

Notas sobre el traspaso de local de negocio

Hace mas de un año que falleció el Profesor OSSORIO MORALES, después de una larga y cruel enfermedad, que truncó una vida fecunda, en el orden jurídico y universitario, cuando todavía podían esperarse de él sazonados frutos. La voz del maestro de la Universidad de Granada pervive, sin embargo, en el trabajo póstumo que esta REVISTA se honra hoy en publicar no sólo como homenaje a la egregia figura del autor, sino también con el fin de disfrutar aún de su magisterio.

SUMARIO: 1. Antecedentes doctrinales y legislativos. 2. Concepto legal del contrato de traspaso. 3. Dificultades que suscita el problema de la transmisibilidad pasiva de las obligaciones. 4. El consentimiento del arrendador no es necesario en el traspaso. 5. Caracteres. 6. Requisitos. Su naturaleza. 7. Examen especial de la notificación previa. Su contenido.

1. Entre la diversidad de elementos heterogéneos—cosas corporales, derechos y relaciones materiales de valor económico—que pueden integrar una empresa, el derecho de arrendamiento del local donde se encuentra instalada constituye a veces uno de los más importantes. La sede donde se halla establecido el centro de sus actividades mercantiles o industriales, aparte de la ventaja que supone el estar ya adaptada a los fines para los que se viene destinando, sirve en gran medida para fijar la clientela, a causa del conocido espíritu rutinario del público (1). El profesor GARRIGUES menciona el arrendamiento del local entre los derechos conexos de la empre-

(1) J. L. PÁEZ, *Transmisión de establecimientos comerciales e industriales*, Buenos Aires, 1944, pág. 50.

sa (2), destacando la importancia que en determinadas clases de comercio puede tener su emplazamiento, ya que la cantidad y la entidad de la clientela se determina en gran parte por el sitio donde se ejerce (3), lo cual justifica la aspiración de los comerciantes e industriales que ocupan locales arrendados a la estabilidad de su situación arrendaticia, respecto al local donde desarrollan su actividad industrial o mercantil. Esa aspiración encontró desde hace tiempo protección legislativa, mediante el sistema de prórrogas forzosas para el arrendador, restricción de las causas de desahucio e indemnizaciones en los casos en que excepcionalmente se permitía el desahucio del arrendatario (4), hasta que se llegó, en el Decreto de 21 de enero de 1936, dando un paso decisivo en el camino de esa protección, al reconocimiento legal del llamado *acervo mercantil*, y como consecuencia a la admisión—aunque en forma todavía atenuada—del derecho de traspaso.

En tal sentido, declaraba el preámbulo del citado Decreto que «el patrimonio industrial o acervo mercantil implica el reconocimiento de que el arrendatario, con inversiones de capital y actividades, ha creado en el local que ocupa una riqueza, un valor, del que no sería justo desposeerle, y ha contribuido, en ocasiones, casi exclusivamente a crear el aumento de precio que la finca ha alcanzado» (5).

(2) *Tratado de Derecho mercantil*, I, vol. 1, Madrid, 1947, pág. 230.

(3) Op. cit., I, 1, pág. 237. También B. SUPERVIELLE, *El establecimiento mercantil*, Montevideo, 1953, pág. 38, destaca la importancia práctica que puede tener el arriendo del local como elemento de atracción de la clientela.

(4) Un resumen de la actividad legislativa en materia de protección al arrendatario hasta el Decreto de 17 de diciembre de 1924 puede verse en J. GONZÁLEZ, *Arrendamientos urbanos*, en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid, 1948, págs. 360 y ss. La legislación posterior es muy conocida y de fácil consulta.

(5) Es de justicia recordar que ya en el preámbulo de la proposición de Ley presentada al Congreso por el Conde de Santa Engracia en 29 de julio de 1929 se aludía al tema, refiriéndose a «los industriales y comerciantes que, en gran parte de los casos, al conquistar con su perseverante esfuerzo la asiduidad y predilección de la clientela, dieron un mayor valor al local». El reconocimiento de esa propiedad comercial, en cuanto pugna con los tradicionales intereses de la propiedad inmobiliaria, tropezó en todas partes, antes de imponerse legislativamente, con grandes objeciones de orden teórico. En tal sentido, don Jerónimo GONZÁLEZ (*El fondo comercial en Francia*, en *Estudios*, cit., III, página 308) resume un manifiesto publicado en Francia en 1926 por las Asociaciones y Sindicatos de propietarios urbanos, llamando la atención de los propietarios del mundo sobre las consecuencias de la Ley francesa de 30 de junio de aquel año, promulgada «en provecho de los comerciantes», y combatiendo la llamada propiedad comercial creada a costa de la consagrada por el Derecho romano y

Y esta idea es la que ha conducido a consagrar la figura del traspaso de local de negocio, que al permitir al arrendatario ceder a un tercero el local que ocupa—o más propiamente el derecho de arrendamiento del local—mediante precio, viene a reconocer el derecho del arrendatario a ser él quien se aproveche de ese incremento de valor que merced a su esfuerzo ha experimentado el local, independientemente del que, como elemento rentable del patrimonio del propietario, corresponde a éste. Si bien, al conceder también al propietario una cierta participación en el precio del traspaso, se reconoce que no todo ha sido obra del comerciante o industrial arrendatario, ya que el dueño, al ceder a aquél el local, le ha suministrado la base material necesaria para desarrollar su actividad y obtener el beneficio que el traspaso le proporciona.

Desde un punto de vista práctico debe advertirse, sin embargo, que aunque la idea de defensa o protección del acervo mercantil sea la que ha inspirado el reconocimiento positivo del traspaso, la observación de la realidad revela que no es siempre con la mira puesta en ese acervo mercantil, ni en consideración a él, como el traspaso se celebra. En la mayoría de los casos, al menos en muchos, el que adquiere un local mediante traspaso no lo hace porque le interese aprovechar el valor que el local ha adquirido como consecuencia de la anterior actividad mercantil o industrial desarrollada en él por el cedente, sino tan sólo como medio de procurarse un local que necesita. Y sólo en función de la necesidad que tiene de un local y de la que siente el arrendatario de desprenderse del mismo, se fija el precio. Prácticamente, cuando el arrendatario se limita a traspasar el local, la cantidad que el cesionario paga representa pura y simplemente, en la mayoría de los casos, una prima que éste abona para procurarse un local en que establecerse, y que, de otro modo, no podría conseguir.

las legislaciones del siglo XIX, con muy variadas razones: el derecho de dominio tradicional; la libertad de contratación; la transformación del derecho a usar con arreglo a contrato, en una situación legal impuesta; la creación de un verdadero monopolio—feudos modernos—a favor de los que no son dueños ni titulares de un derecho real, etc., argumentos ya hoy en gran parte superados. También R. FUBINI, *La pretendida propiedad mercantil*, en «Rev. de Derecho Privado», 1929, págs. 33 y ss., combate la idea de que el *derecho al arriendo* invocado por los inquilinos comerciantes, con base en la creación por ellos de un nuevo valor incorporado al inmueble—y que ese autor sólo considera como una expectativa de valor—pueda prevalecer sobre el derecho de propiedad del dueño del inmueble.

En cambio, la figura del traspaso del local de negocio adquiere singular relieve jurídico y responde a la función que determinó su admisión, si se la contempla en relación con la transmisión de la empresa (6), de la cual es en muchos supuestos el traspaso del local un complemento indispensable.

Así ocurre en todos aquellos casos en que la sede material de la empresa está constituida por un local arrendado. Si al proponerse transmitir la empresa—como organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición «en su conjunto» (7)—el titular de aquélla no dispone de un instrumento jurídico que le permita, al tiempo de enajenar los restantes elementos de la empresa, transmitir también al cesionario su derecho a seguir ocupando el local como arrendatario, asegurándole la necesaria estabilidad en el mismo, la finalidad de la transmisión de la empresa quedaría muchas veces frustrada. El traspaso facilita al arrendatario del local y titular de la empresa en él establecida, que pueda, al transmitir ésta, disponer también a favor del adquirente de la empresa de su derecho a continuar como arrendatario del local, lo mismo que puede y debe hacer con los derechos de propiedad industrial de que fuera titular, y con las marcas, las mercaderías, las instalaciones, los enseres, los créditos, etc., sometiendo la transmisión de cada uno de esos elementos a las normas que la naturaleza del elemento patrimonial de que se trate exija.

La finalidad y el resultado práctico que puede conseguirse en estos casos por virtud del traspaso es tan peculiar y distinto del que puede obtenerse acudiendo a la figura del subarriendo—en el supuesto de que nuestra legislación permitiera realizarlo sin consentimiento del arrendador—, que no se concibe cómo PLANIOL y RIPPERT consideran inútil crear la categoría de la cesión de arrendamiento, sin más efecto, según estos autores, que el de embarazar la técnica jurídica, existiendo como existe la figura del subarriendo (8). Mediante el subarriendo, el cesionario de la empresa—mero subarrendatario del local—quedaría colocado en una relación de dependen-

(6) Acerca de la doctrina jurisprudencial en torno a la consideración de la *empresa* como objeto de tráfico jurídico, la nota de A. POLO en «Rev. de Derecho Privado», 1946, págs. 559 y ss.

(7) Vid. sentencia de 13 de marzo de 1943.

(8) *Tratado elemental de Derecho civil (Teoría general de los contratos)*, traducción esp., México, 1947, pág. 338.

cia contractual con el anterior titular, y por su parte el cedente no habría conseguido desligarse por completo de las vicisitudes de un contrato de arrendamiento que habría dejado de interesarle.

Según vimos anteriormente, el derecho de traspaso aparece consagrado por primera vez en nuestro ordenamiento positivo por el Decreto de 21 de enero de 1936, con la finalidad de proteger el acervo mercantil, pero en términos tan tímidos y con una regulación tan insuficiente que con razón ha podido decirse que ese precepto representaba «poco más que una declaración de principios» (9). Conforme al artículo 9 de dicho Decreto, el traspaso de local de negocio exigía, para ser realizado eficazmente, el consentimiento expreso del dueño de la finca. Únicamente en el caso de que el comerciante o industrial arrendatario, al comenzar a ejercer su actividad en el local, hubiese pagado cantidad por traspaso hecho con el consentimiento del dueño, tenía a su vez derecho a traspasar, y el propietario, aunque no fuese el mismo que autorizó el traspaso anterior, no podía evitarlo, a menos que indemnizara al comerciante o industrial con cantidad igual a la que éste pagó con conocimiento del dueño por concepto de traspaso cuando el establecimiento le fué cedido (10). Fuera de este supuesto, el propietario no estaba obligado a consentir el traspaso, ni el arrendatario podía imponerle que lo aceptara. Y siendo esto así, fácilmente se advierte que no obstante haberse anunciado en la Exposición de Motivos de ese Decreto que la admisión del traspaso venía a proteger el acervo mercantil, o sea, el valor creado en el local por el esfuerzo e inversiones del arrendatario, de cuya riqueza no sería justo desposeerlo, en realidad, al no permitirse como regla general el traspaso más que mediante el consentimiento del propietario, no se concedía al arrendatario ningún derecho en defensa del acervo mercantil, puesto que sólo podía ejercitarlo contando con la voluntad del propietario, si éste lo permitía. Y como en el único caso en que le era posible y permitido al arrendatario realizar el traspaso sin consentimiento del propietario—su-

(9) SALTOR SOLER, *Limitaciones y posibilidades en la adquisición de elementos de la propiedad comercial* (Conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona curso 1946, pág. 26).

(10) El Decreto de 30 de enero de 1936 (texto rectificado del de 21 de enero, que apareció en la «Gaceta» del 2 de febrero) alteró la redacción del artículo 9.º en el sentido de sustituir en la definición del traspaso el término «consentimiento» por el de «conocimiento».

puesto de que al comenzar aquél a ejercer su actividad en el local hubiera pagado cantidades por traspaso hecho con el consentimiento del dueño—, éste podía evitarlo indemnizando al arrendatario «con cantidad igual a la que éste pagó... cuando el establecimiento le fué cedido», se advierte que no es de la riqueza creada por el arrendatario durante su permanencia en el local de lo que así podía reintegrarse, sino tan sólo del valor del acervo mercantil existente cuando él adquirió. Con lo cual venía a consagrarse—a pesar de los principios proclamados en el Preámbulo—un enriquecimiento injusto a favor del propietario del inmueble, en cuanto al valor creado por el arrendatario cedente con su propio esfuerzo e inversiones durante su permanencia en el local.

2. Muy distinta es la configuración dada al traspaso en la legislación vigente. El artículo 44 de la Ley de 1946, reproducido textualmente por el artículo 29 del texto articulado de la Ley de 22 de diciembre de 1955 (Decreto de 13 de abril de 1956), y mantenido después de la reforma de 1964, formula la definición del traspaso de locales de negocio diciendo que «consistirá, a los efectos de esta Ley, en la cesión mediante precio de tales locales sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento».

Resulta de esta definición legal que el traspaso es un contrato de *cesión*. Aunque el texto legal se refiere con poca precisión técnica a la cesión de *los locales*, en realidad se trata de *una cesión del contrato de arrendamiento*, ya que, según el propio precepto, el efecto que el traspaso produce es *la subrogación* plena del tercero (cesionario) en el lugar del arrendatario (cedente), quedando éste, por tanto, desligado de todo vínculo contractual con el arrendador, y convirtiéndose el cesionario en arrendatario. Claro es que, como a su vez el objeto del contrato de arrendamiento es el local, cuando el arrendatario cede el contrato, el cesionario deviene ocupante del local en concepto de arrendatario. Pero *no es el local* considerado en sí mismo lo que se cede, ni lo que constituye el objeto del traspaso, sino *el contrato mismo de arrendamiento* como un todo, comprendiendo tanto los derechos como las obligaciones derivadas del mismo. La fijación de este concepto inicial resulta luego fecunda para ex-

plicar algunas facetas de la regulación del traspaso y sus efectos (11). Mediante el contrato de traspaso se transfiere al tercero la relación contractual íntegra, el conjunto de derechos y obligaciones que en el contrato de arrendamiento tienen su fuente, y este cesionario asume frente al arrendador la posición contractual del anterior arrendatario cedente, o sea, como dice el texto legal, queda el tercero «subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato», resultando así totalmente eliminado el primitivo arrendatario de la relación contractual. En cuanto al contrato mismo, éste permanece vivo e idéntico, y sigue siendo la fuente reguladora del ulterior desarrollo de la relación arrendaticia entre el arrendador y el nuevo arrendatario, como si la persona de éste no hubiera cambiado (12).

(11) Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de julio de 1948, abordó el problema de la posibilidad de realizar traspasos parciales del local de negocio, resolviéndolo en sentido negativo, con base en la consideración de que «la interpretación contraria autorizaría a burlar la prohibición legal si, por cesiones parciales sucesivas, se llegase a la cesión total». Por lo que en realidad no cabe admitir un traspaso parcial, referido sólo a una parte del local, es porque el traspaso es la *cesión del contrato de arrendamiento*, y no es admisible que pueda el contrato, sin consentimiento del arrendador, desintegrarse en varios contratos, de tal modo que el primitivo arrendatario lo fuese de una parte del local y los sucesivos cesionarios de otras, con los complicados problemas que ello plantearía en orden a la distribución de la renta, en un contrato de arrendamiento celebrado originariamente respecto a un solo local y con un solo arrendatario. Tal escisión del contrato sólo sería factible con el consentimiento del arrendador, y supondría entonces una novación extintiva del contrato anterior.

(12) El carácter de contrato de *cesión del arrendamiento* que tiene el traspaso, tal como lo concibe la Ley de Arrendamientos urbanos, se reconoce por la mayor parte de nuestra autorizada doctrina. Por ejemplo, el maestro CASTÁN y CALVILLO (*Tratado práctico de Arrendamientos urbanos*, II, Madrid, 1956, página 761) consideran el traspaso, a los efectos de la Ley, como una de las especies de la *cesión de contratos de arrendamientos* sujetos a ella, y más adelante (pág. 767) afirman que aunque el artículo 29 se refiere al local como objeto de la cesión, «en realidad el objeto del traspaso no es ni el inmueble arrendado ni el uso o goce del local, sino el propio contrato de arrendamiento, o si se quiere, la titularidad, que corresponde en dicho contrato al arrendatario». También VALLS TABARNER (*La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955, páginas 87 y ss.) estudia el traspaso de locales de negocio entre las figuras de *cesión del contrato* admitidas en nuestro Derecho positivo. La jurisprudencia, sin embargo, ateniéndose al tecnicismo legal, sigue refiriéndose al traspaso como cesión, mediante precio, del local de negocio (entre otras, en las sentencias de 1 de junio de 1948, 27 de octubre de 1950, etc.), y algunos comentaristas continúan ateniéndose a esa impropia expresión. Por ejemplo, CONDOMINES VALLS, *Arrendamiento de inmuebles urbanos*, Madrid, sin año, página 124, comentando el artículo 44 de la Ley de 1946 afirma que el concepto de *transmisión del local* a título oneroso es fundamental para la interpretación de la palabra traspaso; GARCÍA GALÁN y RODRÍGUEZ SOLANO, *El arrenda-*

Partiendo del concepto de que el contrato de traspaso es un contrato de *cesión del arrendamiento*, se advierte que, en puridad, no hubiera sido necesario decir, como lo hace la definición legal, que el traspaso no comprende las *existencias*. Porque las existencias pertenecen al arrendatario en propiedad y no forman parte de lo que el arrendador le cedió para su uso al concertar el arrendamiento. Y como la finalidad que el contrato de traspaso persigue y el efecto que produce es el de subrogar al cesionario en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento frente al arrendador, quedando éste a su vez vinculado al cesionario como lo estaba con el arrendatario cedente, es claro que las existencias pertenecientes a éste no pueden en modo alguno resultar incluidas en la cesión del arrendamiento, ni ser transmitidas mediante el mismo negocio jurídico. Puede naturalmente el cedente del contrato de arrendamiento, con ocasión de celebrar el traspaso, transmitir también al cesionario las existencias y mercancías de su propiedad existentes en el local, así como cualquier otro elemento patrimonial de su negocio, pero mediante otra figura contractual distinta, que en nada afecta ni interesa al arrendador. El *objeto* del contrato de traspaso, según expondremos ulteriormente con mayor detenimiento, es a su vez *otro contrato*, el contrato de arrendamiento, o si se quiere, de modo más gráfico, la posición contractual del arrendatario, y como las mercancías o existencias no le pertenecen en concepto de tal, no forman parte de lo que es o puede ser objeto del contrato de traspaso (13).

miento urbano en la doctrina jurisprudencial, Madrid, 1956, pág. 118. afirman, al referirse al funcionamiento del traspaso, que mediante él se considera lícita la cesión onerosa de los correspondientes *locales*. En el estudio del Proyecto de reforma de la Ley de bases de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, hecho por la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia, publicado en su revista «Propiedad y Construcción», núm. 9, extraordinario, junio 1955, pág. 130, se proponía en este sentido una definición del traspaso, más adecuada y técnicamente correcta que la utilizada por la Ley: «el arrendatario de un local de negocio podrá ceder mediante precio el *derecho de arrendamiento* a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones derivados del contrato».

(13) En el Estudio a que se refiere la nota anterior se decía, con acierto, que «no tiene significación alguna la pretendida calificación de tal cesión o traspaso con la frase 'sin existencias', que constituye un inútil esfuerzo conceptual, ya que está fuera de dudas que la cesión de los derechos y obligaciones correspondientes al arrendatario de un local de negocio no comprende más que la exclusiva relación jurídica que tiene por objeto el local, sin que pueda considerarse incluido en aquella cesión ninguno de los elementos que constituyen el negocio comercial».

3. Para dar consagración legal a esta figura del traspaso, por virtud de la cual un tercero se subroga en el contrato de arrendamiento, ocupando el lugar del anterior arrendatario y originándose con ello una verdadera transmisión en bloque de derechos y obligaciones, no obstante permanecer idéntico el contrato, ha sido necesario eliminar dificultades técnicas y alterar fundamentalmente algunos de los principios clásicos del Derecho común. Porque si bien es cierto que la modificación subjetiva de la obligación, que consiste en el simple cambio de acreedor, no destruye necesariamente la identidad del crédito, y que nuestro Código conoce la figura de la cesión de derechos (arts. 1.212 y 1.528), en cambio, dentro de un concepto riguroso y romano de la *novación* la sustitución de la persona del deudor ha de producir la extinción del primitivo vínculo obligacional, originando uno nuevo. Y como, dado el carácter sinalagmático del contrato de arrendamiento, el arrendatario es al mismo tiempo *acreedor* y *deudor* del arrendador, y el traspaso supone a la vez cesión de los créditos y las obligaciones, la subsistencia del primitivo contrato, no obstante el cambio de arrendatario y la liberación del que antes lo era, pugna con las ideas tradicionales y con la sistemática del Código. Como decía el profesor CASTRO Y BRAVO, en un estudio ya clásico, en nuestra legislación sólo sería posible encontrar un fundamento para la admisión de la cesión de arrendamiento, o sea, de una relación jurídica productora de derechos y obligaciones recíprocas, si se regulara, como en la alemana, la transmisión particular de las deudas (14).

No cabe desconocer que gran parte de la más autorizada doctrina civilista española, siguiendo la orientación marcada por el profesor DE DIEGO (15), mantiene la posibilidad de que también las obligaciones se transmitan sin producir la extinción de la relación contractual, quedando liberado el primitivo deudor por la subrogación del nuevo, y subsistiendo a pesar de ello la misma relación obligacional. Esta tesis se basa principalmente en los artículos 1.203, 1.207 y 1.255 del

(14) *Cesión de arrendamiento y subarriendo*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1930, t. 158, pág. 143. Acerca de las dificultades técnicas que la doctrina ha tenido que vencer para llegar a una construcción unitaria de la *cesión de contrato*, como acto dispositivo único cuyo objeto es el contrato mismo en su unidad, puede verse el luminoso estudio de R. NÚÑEZ LAGOS, *La cesión del contrato*, en «Revista de Derecho Notarial», núm. 12, 1956, páginas 7 y ss.

(15) *Transmisión de obligaciones*, Madrid, 1912

Código civil (16), y ha sido ya recogida por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 22 de febrero de 1946 y 29 de abril de 1947, cuando declaran que «el Código civil también admite (la novación meramente modificativa), como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1.203, e igualmente a *sensu contrario* del texto del artículo 1.207, y es lógico que así sea, porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligacional posterior cuando así lo quieran las partes o se manifieste desde el punto de vista económico esa relación posterior como completamente distinta de la anterior». En análogo sentido se pronunció después la sentencia de 10 de febrero de 1950. La concepción romanista, dentro de la que no era admisible la idea de que el sujeto de una relación obligacional fuera sustituido por otro, sin que se produjera la extinción de la obligación primitiva (novación), resulta ya hoy, pues, superada por la doctrina moderna, tanto en cuanto a la posibilidad de la sustitución del acreedor como de la del deudor (cesión de créditos y asunción de deudas), y ello a consecuencia de haberse operado un cambio total en el modo de concebir la obligación, que de ser un vínculo personal, se ha transformado en una relación de naturaleza eminentemente patrimonial (17).

El mecanismo que consagra la legislación de Arrendamientos urbanos, facultando al arrendatario de local de negocio para subrogar en sus derechos y obligaciones a un tercero, mediante el traspaso, subsistiendo inalterada la relación arrendaticia, tiene, pues, posible encaje en la sistemática del Derecho común, tal como la visión moderna de la novación meramente modificativa la concibe, tanto en el supuesto de cambio de acreedor como de cambio de deudor. Pero hay un extremo básico en el que la Ley especial desborda los prin-

(16) Desarrollan esta tesis con toda amplitud PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus notas al *Tratado de Enneccerus*. t. I, vol. 1, págs. 410 y ss. También la recoge CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*. 5.ª ed., Madrid, 1941, página 559, aunque sin adherirse plenamente a ella; A. DE COSSÍO, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», I, 1943, Madrid, 1945, págs. 195 y ss.; AZURZA, *Notas sobre novación*, «Rev. de Derecho Privado», 1950, págs. 590 y ss.; J. B. JORDANO, *Asunción de deuda*, nota a la sentencia de 10 de febrero de 1950, en «Anuario de Derecho civil», III, 1950, págs. 1.372 y ss. También GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», I, 1943, Madrid, 1945, págs. 219 y ss.

(17) Vid. F. DE CASTRO BRAVO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, en «Rev. de Derecho Privado», 1932, págs. 196 y ss.; R. RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. II. Madrid, 1931, págs. 1 y ss.

cipios más fundamentales de nuestro ordenamiento positivo, en cuanto permite que esa sustitución del arrendatario por otro, subsistiendo el mismo contrato de arrendamiento, se verifique *sin consentimiento del arrendador*. Es esta la nota más singular y destacada del contrato de traspaso, como lo regula la vigente legislación de Arrendamientos urbanos.

4. Salvo alguna opinión aislada, como la del comentarista MANRESA—a que inmediatamente nos referiremos—, la doctrina española de Derecho común ha venido negando en términos absolutos la posibilidad de que el arrendatario sustituya a un tercero en el goce y disfrute de la cosa arrendada, quedando liberado del vínculo contractual sin consentimiento del arrendador. Y ello porque unánimemente ha venido reconociéndose que, aun admitida la transmisibilidad de las deudas, como fenómeno en cierto modo paralelo a la cesión de créditos y sin necesidad de que se produzca una novación extintiva, aquella transmisión no podría operarse sin el consentimiento del acreedor. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (18), quienes afirman que «la transmisión pasiva de la obligación no es ni puede ser otra cosa que un efecto que sólo el titular del derecho, esto es, el acreedor, tiene poder para producir», principio que en realidad responde a la naturaleza misma de la obligación.

La tesis opuesta, mantenida por MANRESA (19), es tan terminante como insólita. Después de situar el problema en sus términos exactos, diciendo que en la cesión—a diferencia de lo que sucede en el subarriendo—la personalidad del arrendatario desaparece, quedando únicamente en la relación jurídica dos personas, el arrendador y el cesionario, se pregunta si el Código autoriza esta sustitución de la persona del deudor, sin contar con la voluntad del acreedor, para terminar con estas palabras: «nosotros creemos que el arrendamiento, se halle o no inscrito, constituya o no un derecho real, es un derecho transmisible, siempre y cuando naturalmente no se haya prohibido expresamente la transmisión, y que no existiendo esta prohibición puede transmitirse *sin la autorización del dueño*» (20).

(18) *La transmisión de obligaciones a título singular*, en «Estudios de Derecho Privado», vol. I, Madrid, 1948, pág. 301.

(19) *Comentarios al Código civil español*, 4.ª ed., Madrid 1931. t. X. pág. 438.

(20) Op. cit., pág. 442.

Y en apoyo de esa tesis invoca MANRESA la sentencia de 2 de junio de 1927, pero precisamente ese fallo da base para sostener lo contrario, ya que en el caso de autos la entidad cesionaria notificó la cesión a la entidad arrendadora y constituyó un depósito o fianza que fué aceptado por esta última. Y en los razonamientos de la sentencia, para justificar la eficacia de la cesión se afirma que en ésta «se elimina por completo la personalidad del arrendatario *una vez que la acepte el arrendador en forma expresa o en forma tácita*, por los actos que éste ejecute». A lo más que podría llegarse, con base en esa sentencia, es a afirmar que basta para que la cesión produzca sus efectos con que la autorización o consentimiento del arrendador se preste tácitamente, pero en modo alguno a afirmar que pueda operarse la cesión sin la voluntad del arrendador.

La posición contraria a la posibilidad de que el arrendatario ceda el arrendamiento a un tercero sin el consentimiento del arrendador, es la que justificadamente mantiene nuestra doctrina de modo unánime. DE BUEN afirma que la cesión de un arriendo, hecha por el arrendatario, no sólo es una cesión de un crédito, sino una cesión de deudas—las que tiene el arrendatario con el arrendador—, y por lo tanto, caso de ser admisible, *en ningún caso debería realizarse sin autorización del arrendador*. La situación del arrendador no puede resultar modificada por un acto en que no haya intervenido (21). CASTÁN, opuesto en principio a la admisibilidad en nuestro Derecho de la verdadera y propia cesión de arrendamiento (22), y después de reconocer que sólo a base de admitir la posibilidad de una transmisibilidad pasiva de las obligaciones podría hablarse de una propia cesión de arrendamiento que no entre dentro del supuesto de la novación, con sus efectos característicos de extinción del primitivo contrato, afirma que «en todo caso, constrúyase la cesión del arrendamiento como tal cesión (sustitución modificativa) o como típica

(21) *Notas a la trad. esp. de COLIN Y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1925, pág. 319.

(22) *Op. cit.*, pág. 136. Opone como razones a tal admisibilidad el artículo 1.257 (a cuyo tenor los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos); el artículo 1.550 (que muestra cómo el Código no autoriza el subarriendo sino a base de dejar subsistente la responsabilidad del arrendatario al cumplimiento del contrato para con el arrendador, de donde se desprende que la cesión habría de ser admitida con esa misma salvedad), y en general, los principios del Código contrarios a la admisión de la sucesión particular en las deudas.

novación (sustitución extintiva), *ha de requerirse la aprobación de ella por el arrendador*». DE DIEGO, refiriéndose a la cesión de arrendamiento, que consiste en subrogar a un tercero en el lugar y puesto del arrendatario, haciendo suyo el título de éste y asumiendo respecto al arrendador las obligaciones del cedente, afirma que como el deudor no puede transmitir sus obligaciones sin el consentimiento del acreedor, *sin dicho consentimiento no podrá hacer la cesión* (23).

Semejante premisa responde al concepto mismo de la obligación, ya que siendo la prestación debida, como acto humano, físicamente incoercible, la garantía del acreedor está integrada en último término por el patrimonio del deudor, quien responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del C. c.). Y por ello no es indiferente para el arrendador que su deudor sea una persona u otra, ni es admisible en buenos principios que, sin consentirlo él, la persona del arrendatario—con un patrimonio y una responsabilidad que el arrendador tuvo en cuenta al contratar—sea sustituida por otra. Por eso afirman con acierto ROCA SASTRE y PUIG que «el consentimiento del titular del crédito, en el orden lógico de los conceptos, pertenece a la *posibilidad* misma de la disposición» (24). Y en la esfera del Derecho positivo, el artículo 1.205 del Código civil no puede ser más terminante cuando declara que la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de éste, *pero no sin el consentimiento del acreedor*. Ese consentimiento del arrendador podrá ser *preventivo, simultáneo o sucesivo* (25), pero en todo caso, sin ese consentimiento, o hasta que éste se preste, la sustitución de la persona del nuevo arrendatario por el nuevo y la liberación de aquél, no se habrá producido respecto al arrendador.

(23) *Instituciones del Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930, pág. 230. FUBINI, *Arrendamiento de cosas*, trad. esp., Madrid, 1930, pág. 403, señala como el más grave de los obstáculos con que tropieza la cesión de arrendamiento la imposibilidad de ceder las deudas sin el consentimiento del acreedor. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Padova, 1939, pág. 257, afirma que las deudas no son en puridad susceptibles de cesión, y que cuando se habla de cesión de una obligación se emplea un lenguaje figurado, ya que para que un tercero sustituya al primitivo deudor es indispensable que el acreedor lo acepte como tal, y entonces la subrogación en la deuda se opera más que por un acto de voluntad del cedente, por un acto de voluntad del acreedor que acepta al cesionario como deudor.

(24) Op. cit., pág. 304.

(25) Vid. NÚÑEZ LAGOS, op. cit., pág. 23

Es precisamente en este punto donde la figura del *traspaso de local de negocio*—tal como nuestra legislación de Arrendamientos urbanos la concibe—adquiere su más destacada singularidad. El traspaso, la cesión que del contrato de arrendamiento de local de negocio autoriza la Ley de Arrendamientos urbanos no exige, para producir el efecto subrogatorio, *el consentimiento del arrendador*. Puede hacerse incluso contra su voluntad. Nota esta que, no obstante ser la más característica de la institución a que nos referimos, no aparece contenida, como debiera estarlo, en la definición legal.

No deja de ser curioso advertir que en la Exposición de Motivos del Decreto de 1936—en el que por primera vez se consagró la figura del traspaso—se declaraba que «en lo que concierne al derecho de traspaso y para su regulación deben tenerse presentes las que son *normas universales del Derecho*, es decir, que la subrogación en los derechos y sobre todo en las obligaciones de una de las partes contratantes, *no puede llevarse a cabo sin el beneplácito de la otra*». En cambio, diez años después, la Exposición de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 declara que «con criterio inspirado en nuestra jurisprudencia, y especialmente en el que informa el moderno Derecho patrio, así como en razones doctrinales, partiéndose de la existencia cierta del fondo comercial o patrimonio mercantil que en principio reconociera el Decreto de 21 de enero de 1936, se confiere el derecho de traspaso al titular arrendatario de locales de negocio, para efectuarlo, con existencias o sin ellas, y *aun sin el consentimiento del arrendador*, por entenderse que en ambos casos y siempre que, como exige inexorablemente la Ley, el adquirente vaya a explotar negocio de la misma clase que la del que venía ejerciendo el arrendatario, dicho patrimonio existe y *no hay razón para someter la facultad de transmitirlo a la voluntad del dueño de la finca*».

Todo este intento de justificación por parte del legislador es tan simplista como falto de consistencia. Las *normas universales del Derecho* que se invocaban en 1936 para sostener que la cesión del contrato a un tercero no podía llevarse a cabo sin el beneplácito del arrendador, no habían sufrido modificación sensible en el transcurso de diez años (26), ni tampoco los principios jurisprudenciales, ya

(26) Precisamente en el nuevo Código civil italiano de 1942, que ha regulado con precisión el mecanismo de la cesión del contrato, se exige (art. 1.406), para que pueda realizarse, que la otra parte consienta en ello. Y con referencia con-

que, entre otras, la sentencia de 9 de febrero de 1940 seguía declarando, en relación con la cesión del arrendamiento, que no puede realizarse eficazmente sin consentimiento del arrendador. Y la propia Ley vigente, cuando se trata de cesión de viviendas, prohíbe como regla general realizarla sin el consentimiento del arrendador, (artículos 36 de la Ley de 1946 y 23 de la actual), conforme a lo que sin duda siguen siendo normas universales del derecho y principios jurisprudenciales y doctrinales.

Es más que dudoso que la premisa cierta de que parte la Ley —existencia de un fondo comercial o patrimonio mercantil—deba conducir necesariamente a la consecuencia de reconocer al arrendatario la libre facultad de ceder el contrato sin intervención de la voluntad del dueño de la finca, pues si bien es cierto que al hacerlo está el arrendatario disponiendo de un valor que es suyo («de una riqueza creada por él en el local con la inversión de capital y actividades»), no cabe desconocer que dispone también de algo que es del arrendador, o que, por lo menos, afecta al derecho de éste, como es la garantía que en concepto de acreedor le corresponde sobre el patrimonio del arrendatario, y que, mediante la subrogación de un tercero como arrendatario en el contrato, puede resultar disminuida o burlada. El hecho de que el cesionario haya de explotar obligatoriamente en el local negocio de la misma clase del que venía ejerciendo el arrendatario cedente nada resuelve ni garantiza al arrendador, pues la responsabilidad del primitivo arrendatario no estaba integrada sólo por el patrimonio mercantil o fondo comercial—que es, en todo caso, lo que queda adscrito al local al verificarse el traspaso—, sino por todos sus bienes presentes y futuros y la solvencia del nuevo arrendatario puede ser muy distinta, con la consiguiente repercusión o riesgo para el arrendador.

Pero lo cierto es que, con más o menos justificación o acierto, la Ley de 1946 y lo mismo la vigente, han prescindido del consentimiento del arrendador para que la subrogación en el contrato se produzca, y sólo exige que se le dé *conocimiento* del traspaso, mediante las notificaciones que preceptivamente se le han de hacer. Quiéralo o no, puede el propietario del inmueble encontrarse con un nuevo arrendatario, con quien él no ha contratado ni querido contratar,

ceta a la cesión de arrendamiento, el artículo 1594 prohíbe al arrendatario ceder el contrato sin el consentimiento del arrendador.

sustituyendo al primitivo. Se le puede imponer, por voluntad del arrendatario, otro arrendatario distinto, aunque la solvencia patrimonial de éste no le ofrezca la menor confianza, aunque sus circunstancias personales de orden moral o sus antecedentes comerciales le hagan resultar poco deseable como ocupante del local y como arrendatario. Lo cual constituye un principio verdaderamente revolucionario en el ámbito de la contratación y del Derecho privado.

Y no se piense—como un superficial examen del mecanismo del traspaso pudiera hacer creer—que si bien no puede el arrendador oponerse al traspaso, puede siempre evitarlo utilizando el derecho de tanteo (y el de retracto en su caso) que la Ley le reconoce. Ni cabe decir que cuando no lo evita preste tácitamente su consentimiento a que la subrogación se produzca. Porque la facultad de recuperar el local y liberarlo del arrendamiento que al arrendador ofrece la Ley con ocasión del traspaso, mediante las acciones de tanteo y retracto, en cuanto le obligan al desembolso del precio concertado entre cedente y cesionario no puede considerarse como un mero *ius prohibendi*, como una posibilidad de veto, sino que constituye una facultad onerosa. La obligación de notificar al arrendador el proyecto de traspaso y ulteriormente la realización del traspaso ya verificado, no tiene por objeto *recabar su consentimiento*, sino simplemente darle la oportunidad de sustraer el local a la relación arrendaticia. Pero como esto ha de hacerlo abonando un precio, no todo propietario está en condiciones de hacerlo, y menos aún con base en la Ley de 1946, que exigía al arrendador, en el supuesto de recuperar el local por este procedimiento, que ejerciera en él comercio o industria (art. 52), con lo cual sólo los arrendadores que fueran comerciantes o industriales, o que estuvieran dispuestos a serlo, podían utilizar semejante facultad. Pero ni aun ahora, suprimido ese requisito por el artículo 38 de la Ley vigente y reconocidos los derechos de tanteo y retracto a todos los arrendadores con carácter general en caso de traspaso, sin obligación de dedicarse al comercio o a la industria en el local, no puede considerarse el no ejercicio de tales derechos como un consentimiento tácito prestado por el arrendador a que el traspaso y la consiguiente subrogación en el contrato de arrendamiento tengan lugar, puesto que la utilización de esos dos sólo es posible a los arrendadores que tengan para ello posibilidades económicas, y que sin duda no son, ni siquiera, los más numerosos. No

ejercitar los derechos de tanteo o retracto no puede, pues, tener el valor de un consentimiento tácito por parte del arrendador a que la cesión se realice.

5. Como caracteres del traspaso pueden enumerarse los siguientes:

1) Es una cesión ONEROSA. La Ley exige que se realice *mediante precio*, con lo cual se excluye la posibilidad de que el arrendatario ceda el contrato gratuitamente, a título de donación.

Por lo que respecta a la cuantía del precio, la Ley sólo exige que sea *cierto* (art. 44, ap. c), lo mismo que cuando de la compraventa se trata, ya que el traspaso se concibe como una cesión *venditionis causa*.

2) Es una cesión DEFINITIVA.

3) Es una cesión TOTAL. Siendo como es el traspaso una *cesión del contrato* de arrendamiento de local de negocio, y subrogándose el cesionario en el lugar que el arrendatario cedente ocupaba *en el contrato*, no es admisible pensar que pueda el contrato desintegrarse de tal modo que por virtud de la cesión continúe el primitivo arrendatario siéndolo respecto de parte del local y el cesionario respecto de otra parte del mismo.

Los complicados problemas que ello plantearía, en cuanto a la distribución de la renta entre los dos arrendatarios—el nuevo y el antiguo—y respecto a las facultades y obligaciones de éstos frente al arrendador, en unas relaciones contractuales originariamente creadas con un arrendatario único, no están previstas en la Ley, como sin duda hubiera ocurrido si el supuesto de cesión parcial del contrato se hubiera pensado como admisible.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1948, que abordó el problema de la cesión parcial del local de negocio, lo resolvió en sentido negativo, pero con un criterio excesivamente simplista. Se limitó a decir que «por no distinguir las disposiciones legales entre la cesión total y la parcial, *como causa de resolución del arrendamiento*, cualquiera de ambas puede estimarse como causa bastante al efecto, y más ante la consideración de que la interpretación contraria, autorizaría a burlar la prohibición legal si por cesiones parciales sucesivas, se llegase a cesión total».

Pero en primer término conviene advertir, que la Ley no considera la *cesión* (cuando de contrato de arrendamiento de local de negocio se trata), es decir, el traspaso, como *causa de resolución del arrendamiento*; lo que constituye causa de resolución es realizarlo *sin dar cumplimiento a los requisitos que para su eficacia exige el capítulo IV* (art. 149, núm. 3). Y por consiguiente, la aplicación del principio *ubi lex non distinguit* tendría sentido referirlo en este caso a que la Ley, para conceder la acción de resolución, no distingue entre que falten todos o algunos de tales requisitos, por lo cual bastará que falte cualquiera de ellos. Pero no referirlo al contenido objetivo de la cesión, ya que no es ésta la que el artículo 149, número 3, señala como causa de resolución. Y más bien, aplicado el aforismo *ubi lex non distinguit* a la facultad concedida al arrendatario para traspasar—siempre que cumpla los requisitos establecidos en la Ley—sin distinguir entre cesiones totales o parciales, conduciría a la conclusión de que todas le están permitidas, en cuanto la Ley no distingue.

Ni tiene tampoco gran consistencia el argumento de que, de admitirse las cesiones parciales, podría burlarse la prohibición legal, mediante cesiones parciales sucesivas que desembocaran en una cesión total. Porque la cesión total no está prohibida; y siempre que al realizarse cada cesión parcial—caso de admitirse su posibilidad—se cumplieran los requisitos formales y sustantivos que la Ley exige para la eficacia del traspaso, nada quedaría burlado, ni se conseguiría ninguna finalidad no querida por la Ley.

Si, en efecto, consideramos inadmisibile el traspaso parcial, es simplemente porque (como ya se dijo) el traspaso no tiene por objeto inmediato *el local*, sino el contrato mismo de arrendamiento, que es lo que se cede, si bien como consecuencia de tal cesión el cesionario deviene, por subrogación, arrendatario del local. Y siendo el local a su vez el objeto del contrato de arrendamiento, no cabe sino que pase por entero a quien, al cedérsele el contrato, pasó a ser arrendatario de todo el local.

6. En cuanto a los requisitos del traspaso, y la naturaleza de los mismos, es de notar que el artículo 32 de la Ley, dedicado a señalar los requisitos y formalidades que han de observarse en la celebración del contrato de traspaso, empieza diciendo literalmente

que «serán requisitos necesarios para la *existencia* legal del traspaso» los que a continuación enumera.

Esta expresión legal podría a primera vista, y entendida en sentido técnico, hacer pensar que se trata de requisitos esenciales del contrato de traspaso, en el sentido en que lo son para todos los contratos en general los que enumera el artículo 1.261 del Código Civil, cuando dice que «*no hay contrato* sino cuando concurren los requisitos siguientes», pues es sabido que en nuestra doctrina y en la terminología jurisprudencial ha adquirido consagración el término «contrato inexistente» para designar a aquellos en los que falta el consentimiento, el objeto o la causa, o sea, algún requisito esencial. Pero indudablemente, cuando el artículo 32 de la Ley dice que los requisitos a que se refiere son necesarios para la *existencia* legal del traspaso, no quiere decir que si falta alguno de ellos el contrato sea *inexistente*. Tales requisitos sólo son necesarios para que el traspaso tenga eficacia respecto del arrendador, sin necesidad de que éste preste su consentimiento, según revela con claridad el inciso final del propio precepto al declarar que «la falta de cualquiera de estos requisitos facultará al arrendador a no reconocer el traspaso». Es decir, que incumplidos tales requisitos o formalidades el arrendador no queda obligado a reconocer como nuevo arrendatario al cesionario, y puede por este motivo ejercitar contra el cedente la acción resolutoria del arrendamiento que le concede el artículo 114, por haberse realizado el traspaso del local de negocio «de modo distinto del autorizado en el capítulo IV de esta Ley».

En realidad, lo que el artículo 32 establece es el modo y las formalidades que deben observarse por el arrendatario cedente para que el traspaso produzca efectos obligatoriamente respecto del arrendador, pero no se refiere para nada a los requisitos del contrato de traspaso en sí, es decir, al contrato que se celebra entre el arrendatario cedente y el cesionario. Porque si el arrendador, por ejemplo, autoriza al arrendatario para traspasar, sin cumplir los requisitos del artículo 32, o si después de celebrada la cesión incumpliendo alguno de tales requisitos (por ejemplo, si se hace en documento privado) el propietario presta su asentimiento a la subrogación del cesionario en el contrato de arrendamiento, o, dicho de otro modo y utilizando los términos de la Ley, en lugar de no reconocer el tras-

paso, lo reconoce, la subrogación se habrá operado y será eficaz, no obstante el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32.

Conviene, pues, distinguir, al tratar de los requisitos del traspaso, de una parte, los que han de concurrir en el contrato que se celebre entre el cedente y el cesionario—que es propiamente el contrato de cesión del arrendamiento o traspaso—para que tal contrato sea válido y obligatorio entre ellos, y de otra parte, las formalidades que han de cumplirse para que el traspaso obligue al arrendador y sea eficaz respecto a él.

Por lo que respecta a los primeros, en cuanto la Ley de Arrendamientos no somete tal contrato a ningún régimen especial de forma, debe entenderse incluido en la doctrina general de la contratación contenida en el Código civil, cuya doctrina es supletoria, no sólo de la legislación de Arrendamientos urbanos, sino de todas las legislaciones especiales, conforme preceptúa el artículo 16 del propio Código. Y serán, pues, requisitos *sine qua non* la concurrencia del consentimiento, el objeto y la causa (art. 1.261), sin los cuales no hay contrato, y regirá el principio general de la consensualidad proclamado en el artículo 1.258, según el cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, y en el artículo 1.278, cuando declara que «los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se celebren, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez». La formalización en escritura pública que para el traspaso exige el número 5 del artículo 32 de la Ley no es un requisito para la validez *inter partes* del contrato de cesión, sino para su eficacia y obligatoriedad para el arrendador. A lo más, como aplicable al contrato de cesión entre arrendatario cedente y cesionario puede considerarse el párrafo final del artículo 1.280 del C. c., según el cual «también deberán constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas». Pero siempre teniendo en cuenta que ese requisito no afecta a la obligatoriedad del contrato, ni es un requisito *ad substantiam*, sino *ad probationem*, según es bien sabido.

Estimamos que esta distinción entre requisitos del contrato de cesión *inter partes* y requisitos para su eficacia respecto al arrendador, es fundamental y de indudable trascendencia práctica. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que un arrendatario de local de ne-

gocio convenga con un tercero la cesión de su local, llegando entre ellos a un perfecto acuerdo sobre el precio y sobre las condiciones del contrato, y que después, por no cumplir el arrendatario con la obligación de hacer el arrendador la notificación que ordena el número 4.º del artículo 32 de la Ley, o por hacerla defectuosamente, o por no cumplir alguna de las otras formalidades exigidas por dicho artículo que corren a cargo del arrendatario, el propietario se niega a reconocer el traspaso. Parece evidente que el contrato perfeccionado entre cedente y cesionario se habrá frustrado, y le será imposible al cedente cumplirlo, pero por causa a él imputable, por lo cual, con base en el incumplimiento de ese contrato que llegó a *existir*, podrá el cesionario reclamar del cedente la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Lo cual demuestra, si este supuesto es, como creemos, cierto, que existió un contrato válido entre las partes, aunque no llegara a tener eficacia frente al arrendador, por no haberse cumplido los requisitos del artículo 32 de la Ley y no haber querido el arrendador reconocerlo.

Distinto sería el caso de que, en la hipótesis anterior, el contrato de traspaso convenido entre el arrendatario y un tercero quedara sin posibilidad de cumplimiento, no por falta de alguno de los requisitos formales que enumera el artículo 32, sino por el hecho de que, aun cumplidos tales requisitos, el arrendador hiciera uso del derecho de tanteo y recabara el local para sí. Pero en tal supuesto lo único que podría decirse es que la frustración de la cesión convenida no se debía a culpa del cedente, y no engendraría, por tanto, responsabilidad alguna para él. Pero esto no conduciría a la consecuencia de que el contrato de traspaso *inter partes* no había llegado a existir. Se trataría entonces de un contrato de imposible cumplimiento por causa no imputable a las partes, sino por la concurrencia de una *conditio iuris*, ya que la eficacia de todo contrato o convenio de cesión entre el arrendatario y un tercero ha de considerarse siempre pendiente, aunque las partes no lo prevean o no lo pacten así, de una condición establecida por la Ley: la de que el arrendador no aproveche la oportunidad que la Ley le ofrece con motivo del traspaso para recabar el local para sí, ejercitando el tanteo o, en su caso, el retracto.

De todo lo que antecede puede llegarse a la conclusión, ajustada además a la práctica y a las realidades de la vida, de que en la rea-

lización del traspaso es necesario distinguir dos órdenes de requisitos: uno, los de validez y obligatoriedad entre partes del contrato de cesión, el cual es un contrato puramente consensual, cuya existencia no depende de los requisitos del artículo 32 de la Ley, sometido en todo caso a la *conditio iuris* de que el arrendador no lo impida utilizando los medios que para ello le concede la Ley para recuperar el local; y otros requisitos formales, necesarios tan sólo para dar eficacia a la cesión respecto al arrendador, y que son los que el tan repetido precepto enumera. Si el arrendador, no obstante haberse incumplido estos requisitos, no desconoce la cesión, sino que, por el contrario, la acepta, no podrían, ni el cedente ni el cesionario, invocar el incumplimiento de tales formalidades para alegar la inexistencia o la ineficacia del contrato. Porque en definitiva esos requisitos se establecen tan sólo en interés del arrendador, y no del arrendatario ni del cesionario.

7. Examen especial de la notificación previa. Su contenido.

Ningún otro de los requisitos del traspaso ofrece mayor imprecisión y puede suscitar más serias dudas que este en su formulación legal; imprecisión que alcanza no sólo a los elementos subjetivos y formales de la notificación, sino también, y sobre todo, a su contenido mismo.

Respecto a este último punto, según el literal contexto del apartado 4.º del artículo 32, lo que ha de notificar al arrendador el arrendatario es «*su decisión de traspasar y el precio convenido*». De la aislada consideración de este precepto parece deducirse que la notificación al arrendador no sólo ha de contener el anuncio del *propósito o decisión* de traspasar, sino que presupone además la existencia de algún acuerdo o convenio del arrendatario con un presunto cesionario dispuesto a pagar por el traspaso la cantidad que en la notificación ha de consignarse como *precio convenido*. Precio convenido implica sin duda precio fijado de acuerdo, o sea, mediante convenio con un tercero, que se ha comprometido a pagarlo por el traspaso. Si bien ese convenio con el tercero tendrá que haberse realizado en forma que no vincule definitivamente al arrendatario, ya que, según el párrafo 2.º del artículo 35, hasta transcurridos treinta días a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario hubiese hecho la notificación, no podrá éste «*concertar* con un

tercero el traspaso». Para coordinar ambos preceptos, de suerte que el arrendatario pueda tener *convenido* un precio con el tercero sin haber todavía *concertado* con él un traspaso, será necesario acudir a alguna modalidad de opción, o promesa, o condición suspensiva, o cualquier otra fórmula jurídica que no suponga una cesión consumada y efectiva, sino sólo un convenio pendiente de perfección, hasta que no transcurran los treinta días siguientes a la notificación hecha al arrendador. Porque la Ley no prohíbe que se celebre un convenio entre el arrendatario y el presunto cesionario sobre el precio y condiciones del traspaso, sino que sólo exige «que ese convenio quede en suspenso, sin posibilidad de elevarlo a acuerdo contractualmente perfecto, hasta transcurrido el plazo señalado para ello en el artículo 47» (sentencia de 21 de marzo de 1955). No hay, pues, dificultad alguna en que, cumpliendo lo que este precepto exige, se notifique al arrendador el precio *convenido*.

A una conclusión ligeramente distinta se llega, en cuanto al contenido de la notificación, si se contempla aisladamente el apartado 1.º del artículo 35, el cual, aludiendo a esa misma notificación previa que ha de hacer el arrendatario, se refiere, como contenido de la misma a «su decisión de traspasar y el precio que *le haya sido ofrecido*». Con lo cual parece que bastará para justificar la notificación el hecho de que al arrendatario se le haya dirigido por un tercero *una oferta*, es decir, que se le haya ofrecido una determinada cantidad por el traspaso, pero sin haber llegado el arrendatario a *convenio* alguno con el oferente respecto de tal cifra. Esta situación puede fácilmente coordinarse con la anterior, porque si al arrendatario se le ha *ofrecido* una cantidad por el traspaso y él está dispuesto a traspasar por ese precio, comunicándolo así al arrendador, puede admitirse que, al menos tácitamente, existe precio *convenido*. En todo caso, de lo hasta ahora examinado se deduce que la notificación ha de realizarse en consideración a un traspaso concreto y efectivamente proyectado por el arrendatario con un tercero.

Pero existen otros preceptos, relativos al mismo tema, que parecen conducir a una conclusión distinta en orden al contenido de la notificación. Así, los artículos 36, párrafo 1.º y 41 llaman a esa notificación «preceptiva oferta» hecha al arrendador. Y el apartado 5.º del artículo 32, al fijar los requisitos que ha de reunir la escritura de traspaso, ordena que en ella se consigne, bajo la responsabilidad

del arrendatario, haberse cumplido el requisito anterior (es decir, haberse hecho la notificación) y «*la cantidad por la que se ofreció el traspaso al arrendador*». De esto podría deducirse que el arrendatario está simplemente obligado a notificar al arrendador que desea o está decidido a traspasar en una determinada cantidad fijada por él, ofreciendo en ese precio el traspaso al propietario, sin necesidad de que tal precio haya sido *convenido* con un tercero o le haya sido *ofrecido* por nadie. En este sentido estima GARCÍA ROYO que ha de notificarse «*el precio que pretenda obtener el arrendatario, bien sea por habérselo ofrecido el presunto adquirente o porque él mismo lo haya señalado como apropiado*» (27).

De ser esto así resultaría que el arrendatario podría poner en marcha el mecanismo del traspaso, frente al arrendador, en cualquier momento, sin un proyecto concreto de traspaso, factible, real, inminente, sino con base tan sólo en su deseo de ceder el arrendamiento, notificando al arrendador la decisión de traspasar por un precio determinado, libremente fijado por él, y sin que realmente nadie se haya interesado por el traspaso.

Admitir esto sería desnaturalizar la finalidad de esa notificación previa al traspaso, que es la de dar al arrendador la oportunidad de ejercitar el derecho de *tanteo* adquiriendo él con preferencia a otro. Si se admite que en cualquier momento puede el arrendatario notificar al arrendador su decisión de traspasar por un precio fijado por él, ofreciéndole en ese precio el traspaso, sin que en realidad exista ninguna oferta o proyecto concreto y efectivo de traspaso, resultaría que el arrendatario podría provocar a su voluntad una adquisición por parte del arrendador, sin que se diera el supuesto en que el derecho de tanteo ha de entrar en juego, o sea, el de adquirir con preferencia a otro que se propone también adquirir, y no parece ciertamente ser ese el sentido de la Ley al reconocer expresamente al arrendador un *derecho de tanteo*, que es un derecho de preferencia para la adquisición de una cosa.

Claro es que, aun no siendo ese el designio legal, la deficiente regulación dada por la Ley a esa notificación previa hace posible que el arrendatario provoque maliciosamente en cualquier tiempo la adquisición por parte del arrendador, sin tener a la vista

(27) *Tratado de Arrendamientos urbanos*, Madrid, 1947. t. I, pág. 611.

ningún proyecto de traspaso ni ninguna oferta concreta. Y ello porque no se exige que en la notificación se consigne quién es la persona del presunto cesionario. Bastará así, para cumplir formalmente con el requisito legal y aparentar que se está en un caso de verdadero traspaso, con que el arrendatario notifique al arrendador su decisión de traspasar en determinado precio, diciendo que le ha sido *ofrecido o que lo ha convenido*, aunque ello no sea cierto, puesto que no tiene obligación de comunicar al arrendador quién es el presunto concesionario. Y podrá ocurrir entonces una de estas dos cosas: o bien que el arrendador, dentro del plazo legal, utilice el derecho de tanteo, en cuyo caso el arrendatario logrará su propósito de traspasar, o bien que el arrendador no haga uso de aquel derecho, en cuyo supuesto, fracasada esa maniobra fraudulenta, nada habrá perdido el arrendatario, ya que la Ley no le obliga en tal caso a concertar el traspaso con un tercero, ni fija un plazo de vigencia a la notificación hecha, ni establece ninguna sanción contra tal proceder (28).

No obstante esa posibilidad de simulación a que la defectuosa regulación legal se presta, entendemos que la preceptiva notificación previa sólo será eficaz cuando se haya dado a conocer al arrendador, no sólo la decisión de traspasar, sino además un precio fijado con base en una efectiva oferta o convenio con un tercero. Y que si puede acreditarse la simulación y probarse que el precio fijado en la notificación lo fué unilateralmente por el arrendatario a su arbitrio, sin que exista postor o convenio alguno con un tercero, esa notificación, y todas las consecuencias que de ella hayan podido derivarse podrán impugnarse por ineficaces.

JUAN OSSORIO MORALES.

(28) De modo mucho más correcto y eficaz regula la propia Ley la notificación exigible en otro caso de tanteo que consagra, cual es el que reconoce a favor del inquilino en el supuesto de venta del piso o casa que ocupa. Para la efectividad de ese tanteo exige que el propietario le notifique la decisión de enajenar, el precio ofrecido, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador (art. 47). Se concede entonces al inquilino un derecho de tanteo, que podrá ejercitar en el plazo de sesenta días, a contar del siguiente a la notificación; pero si no hace uso de ese derecho y el propietario no lleva a efecto la transmisión anunciada, en el plazo de ciento ochenta días siguientes a la notificación, los efectos de ésta caducan, y no podrá intentar el propietario nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación (art. 49).