aragón: arrendamiento y consorcio foral”. En *Revista de Derecho Civil Aragonés*. XVI. 2010. Págs 260-261.

23. SERRANO GARCÍA, J.A. en AA.VV (DELGADO ECHEVERRÍA, Dir, PARRA LUCÁN, Coord), *Manual de Derecho Civil Aragonés*. 3ª Edición. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2007. Pág. 351.

disolución del matrimonio por muerte del cónyuge (Art. 85 CC, 244. b) CDFA), el derecho de arrendamiento entraría en la liquidación del consorcio (Art. 266, a) CDFA), lo cual permitiría adjudicárselo a uno de los herederos del cónyuge fallecido. Como indica SERRANO “la naturaleza consorcial de los derechos del cónyuge arrendatario hace que sean de dudosa aplicación las previsiones del art. 12. 3 de la Ley de arrendamientos urbanos”²⁴. Esto implica que el dato del régimen económico matrimonial tiene especial importancia frente a tercero por cuánto determina la titularidad del derecho de arriendo que le perjudica.

En la inscripción que en su caso se haga del derecho de arrendamiento, será determinante que conste el régimen económico matrimonial, pues dicho régimen, determina la titularidad del derecho de arriendo que se inscribe celebrado el contrato de arrendamiento durante la vigencia del mismo (Art. 90 RH, 210.2 i) CDFA). Siendo esencial el dato, el Registrador debería exigir, al calificar el título por el que accede el arrendamiento al Registro²⁵, que conste en el mismo el régimen económico matrimonial del que va a ser titular del derecho de arrendamiento inscrito. De los Artt. 9. 4 de la Ley Hipotecaria y 51.9 de su Reglamento, se desprende que debe hacerse constar dicho dato²⁶, razón por la cual habrá que exigirlo en el título (Art. 21 LH).

Inscrito el arrendamiento y constando que se trata de un derecho sometido al régimen de consorcio conyugal de Aragón, hay que entender el derecho del otro cónyuge perjudica a tercero en los mismos términos que le perjudica el mismo contrato de arrendamiento.

Respecto de la tutela²⁷ que el Registrador debe dar en su calificación a los derechos de adquisición preferente según el Art. 25 LAU, hay que entender que basta la notificación a quien según el Registro aparezca como titular del derecho.

24. *Ob. Cit.* Pág. 351.

25. Cfr. Artt. 1, 3, 9, 18, 19, 19bis, 21 Ley Hipotecaria.

26. No obstante, téngase presente que el Artículo 4 del Real Decreto 297/1996, de 23 de Febrero por el que se regula la inscripción de los arrendamientos, no exige dicho dato entre los que deben desprenderse del contrato para inscribirlo sino que sólo habla de la “identidad de los contratantes”. Pero considerando los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos que establecen derechos de subrogación a favor de los cónyuges, es un dato trascendente que debe exigirse. Además hay que tener presente que el contrato de arrendamiento ha de respetar no sólo lo previsto en dicho RD 297/1996 sino la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

27. Hay que tener presente que dicha tutela no procede, aun tratándose de un derecho inscrito, cuándo se trate de un arrendamiento inscrito posteriormente a una hipoteca que se ejecuta, pues procederá la cancelación de la hipoteca como carga posterior (cfr. Artt. 133 y 134 LH, y 13.1 de la Ley de arrendamientos urbanos), y además el arrendatario habrá tenido intervención en el correspondiente procedimiento ejecutivo (Art. 689 LEC). Tal es el caso de la Resolución de 3 de Julio de 2013 de la Dirección General de los Registros y el Notariado (BOE 5 de Agosto de 2013).

Pues será el arrendatario quien en su caso ejercitaría el tanteo²⁸, sin perjuicio de que el bien pasase a ser común²⁹, inscribiéndose a nombre de ambos.

2º En el caso de arrendamiento no inscrito.

a) *Arrendamiento no inscrito de finca inscrita.*

En el caso de que arrendamiento no esté inscrito, la situación se complica considerablemente. Si se trata de un arrendamiento sometido al CC o a la LAU vigente, parece que el tercero no se debe ver perjudicado por el arriendo en tanto no está inscrito (Art. 32 LH, Art. 7, 10, y 14 LAU, Art. 1571 CC). Sin embargo el Art. 14 LAU complica innecesariamente la solución al remitirse al Art. 34 LH, diciendo que “*El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca*”. Sobre dicho precepto debemos comentar en primer lugar que la remisión es incomprensible, pues dicho Artículo 34 LH no soluciona la colisión de dos derechos reales, sino que protege al tercero en caso de que adquiera un bien y luego se resuelva el derecho de su transmitente. La remisión debería haber sido al Art. 32 LH, como defiende DE LA PUENTE³⁰ secundado por GARCÍA GARCÍA³¹.

El principal problema que nos genera la remisión es la exigencia al adquirente de la buena fe, y qué deba entenderse por buena. La buena fe, como indica GARCÍA GARCÍA, no ha de consistir sólo en la ignorancia del arriendo, sino de las peculiares condiciones del mismo, tales como su duración o fecha de celebración, la cual es determinante de su régimen teniendo en cuenta las variaciones legislativas. De lo que aquí se trata es de conocer el “contenido total de un contrato...en el que se va a subrogar el adquirente nada menos que en los “derechos y obligaciones”. No sería razonable que conociendo que existe un arrendamiento, pero

28. Un problema interesante podría venir dado si se pretende renunciar al derecho de adquisición preferente posteriormente a la celebración del contrato que da lugar al derecho de arrendamiento consorcial. En estos casos, pese a que el arrendatario será sólo el cónyuge arrendatario, la renuncia hay que entender que debería ser hecha por los dos (Art. 235 CDFa).

29. Ello en el caso de que reputemos como común el bien adquirido en el ejercicio del derecho de retracto, lo cual entiendo que procede: 1º Por el Art. 210. c) si se adquieren a título oneroso; 2º Por el Art. 217 CDFa en tanto no contemple otra previsión el Código; 3º Por el Art. 1346. 4º del Código Civil en tanto sea aplicable como legislación estatal supletoria conforme al Art. 149.3 de la Constitución; 5º Conforme al Art. 211.f) a contrario y por analogía, pues si son privativos los bienes adquiridos en el ejercicio de un derecho de retracto de carácter privativo, deben ser consorciales los adquiridos por derecho de retracto común.

30. DE LA PUENTE ALFARO, F. *El arrendamiento urbano frente a terceros*. Bosch. Barcelona, 1996. Pág. 72.

31. GARCÍA GARCÍA. *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*. 7ª Ed. Civitas, 2011. Pág. 2643.

no pudiendo conocer ni los pactos del contrato relativos a derechos y obligaciones, ni la duración del mismo, por no habersele exhibido ni resultar del Registro de la Propiedad o por tratarse de contrato verbal, se impusiera la “subrogación” en el total contenido de ese contrato de arrendamiento”³². Si se trata de un arrendamiento bien común en el consorcio según el Derecho aragonés, no creo que se pueda oponer a tercero el carácter común si no tuvo posibilidad de conocer el régimen económico del arrendatario al momento de la celebración del contrato de arrendamiento.

La cuestión, sin embargo, se complica más aún en caso de que nos encontremos ante un arrendamiento de los que no necesitan estar inscritos para perjudicar a tercero durante el plazo de vigencia de la prórroga mínima, como es el caso de los urbanos sometidos a la Ley de 1994, los urbanos que todavía gocen de la prórroga indefinida de la Ley de 1964, o los rústicos. En estos casos, si además de dichas Leyes aplicamos el Derecho aragonés, el tercero ha de tener presente el carácter común del derecho de arrendamiento, en el caso de que el arrendatario sea casado y su régimen el de consorcio conyugal³³. Visto el problema desde la óptica de la estabilidad del arriendo, éste régimen constituye una ventaja como hemos indicado. Visto desde la óptica de la seguridad del tráfico y del mercado, constituye un problema. Pensemos en un potencial comprador ruso de un piso en la costa catalana, que resulta estar arrendado a un matrimonio casado en régimen de consorciales. Al ruso no le bastará con consultar el Registro, sino que deberá indagar la situación arrendaticia de la finca y el Derecho al que se somete el régimen económico matrimonial del inquilino. Considerados los Artt. 22 LAR y 25 LAU no se plantean problemas a la hora de documentar una adquisición pues se exige declarar la situación arrendaticia de la finca y en su caso la notificación al arrendatario, pero, ¿y en la fase de formación del contrato? Y aun con dichos artículos, ¿qué pasaría si no consta el régimen matrimonial en el contrato de arrendamiento privado? No habiendo una regla como la del Artículo 16.3 CC (que protege a los terceros que no han podido conocer el régimen matrimonial del contratante para los bienes que están fuera de Aragón), el ruso se verá perjudicado. Lo cual plantea un problema. Como ha señalado GARCÍA GARCÍA, el régimen de los arrendamientos es demasiado confuso: “normas claras y precisas existen para la regulación de la propiedad y de los derechos reales, incluso para los que tienen más similitud con el arrendamiento como es el usufructo, y sin embargo existe una gran confusión normativa en materia arrendaticia”³⁴. ¿Cómo

32. GARCÍA GARCÍA. *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*. 7ª Ed. Civitas, 2011. Pág. 2643.

33. Lo cual hace de mejor condición al cónyuge del arrendatario casado en consorcio que al casado en régimen de separación, pero podría tener efectos perversos, pues podría ocasionar un rechazo a los arrendatarios casados en dicho régimen por el perjuicio que *ope legis* se le puede ocasionar al arrendador.

34. GARCÍA GARCÍA. *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*. 7ª Ed. Civitas, 2011. Pág. 2620.

solucionarlo? Lo más sencillo sería que las leyes de arrendamientos volviesen a la estela del Código Civil para todos los arrendamientos: reputar el derecho personal como en el Derecho romano si no está inscrito, y permitir una oponibilidad *erga omnes* cuando lo esté. Un problema, eso sí, que excede de las competencias forales.

b) Arrendamiento no inscrito de finca no inscrita

En el caso de arrendamientos de finca no inscrita posteriores a la entrada en vigor de la Ley 4/2013, la situación se simplifica al establecer el Artículo 14. 3 LAU que “*Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código Civil*”, a cuyo tenor “*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*”. En estos casos, la aplicación de la regla romana elimina cualquier problema que pueda plantear el carácter común que en su caso tenga el arrendamiento.

Ahora bien, en el caso que se trate de contratos celebrados bajo la vigencia de la legislación anterior, el arrendamiento sí que perjudica al adquirente de la finca. Y en tanto se trate de un arrendamiento común, el potencial adquirente deberá considerar que el arrendamiento puede pasar a tercera persona.

IV. IMPLICACIONES EN LA SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO

Por otra parte, hemos de valorar los efectos que la calificación del arrendamiento como bien común en el consorcio tiene para la ordenación de la sucesión en el contrato. En caso de fallecimiento del arrendatario, hay que tener presente que la regla ordinaria prevista en el Artículo 16 LAU es que pase primero al cónyuge o conviviente³⁵.

Si junto a dichos preceptos tenemos presente el Art. 210 CDEFA, siendo el derecho del arrendatario común, debe entrar en la liquidación del consorcio. Ello podría alterar el régimen permitiendo que uno de los herederos se subrogase antes que el cónyuge (aunque evidentemente, con el consentimiento del mismo en el negocio de liquidación). En el caso de los arrendamientos rústicos, el Derecho civil aragonés da al cónyuge una posición más privilegiada de la que tiene según el Art. 24. e) LAR.

35. En el caso de los arrendamientos rústicos la ley establece una regla especial favoreciendo al descendiente que tenga la condición de agricultor profesional (Art. 24. e) LAR).

V. IMPLICACIONES EN LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE QUE CORRESPONDEN AL ARRENDATARIO.

Por otra parte, hemos de tener presente que en los arrendamientos regidos por la Ley especial de arrendamientos urbanos, el Art. 25 LAU determinan un derecho de preferente adquisición de la finca arrendada para el arrendatario. Para la tutela del mismo, ambos artículos determinan que el Registrador debe denegar la inscripción de las transmisiones si no consta haberse notificado las mismas al arrendatario. Esto podría llevar a plantearnos: ¿bastaría la notificación al arrendatario casado en consorciales o sería preciso que se notificase también a su cónyuge? Entiendo que basta al arrendatario casado, por varios motivos:

Primero, porque si el arrendamiento no está inscrito el Registrador carece de medios para saber el estado civil y la ley aplicable al régimen matrimonial en su caso del inquilino.

Y segundo, porque aunque fuese casado con arreglo al Derecho de Aragón, y se tratase de un arrendamiento inscrito para la comunidad consorcial (Art. 90 RH), en tanto el arrendatario es uno sólo, a él correspondería el ejercicio y sería él quien adquiriese el bien con carácter consorcial.

En todo caso, convendría señalar la siguiente paradoja: del texto de los Arts. 7.2 y 14 de la vigente LAU, resulta que los arrendamientos no inscritos no perjudican a tercero. Si no le perjudican, ¿por qué deben recibir los terceros la tutela del Registrador en la inscripción de las transmisiones que en su caso se produzcan conforme al Art. 25 LAU? Lo más sencillo y más ágil sería que en los arrendamientos no inscritos que no deban perjudicar, se prescindiese del requisito de la notificación.