

Miguel Ángel TOLEDANO JIMÉNEZ
Abogado

• **ENUNCIADO:**

Ana acude a nuestro despacho profesional con el fin de que la asesoremos en el siguiente asunto:

Con fecha 1 de junio de 1976 suscribió con Samuel contrato de arrendamiento de local de negocio sito en Madrid, por precio cierto de 250.000 ptas., año pagaderas por mensualidades. En la actualidad (enero de 2003) Samuel le manifiesta a Ana de manera verbal que quiere traspasar el local de negocio en el que tiene instalado un taller mecánico por un precio de 5.000.000 de ptas.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

Las cuestiones que nos plantea Ana son las siguientes:

1. ¿Tiene que prestar su consentimiento el arrendador?
2. ¿Qué derechos le asisten como arrendadora?
3. Requisitos que debe cumplir el traspaso.

• **SOLUCIÓN:**

1. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) regula, en el artículo 32 ubicado en el Título III de la citada Ley bajo el epígrafe «De los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», lo siguiente:

1. Cuando el arrendador en la finca arrendada ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador.

Si bien es cierto que, en estos casos, el arrendador tendrá derecho a una elevación de renta del 10 por 100 de la renta en vigor en caso de producirse un subarriendo parcial, y del 20 por 100 en el caso de producirse la cesión del contrato o el subarriendo total de la finca arrendada, matizando la actual LAU que no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendador como consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, aunque el arrendador tenga derecho a la elevación de la renta indicada anteriormente.

Los requisitos tanto de la cesión como del subarriendo en estos casos son que se notifiquen de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieran concertado.

Parece pues que el tenor de la nueva LAU es claro y no será preciso contar con el consentimiento del arrendador.

Ahora bien, estamos ante un traspaso de local de negocio que trae causa en un contrato de arrendamiento concertado el 1 de junio de 1976. ¿Qué legislación es aplicable?

Para responder a esta cuestión acudiremos a la disposición transitoria tercera de la LAU de 1994 que establece el régimen normativo aplicable a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985. Esta disposición transitoria establece que los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley continuarán rigiéndose por las normas del Texto Refundido de la LAU de 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en la propia Ley 29/1994 que son relativas a:

- a) La extinción y subrogación del contrato de local de negocio.
- b) La actualización de la renta.
- c) Otros derechos del arrendador y del arrendatario en los que no se hace referencia al traspaso de local de negocio.

Por lo tanto entendemos que en el caso que nos ocupa es de aplicación la LAU de 24 de diciembre de 1964, salvo las excepciones antes mencionadas. La LAU de 1964 definía el traspaso de locales de negocio como 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. Admitido por la LAU de 1964 el denominado traspaso legal, se admitió la posibilidad de ceder el contrato de arrendamiento de local de negocio a un tercero, sin necesitar el consentimiento del arrendador, eso sí, con el necesario cumplimiento de una serie de requisitos legales que a continuación examinaremos.

2. En cuanto a los derechos que le asisten a la arrendadora vienen también reflejados en los artículos 29 a 42 del Texto Refundido de 1964. Antes de analizar los mismos queremos hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona de 29 de septiembre de 2000 en la que, entre otras cosas, se discutía si el único artículo vigente de la sección que el Texto Refundido de la LAU dedica al traspaso es el 32 por la mención expresa que la disposición transitoria tercera de la LAU de 1994 hace al mismo, y entendiendo por lo tanto que el artículo 39 está derogado, o si bien, por el contrario, la referencia expresa al artículo 32 no comporta la derogación del resto de la regulación legal contenida en los artículos 29 y siguientes del Texto Refundido de la LAU. Esta cuestión fue resuelta por la AP en la sentencia citada en el sentido de no compartir en absoluto la tesis de los demandados que defendía la sola vigencia del artículo 32, en el sentido de entender que el citado artículo no comporta la derogación del resto de la regulación legal como hemos dicho. En efecto, el artículo 32 se limita a enumerar los requisitos necesarios para la validez del traspaso, pero los demás preceptos de la sección establecen su régimen jurídico, no derogado en absoluto por la transitoria. La referida sentencia manifiesta que si siguiéramos la tesis del demandado llegaríamos a una conclusión absurda, puesto que el artículo 32 se limita a establecer requisitos de validez del traspaso,

pero sus efectos, derechos y obligaciones se regulan en los demás que la sección dedica a la institución, con lo que quedaría como una institución sin contenido la del traspaso.

Los derechos fundamentales del arrendador son los recogidos en los artículos 35 y 36 del Texto Refundido de la LAU, los denominados derechos de tanteo y de retracto.

Establece el Texto Refundido de la LAU que aparte del derecho que asiste al arrendador referente a que el arrendatario le notifique fehacientemente la decisión de traspasar y el precio convenido y de que una vez verificado el traspaso se le notifique la realización del mismo, se reconoce al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo, es decir el derecho a recuperar el uso del local arrendado frente a la posibilidad de que el arrendatario ceda a un tercero su contrato de arrendamiento abonando, eso sí, el precio que el arrendatario solicita. Este derecho de tanteo lo podrá utilizar el arrendatario dentro de los 30 días, a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar y el precio que le ha sido ofrecido, por lo tanto, y hasta que transcurra ese plazo, no podrá el arrendatario concertar con un tercero el traspaso.

Ahora bien, cuando el arrendatario no le hubiere hecho la preceptiva oferta al arrendador o hubiere realizado el traspaso por precio inferior al que le notificó, surge a favor del arrendador el denominado derecho de retracto sobre el local de negocio traspasado, teniendo igualmente este derecho el arrendador cuando el traspaso del local se hiciera por dación o adjudicación en pago de deuda. En este caso, el arrendador también deberá ejercitar la acción dentro de los 30 días siguientes a contar de aquel en que le fuera notificada por el arrendatario la realización del traspaso, y si la notificación no le hubiere sido hecha, así como en los casos de dación o adjudicación en pago, desde que tenga conocimiento de la transmisión y de sus condiciones esenciales. Podríamos definir por tanto el derecho de retracto como aquel que tiene el arrendador de adjudicarse el traspaso, es decir, de adjudicarse el uso del local arrendado, una vez formalizado éste, bien porque no se le comunicó la preceptiva oferta (art. 32.4 del TRLAU), bien porque en realidad el traspaso se realizó por un precio inferior al que se le notificó, siendo en este caso una cuestión de prueba el demostrar el precio real del mismo.

Siguiendo con los derechos del arrendador nos adentramos en el artículo 39 del Texto Refundido de la LAU de 1964, que establece para los casos en los que el arrendador no hubiere ejercitado su derecho de tanteo o retracto dentro de los 30 días hábiles señalados en los artículos 35 y 36, la facultad del mismo para reclamar del arrendatario la participación en el precio del traspaso que con él convenga y señalando que de no existir acuerdo entre ellos la participación será la siguiente:

- a) Un 30 por 100 del precio del traspaso si el local de negocio se construyó o habitó por primera vez antes del 18 de julio de 1936.
- b) Un 20 por 100 del precio del traspaso si el local de negocio se construyó o habitó por primera vez después del 17 de julio de 1936 y antes del 2 de enero de 1942.
- c) Un 10 por 100 del precio del traspaso si el local de negocio se construyó o habitó por primera vez después del 1 de enero de 1942.

Estableciendo en todos los supuestos que los porcentajes citados experimentarían el aumento del 50 por 100 cuando el arrendatario, por traspaso de local de negocio, lo traspasare a su vez antes de transcurrir tres años desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública de traspaso (art. 32.5).

En cuanto a la forma de abonar el porcentaje, la Ley indica que el mismo será retenido del precio del traspaso por el cesionario, es decir, por el que ha pasado a ser el nuevo arrendatario, que

pagará al cedente el precio del traspaso, descontando el porcentaje que corresponda para entregárselo al arrendador.

Como indica el profesor don Pedro L. Yúfera Sales, «La jurisprudencia y tras sucesivos vaivenes se ha inclinado por entender que, la fecha a tener en cuenta, es la de la habilitación del local para poderse ocupar (que será, en consecuencia, posterior al inicio de la construcción) y al margen de quién fuera el titular arrendaticio inicial. Lo determinante es la edificación no la persona del arrendatario».

Cuestión distinta es cuando el arrendatario al traspasar el local de negocio desea hacerlo con otros elementos o accesorios, lo que la Ley indica expresamente como existencias, mercaderías, enseres o instalaciones de su propiedad. En este caso, aparte de observarse las reglas anteriores, la Ley indica que tanto en la preceptiva oferta al arrendador como en la escritura que solemnice la cesión se debe consignar el precio del traspaso del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos. Ahora bien, ¿conserva en estos casos el arrendador los derechos de tanteo y retracto? El artículo 41.2 del Texto Refundido de la LAU de 1964 entiende que sí, pero referidos al local exclusivamente y, si no hiciere uso de ellos, su participación recaerá también únicamente sobre el precio del traspaso del local pero no sobre el precio de los restantes elementos.

En este supuesto puede ocurrir que el arrendador ejercite los derechos de tanteo o retracto no sólo sobre el local sino quedándose también con el resto de los elementos del negocio; si es así, tendrá derecho a deducir del precio atribuido al local los porcentajes de participación establecidos en el artículo 39, ahora bien, si ejercita los derechos de tanteo y retracto únicamente sobre el local y no le interesan los elementos restantes que el arrendatario también quiere transmitir, el arrendador podrá también ejercitar su derecho de tanteo o retracto sólo sobre el local, pero en este caso no podrá efectuar deducción alguna.

Por lo tanto, cuando el arrendatario quiere, además de traspasar el local de negocio, transmitir otros elementos o bienes inherentes al mismo, se pueden dar diversas situaciones:

1. Que el arrendador ejercite los derechos de tanteo o retracto, diferenciándose si se queda o no con el resto de los elementos transmitidos y en función de esto tendrá derecho o no a descontarse su participación, pero siempre sobre el precio asignado al local.

2. Que no ejercite los derechos de tanteo o retracto, en este caso seguirá teniendo el arrendador derecho a su participación pero sólo sobre el precio de traspaso del local y no sobre el precio del resto de los elementos que el arrendatario quiere transmitir (art. 41.2 de la LAU de 1964).

3. En cuanto a los requisitos que debe cumplir el traspaso vienen fundamentalmente detallados en el artículo 32 del Texto Refundido de la LAU de 1964, y son los siguientes:

- a) Que el arrendatario lleve legalmente establecido en el local objeto del mismo, y explotándolo ininterrumpidamente, el tiempo mínimo de un año. Por lo tanto se tienen que dar ambos requisitos, no basta con que se dé uno solo de ellos.

- b) Que el adquirente contraiga la obligación de permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de otro año y, además (requisito acumulativo igual que los dos anteriores), deberá destinarlo durante este tiempo por lo menos a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo. La SAP de Madrid, Sección 21.ª, de fecha 19 de septiembre de 1994, con relación a este requisito, dispuso que el precepto (art. 32.1) no se refiere a negocio idéntico al del arrendatario sino a negocio de la misma

clase, que es un término más amplio y así entiende que no se vulnera el requisito contenido en este precepto en el caso de un traspaso de local de negocio dedicado en principio a taller de chapa y pintura de automóviles y posteriormente a negocio de reparación en general de autos.

c) La fijación de un precio cierto por el traspaso. No olvidemos en este apartado lo recogido en el artículo 41 del Texto Refundido y al que hemos hecho alusión en el apartado 2.º de nuestro caso, referente al traspaso no sólo del local de negocio sino también a los restantes bienes que pudiera haber en el mismo (existencias, mercaderías, etc.). En este caso se debe fijar un precio cierto no sólo por el traspaso del local de negocio sino también por el resto de los bienes transmitidos.

d) Que el arrendatario notifique fehacientemente al arrendador o, en su defecto, a su apoderado, administrador y, en último término, al que materialmente cobre la renta, su decisión de traspasar y el precio convenido. Este requisito ha sido usado en numerosas ocasiones para solicitar la nulidad del traspaso.

Así la SAP de Tarragona (Secc. 3.ª) de 16 de octubre de 1997 recoge:

«En relación al incumplimiento de la condición 4.ª del art. 32 de la LAU, se alega que el letrado don Josep María ..., a quien se le notificó la intención de traspasar el local de negocio destinado a peluquería por el acta notarial de 23 de marzo de 1995, no era el administrador, ni representante de los propietarios, ni cobrador material. Sin embargo, es un hecho probado por medio del documento número 1 de la demanda, de la absolución de la posición tercera de la actora doña Natividad, y de la absolución de posiciones del codemandado don Antonio, que ante el fallecimiento de la arrendadora y el desconocimiento de sus derechos, el arrendatario en fecha 21 de diciembre de 1994 pagó las rentas debidas desde el segundo trimestre de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994, al letrado don Josep María, quien obviamente actuó como cobrador material, razón por la que también estaba facultado para que se le notificara el traspaso del local de negocio, pues el art. 32.4 no exige de forma ineludible la notificación al arrendador, sino que prevé otros supuestos al agregar "o, en su defecto, a su apoderado, administrador y, en último término, al que materialmente cobre la renta", condición esta última que concurría en el citado letrado, razón por la que debe entenderse cumplido el requisito del núm. 4 del art. 32 LAU 1964.»

Asimismo, la SAP de Valencia (Secc. 9.ª), de fecha 19 de mayo de 2001, haciéndose eco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1962, indica «que la facultad que la LAU concede al arrendatario de enajenar el uso del local arrendado obligando al arrendador, sin contar con su voluntad, a vincularse con un tercero, como excepcional que es, ha de ajustarse en su ejercicio a todas aquellas garantías a las que el ordenamiento jurídico la condiciona, particularmente las que tienden a asegurar el rescate por el arrendador de los derechos integrantes del dominio y la libre disposición mediante el tanteo, y entre dichas garantías está la prevista por el número 4 del artículo 32, de notificar el precio convenido, lo cual supone no el mero pensamiento o propósito unilateral de enajenar, sino la realidad de un convenio con un tercero por un precio definitivamente fijado, sin lo cual no habría el traspaso ni la posibilidad de tanteo que implica una subrogación preferente; en su virtud, la simple manifestación de un pensamiento, e incluso de un deseo o propósito de vender podrá constituir una oferta de rescate, pero de ninguna manera la notificación de un precio convenido para la adquisición preferente por tanteo, que es lo que la Ley ordena, y añade dicho alto tribunal que la notificación hacien-

do saber al arrendador que pensaba traspasar no es suficiente, porque el arrendador no tiene por qué indagar por su cuenta si este propósito implicaba una oferta que podía no interesarle en aquel momento o un precio convenido que podría interesarle... Esta doctrina pone de manifiesto que la notificación ha de venir referida a un traspaso concreto y determinado, y no a una voluntad o deseo genérico de traspasar pues sólo así puede estimarse como requisito esencial de la notificación tanto la determinación del precio como las condiciones o facilidades de pago, como también se concreta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 en la que se dice "que la forma de pago convenido para el traspaso es circunstancia que también debe notificarse fehacientemente al arrendador, pues si la facultad de éste por su derecho de tanteo es la de preferencia para la adquisición con las mismas condiciones convenidas entre el arrendatario y el tercero, el conocimiento del precio y de su forma de pago y plazos de pago es circunstancia esencial para la decisión del arrendador".

e) El traspaso se deberá otorgar mediante escritura pública, en la cual deberán consignarse, bajo la responsabilidad del arrendatario, haber cumplido el requisito referente a la notificación fehaciente de la decisión de traspasar y el precio convenido, y la cantidad por la que se traspasó, que obviamente deberá coincidir con la notificación fehaciente y el precio recogido en la misma a la que hace referencia el requisito d).

f) Por último, una vez verificado el traspaso mediante escritura pública, dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento de la misma, el arrendatario deberá notificar de modo fehaciente al arrendador o, en su defecto, a las personas antes mencionadas los siguientes extremos:

- La realización del traspaso.
- El precio percibido.
- El nombre y domicilio del adquirente.
- Y la obligación del adquirente de permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de un año y de destinarlo durante este tiempo, por lo menos, a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario.»

La falta de cualquiera de estos requisitos facultará al arrendador a no reconocer el traspaso.

Por último y siguiendo con la Sentencia dictada por la Sección 21.^a de la AP de Madrid, de fecha 19 de septiembre de 1994, en la que entre otras razones se impugna el traspaso por entender que no se ha respetado el plazo de 30 días para el ejercicio del derecho de tanteo, y que es admitido en la sentencia apelada, se dice que «el artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que se reconoce al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo, que podrá utilizar dentro de los 30 días, a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar y el precio que le ha sido ofrecido, y que consecuentemente, y hasta que transcurra este plazo, no podrá el arrendatario concertar con un tercero el traspaso. Este plazo para el ejercicio del derecho de tanteo es de días hábiles, como resulta de lo expresado en el artículo 39.1 de la LAU y reconoce la Jurisprudencia al declarar que si bien es cierto en términos generales, en el cómputo del plazo para ejercitar un derecho sustantivo de carácter civil, como lo es el de tanteo, se han de contar los días inhábiles, por no ser aquel plazo un término procesal, sino de prescripción o, en su caso, de caducidad del derecho o de la acción ejercitados, también lo es que así será en cuanto no exista precepto legal en que expresamente se disponga lo contrario, toda vez que el art. 35 está complementado o,

si se quiere, aclarado, por el art. 39, según el cual el plazo en cuestión es de 30 días hábiles, por lo que en su cómputo no se han de tener en cuenta los días feriados (ss. de fechas 26 de enero de 1966, 27 de mayo de 1971 y 17 de febrero de 1975)». Asimismo, siguiendo con el plazo para ejercitar el derecho de tanteo, la sentencia dice: «...se plantea la cuestión de si el traspaso realizado antes de finalizar aquel plazo es motivo para oponerse al mismo y para pedir la resolución del contrato locativo, toda vez que tal requisito no está recogido en el artículo 32 de la Ley. La Jurisprudencia así lo ha entendido sobre la base de que se priva al arrendador del derecho de tanteo, que puede ejercitar hasta el último día del plazo, y se carece del derecho de retracto, pues el artículo 36 de la ley sólo lo concede para los supuestos de no haberse hecho al arrendador la preceptiva oferta o haberse realizado el traspaso por precio inferior al notificado... Pretender impugnar el traspaso y resolver el arrendamiento con el solo apoyo de que se efectuó antes del transcurso del plazo de tanteo, olvidándose de la finalidad que se persigue reconociendo la acción, que es la protección del derecho de tanteo del arrendador, en este caso no perjudicado, ya que se evidencia que aquél no tuvo intención de ejercitarlo, supone, a juicio de esta Sala, un abuso de derecho, prohibido por los arts. 7.º 2 del Código Civil y 9.º 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por ejercitarse el derecho anormalmente, o en las palabras del primero de los preceptos citados, por sobrepasarse objetivamente y de forma manifiesta los límites normales del ejercicio del derecho».

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley 29/1994 (LAU), arts. 9.º 2, 32, 35, 36, 39 y disp. trans. tercera.**
- **Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, arts. 32, 35, 36, 39 y 42.1.**
- **Código Civil, art. 7.º 2.**
- **SAP de Madrid (Secc. 21.ª), de 19 de septiembre de 1994.**
- **SAP de Valencia (Secc. 9.ª), de 19 de mayo de 2001.**
- **SAP de Tarragona (Secc. 3.ª), de 16 de octubre de 1997.**
- **SAP de Albacete (Secc. 1.ª), de 14 de abril de 1998.**
- **SSAP de Pontevedra de 20 de noviembre de 1996 y 18 de junio de 1999.**
- **SAP de Barcelona (Secc. 4.ª), de 29 de septiembre de 2000.**
- **SAP de Asturias (Secc. 5.ª), de 11 de abril de 2000.**
- **STS (Sala de lo Civil), de 31 de diciembre de 1996.**