

toda enajenación onerosa cuya contra-prestación no sea infungible o personalísima. La acción de retracto ha de dirigirse necesariamente contra el comprador, que es quien, si triunfa, va a sufrir la subrogación en su posición de parte en el contrato a favor del re-trayente, de ahí, que éste necesite demandar al vendedor también para que la relación procesal se constituya debidamente, como tendría que suceder si el retracto supusiese la resolución del contrato de venta con recuperación del derecho por el enajenante siendo éste quien habría de transmitir al re-trayente.

tion by the person exercising the right, modelled upon a previous acquisition, there are no obstacles to establishing a retrospective right of first refusal in all non-gratuitous alienations where the price is expendable or not absolutely personal. Action to exercise a retrospective right of first refusal must necessarily be taken against the buyer, who, should the plaintiff win, is the person who will be replaced by the plaintiff as a party to the contract. Thus the person exercising the right needs to sue the seller also so that the procedural relationship is duly constituted. For example, this would have to happen if the exercise of the right entails the annulment of the sale contract and recovery of the right by the seller, in which case it would be the seller who would have to make the transfer to the person who is exercising the right of first refusal.

*EL SUBARRIENDO EN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE,
DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.*

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. EL SUBARRIENDO EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

1. CONCEPTO Y REQUISITOS

El subarriendo es el arrendamiento hecho por el arrendatario de la cosa locada. Su naturaleza es la de un nuevo contrato, que en nada altera el contenido del arrendamiento originario y que se celebra entre arrendatario y subarrendatario.

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 8 de la LAU, donde se tipifica conjuntamente con la cesión, conceptos que es necesario diferenciar.

La cesión supone la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario a un tercero, de manera que el cedente abandona la relación arrendaticia y el cesionario ocupa su lugar, por el contrario el subarriendo determina la entrada de un nuevo sujeto en la relación arrendaticia, sin que se desvincule el arrendatario. Por esto se dice que la cesión es de tracto único, mientras que el subarriendo es de tracto sucesivo. En la cesión no goza el cedente en base al precio de la preferencia establecida en el artículo 1922.7 del Código

Civil, a diferencia del arrendatario subarrendador. También la jurisprudencia del TS en sentencias de 3 de abril y 17 de junio de 1961 ha señalado que el cesionario no puede pretender que la cosa le sea entregada en buen estado, sino que está obligado a recibirla en el estado en que se encontraba en el momento de la cesión, mientras que el subarrendatario sí puede exigir que la cosa le sea entregada en buen estado.

A pesar de las diferencias conceptualmente claras entre estas dos figuras jurídicas, existe una tendencia jurisprudencial a flexibilizar la prueba cuando se trata de ejercitar una acción resolutoria por no haber consentido el arrendador que otra persona se introduzca en la relación arrendaticia. Así destacamos las sentencias del TS de 8 de mayo de 1987 y 25 de enero de 1988.

El artículo 8 de la LAU en su párrafo segundo dice: «La vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador.

El subarriendo se regirá por lo dispuesto en el presente Título para el arrendamiento cuando la parte de finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la finalidad de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. De no darse esta condición, se regirá por lo pactado entre las partes.

El derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó.

El precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento».

En la exégesis de este precepto vamos a distinguir los siguientes REQUISITOS:

A) Subarriendo parcial

La actual LAU sólo permite el subarriendo parcial, entendiendo por tal aquél en que se cede no la totalidad de la finca arrendada, sino sólo una parte de la misma, de donde se deriva que el subarriendo total es nulo por ser contrario a una norma imperativa y por tanto no inscribible.

Pero llegados a este punto, nos podemos plantear la siguiente cuestión: ¿Qué ocurriría si el arrendatario pacta con un tercero el subarriendo total y el arrendador lo consiente?

Autores como GUILARTE ZAPATERO entienden que la ley no prohíbe el subarriendo, ya que una prohibición en este sentido no tiene razón de ser si media el consentimiento del arrendador; de manera que así entendido el subarriendo total se regiría, no por las normas especiales arrendaticias, sino por las normas generales, es decir, por la voluntad de las partes y en su defecto por el Código Civil.

Este planteamiento tendría como argumento en contrario que si el arrendatario de vivienda la subarrenda totalmente, ya no satisface su necesidad permanente de vivienda del arrendatario, vulnerándose así lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LAU, y no cumpliéndose por tanto la finalidad protectora de la norma.

Este subarriendo total consentido por el arrendador quedaría fuera del ámbito de protección de la LAU, pero nos podemos preguntar si el arrendamiento también dejaría de estar sometido a la mencionada Ley. Las posturas que podemos sostener son las siguientes:

Una primera opción sería entender que el arrendamiento se sigue rigiendo por la LAU, en concreto por las normas sobre el arrendamiento de vivienda, con lo cual tendríamos un arrendamiento sometido a la legislación especial y un subarriendo regido por la legislación común; ello vulneraría, en mi opinión, los artículos 4 y 8.2 de la LAU, ya que si el subarriendo satisface la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, se encontraría regulado por los títulos I, II y IV de la LAU y por las reglas aplicables a los procedimientos arrendaticios previstas en la LEC.

Una segunda posibilidad sería considerar que si las partes pactan un subarriendo total y el arrendador lo consiente, tanto el arrendamiento como el subarrendamiento dejarían de estar regulados por las normas sobre arrendamiento de vivienda tipificadas en la LAU.

Una tercera posibilidad nos llevaría a entender que el arrendamiento no se rija por la LAU, ya que no satisface la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, y en cambio el subarriendo que sí cumple el mencionado requisito se rija por la LAU. Esta opción a pesar de que es la que más se ajusta al texto de la Ley, tiene el inconveniente de que el arrendador no estaría consintiendo un simple subarriendo, sino que en realidad se estaría produciendo un acuerdo novatorio en base al cual se modifica el régimen jurídico aplicable a la relación arrendaticia.

Por todo ello me inclino por entender que conforme a la LAU —y a diferencia del TR de 1964— no cabe el subarriendo total en base al artículo 8.2: «La vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial».

B) *Consentimiento por escrito del arrendador*

El artículo 8.2 de la LAU exige, para que la vivienda arrendada se pueda subarrendar, el previo consentimiento escrito del arrendador; el régimen en sede de arrendamientos urbanos es más estricto que el del Código Civil, ya que en base a dicho Código el arrendatario puede subarrendar sin previo consentimiento del arrendador, salvo que el contrato de arrendamiento expresamente lo prohíba.

Respecto al requisito del consentimiento escrito del arrendador, nos tenemos que preguntar si es requisito de validez o *ad probationem*. En mi opinión es requisito de validez, ya que el tenor literal de la Ley lo exige en forma imperativa, no obstante hay autores como Clemente MEORO e Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA que entienden que es un requisito *ad probationem*, de manera que el arrendador que haya consentido no puede instar la resolución por incumplimiento.

La falta de consentimiento del arrendador al subarriendo determina la ineficacia de la relación arrendaticia frente a él y le faculta para resolver el contrato *ex* artículo 27 de la LAU.

C) *Precio del subarriendo*

El precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento *ex* artículo 8.2 LAU. Esta norma se aparta del principio de libertad para fijar la renta en el arrendamiento, con el principal objetivo de evitar que el arrendatario se lucre con el subarriendo y conseguir así la finalidad social pretendida.

La LAU distingue en los artículos 17 y 20 entre la renta y el pago de gastos generales y servicios individuales, en base a ello es la primera cantidad la que funciona como límite y, asimismo, entiendo que sería válido el pacto entre subarrendador y subarrendatario, en cuya virtud éste asuma el pago de la parte correspondiente de tales gastos y servicios —a diferencia de lo que ocurría en la LAU de 1964—.

En el caso de que no se cumpla esta norma, procedería instar la resolución del contrato con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios; también el subarrendatario podría pedir la nulidad de la cláusula relativa al precio en la parte que exceda de los límites indicados por contravenir una norma prohibitiva ex artículo 6.3 del Código Civil.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBARRIENDO

Se regula con gran simplicidad a diferencia de la minuciosidad con la que se regulaba en la ley anterior.

Se basa fundamentalmente en una remisión normativa en función del destino que vaya a tener la parte de vivienda subarrendada: si se emplea para satisfacer la necesidad permanente de vivienda del subarrendatario se aplicarán las normas del Título II destinadas al arrendamiento de vivienda; si no se cumple esta condición se regirá por lo pactado entre las partes.

El caso de dedicarse la parte subarrendada a otro fin que la vivienda permanente del subarrendatario implicaría un supuesto en que un tercero desarrolla una actividad en la vivienda del arrendatario, pero sin que éste deje de residir allí, ya que si no se estaría en la causa de resolución del artículo 27 de la LAU. Los casos más frecuentes que encajarían en este caso podrían ser el denominado subarriendo de temporada o bien los accesorios arrendados juntamente con la vivienda, a los que se aplica su régimen según el artículo 2.2 de la LAU.

En cuanto a las relaciones entre arrendador y arrendatario-subarrendador, éste responde del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento originario, sin que pueda alegar que la falta de cumplimiento se deba a la conducta del subarrendatario. De la misma manera, el arrendador está obligado a cumplir sus obligaciones frente al arrendatario.

En las relaciones entre arrendador y subarrendatario, la Ley de Arrendamientos Urbanos no contempla en ningún precepto la posibilidad de ejercicio de acción directa del primero contra el segundo, a diferencia de la anterior; pero tenemos que considerar aplicables los artículos 1.551 y 1.552 del Código Civil, por lo tanto el arrendador tendrá acción directa contra el arrendatario por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada y también por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento. En este caso se consideran no hechos los pagos adelantados, a no haberlos verificado con arreglo a la costumbre.

3. EXTINCIÓN DEL SUBARRIENDO

El artículo 8.2 de la LAU dice: «El derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó». A través de este precepto se manifiesta claramente la accesoriedad del contrato de subarriendo respecto del contrato principal.

El contrato de arrendamiento representa el límite máximo de derechos que pueden corresponder al subarrendatario, ya que el arrendatario no puede transmitir más derechos que los que tiene. El subarriendo se extingue, por tanto, por las mismas causas que el arrendamiento y además por la extinción del derecho del arrendatario en virtud de la máxima romanista *resolutio iure concedendis resolvitur ius concessum*.

En el caso de renuncia del arrendatario y a pesar de que tal renuncia perjudicaría el derecho del tercero, se produciría la extinción del subarriendo en todo caso; no obstante, el subarrendatario podría exigir indemnización por los daños y perjuicios causados. El TS sigue este criterio en sentencia de 14 de octubre de 1997.

II. EL SUBARRIENDO EN EL ARRENDAMIENTO PARA USO DISTINTO AL DE VIVIENDA

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 32.1 de la LAU: «Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar la finca, sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador».

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Dentro de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda regulados en el artículo 3 de la LAU, la norma relativa al subarriendo se refiere sólo a los casos en que en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, por lo que no comprende a los que sean de vivienda de temporada. En cuanto a los arrendamientos celebrados para ejercer en la finca una actividad recreativa, asistencial, cultural o docente, hay que atender a si se realiza o no con carácter empresarial y en definitiva con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Debemos entender por tanto, que cuando en la finca arrendada se ejerza otro tipo de actividad, se estará en primer lugar al pacto de las partes y en su defecto se aplica el Código Civil; por tanto podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la finca arrendada ex artículo 1.550 del Código Civil, sin consentimiento del arrendador, pero no podrá ceder el contrato sino con el consentimiento de éste; ello resulta de la aplicación del artículo 1.205 del Código Civil y así ha sido exigido por la jurisprudencia en SSTs de 25 y 26 de mayo de 1993, entre otras. Lo mismo se aplicará si teniendo el arrendamiento por objeto el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, los contratantes hubieran pactado la exclusión del artículo 32. Es el criterio que sigue la SAP de Toledo, de 12 de abril de 2000.

2. DERECHO DEL ARRENDADOR A ELEVAR LA RENTA

El artículo 32.2 dice: «El arrendador tiene derecho a una elevación de renta del 10 por 100 de la renta en vigor en el caso de producirse un subarriendo parcial, y del 20 en el caso de producirse la cesión del contrato o el subarriendo total de la finca arrendada».

En este tipo de actos no es preceptivo, como ocurre en los arrendamientos de vivienda que el recibo de pago contenga separadamente las cantidades abonadas por los distintos conceptos de los que se componga la totalidad del pago y específicamente la renta en vigor *ex* artículo 17.4 de la LAU, pero si el arrendatario ha asumido el pago de otros conceptos como, por ejemplo, gastos de comunidad, la elevación recae sólo sobre lo que es propiamente renta.

La elevación de renta ha de calcularse sobre la vigente en el momento del subarriendo. Los sucesivos subarriendos darán lugar a sucesivas elevaciones acumuladas de renta.

En cuanto al momento en que el arrendador puede proceder a elevar la renta, el artículo 32 de la LAU actual no lo regula a diferencia del TR de 1964, que atendía al momento de realizarse el traspaso, es decir, desde su ejecución y no desde su perfección. Los artículos 18.3 y 19.3 LAU actual establecen un momento distinto para la actualización de la renta y para su elevación por mejoras. Así el artículo 18.3 considera que la renta actualizada será exigible a partir del mes siguiente a aquel en que la parte interesada lo notifique a la otra por escrito; y el artículo 19.3 entiende que la elevación de renta por mejoras se producirá desde el mes siguiente a aquel en que, ya finalizadas las obras, el arrendador notifique por escrito al arrendatario la cuantía de aquella.

En mi opinión, la elevación de renta se produciría desde la ejecución del subarriendo y no desde su perfección, ya que no es un efecto automático del contrato sino un derecho concedido al arrendador en compensación de la facultad concedida al arrendatario de subarrendar sin contar con el consentimiento de aquél. Autores como DOMÍNGUEZ LUELMO se inclinan por la aplicación analógica de los artículos 18.3 y 19.3 de la LAU considerando, por tanto, que la elevación de renta tiene lugar en el mes siguiente a la notificación que debe hacer el arrendador al arrendatario, a través de la cual le comunica su propósito, una vez que ha tenido conocimiento del subarriendo.

3. NOTIFICACIÓN DEL SUBARRIENDO AL ARRENDADOR

El artículo 32.4 establece la necesidad de notificar al arrendador el subarriendo en el plazo de un mes desde que se concertó, es decir, desde la perfección de la cesión. Esta notificación constituye un acto formal de ineludible cumplimiento, ya que si no el arrendador podría no reconocer el subarriendo y solicitar la resolución del contrato de arrendamiento frente al arrendatario *ex* artículo 35.

La notificación no es un requisito de validez del contrato de subarriendo, pero sí de oponibilidad al arrendador.

Por lo que se refiere al carácter fehaciente de la notificación, autores como R. BERCOVITZ, en base a una interpretación amplia del precepto, admiten el conducto notarial o el burofax con certificación de texto, mientras que otros como DOMÍNGUEZ LUELMO entienden que sólo cabe la notificación notarial. En el caso de que el arrendador haya tenido conocimiento del subarriendo y consienta, no puede alegar incumplimiento de forma fehaciente para resolver el contrato, ya que la exigencia de forma escrita no opera con valor constitutivo sino que es una forma *ad probationem* y sobre todo porque iría contra sus propios actos el arrendador que consintiera y luego instara la resolución.

El artículo 32.4 LAU no especifica quién debe realizar la notificación, con anterioridad a la Ley actual, el TS entendía que quien debía notificar era el

arrendatario, no cumpliéndose dicho requisito cuando lo hacía el cesionario. No obstante alguna sentencia aislada, como la de 7 de noviembre de 1969, admitía que podía hacerlo también el adquirente. Actualmente la doctrina mayoritaria admite que la obligación pueda ser cumplida por cualquier persona interesada, ya que lo importante es que el arrendador sea informado a efectos de poder elevar la renta. En todo caso es necesario que la notificación contenga el nombre y domicilio del subarrendatario y la fecha a partir de la cual tendrá eficacia el contrato celebrado.

RESUMEN

SUBARRIENDO URBANO

El subarriendo es el arrendamiento hecho por el arrendatario de la cosa locada. Su naturaleza es la de un nuevo contrato que se celebra entre arrendatario y subarrendatario, que en nada altera el contenido del arrendamiento originario. En este trabajo hemos analizado su regulación en la Ley de Arrendamientos Urbanos, distinguiendo entre subarriendo de vivienda y subarriendo para uso distinto del de vivienda que se encuentran tipificados en los artículos 8 y 32 respectivamente, analizando sus requisitos y su régimen jurídico.

ABSTRACT

URBAN SUBLEASE

The sublease is a lease made by the lessee of a leased thing. The nature of a sublease is that of a new contract between the lessee and the sublessee that in no way alters the terms of the original lease. This paper analyses how subleases are regulated in the Urban Lease Act. It distinguishes between a housing sublease and a sublease for non-residential uses, which are defined in articles 8 and 32, respectively, and it analyses the requirements of and laws pertaining to each.

1.6. Responsabilidad Civil

LA RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO, EN LOS SUPUESTOS DE DENEGACIÓN DE EMBARQUE.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora titular de derecho Civil UNED

I. CONCEPTO DE DENEGACIÓN DE EMBARQUE

En el supuesto de denegación de embarque injustificado, nos encontramos ante un caso de incumplimiento del contrato de transporte aéreo. Nos parece imprescindible, antes de analizar la responsabilidad frente al pasajero, aclarar con carácter previo, en qué consiste la denegación de embarque, y en este contexto, distinguir cuándo puede estar justificada.