

El subarriendo sobrevenido en las operaciones de sale-and-leaseback

Antonio García García y Megumi Yamaguchi

Abogados en Pérez-Llorca

Diario La Ley, Nº 10001, Sección Tribuna, 2 de Febrero de 2022, Wolters Kluwer

ÍNDICE

[El subarriendo sobrevenido en las operaciones de sale-and-leaseback](#)

[I. Planteamiento](#)

- [1. El «sale-and-leaseback», una tendencia en alza](#)
- [2. «Sale-and-leaseback» de inmuebles arrendados](#)
- [3. Subarriendos tradicionales \(«aguas abajo»\) vs. subarriendos sobrevenidos \(«aguas arriba»\)](#)

[II. ¿Tiene el arrendatario original un derecho de adquisición preferente sobre el inmueble?](#)

[III. Admisibilidad del subarriendo sobrevenido sin consentimiento del arrendatario original](#)

- [1. ¿Estamos ante una novación del arrendamiento original?](#)
- [2. La venta del inmueble como acto dispositivo del arrendador](#)
- [3. Permisión general del subarriendo «aguas abajo» en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda: una interpretación analógica](#)

[IV. Régimen legal del subarriendo sobrevenido o «aguas arriba»](#)

- [1. Ley aplicable](#)
- [2. Condiciones del «head lease»](#)
- [3. Notificación al subarrendatario](#)
- [4. La elevación de la renta prevista en el art. 32 LAU](#)
- [5. Relación comprador-subarrendatario: el juego de los artículos 1551 CC y 1552 CC](#)

[V. El «head lease» como derecho del subarrendador a efectos de la resolución del subarriendo](#)

- [1. Remedios frente al incumplimiento del subarrendador](#)
- [2. Posibles abusos de derecho en las estructuras «aguas arriba»](#)
- [3. Algunas propuestas de lege ferenda](#)

[VI. Conclusiones](#)

Normativa comentada

L 29/1994 de 24 Nov. (arrendamientos urbanos)

TÍTULO II. De los arrendamientos de vivienda

CAPÍTULO PRIMERO. NORMAS GENERALES

Artículo 8. *Cesión del contrato y subarriendo.*

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

TÍTULO PRELIMINAR. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia

CAPÍTULO III. EFICACIA GENERAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Artículo 6

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO PRIMERO. De las obligaciones

CAPÍTULO II. DE LA NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1111

CAPÍTULO III. DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA. De las obligaciones puras y de las condicionales

Artículo 1115

CAPÍTULO IV. DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA. Del pago

Artículo 1158

SECCIÓN SEXTA. De la novación

Artículo 1203

Artículo 1204

TÍTULO II. De los contratos

CAPÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1256

TÍTULO VI. Del contrato de arrendamiento

CAPÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1542

CAPÍTULO II. DE LOS ARRENDAMIENTOS DE FINCAS

RÚSTICAS Y URBANAS

SECCIÓN PRIMERA. Disposiciones generales

Artículo 1550

Artículo 1551

Artículo 1552

Artículo 1553

SECCIÓN SEGUNDA. De los derechos y

obligaciones del arrendador y del arrendatario

Artículo 1554

TÍTULO XVI. De las obligaciones que se contraen sin convenio

CAPÍTULO II. DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CULPA

O NEGLIGENCIA

Artículo 1902

*D 4104/1964 de 24 Dic. (TR arrendamientos urbanos)**D 8 Feb. 1946 (Ley Hipotecaria)*

ANEXO

TÍTULO II. De la forma y efectos de la inscripción

Artículo 34

Comentarios

Resumen

En el presente trabajo abordamos las operaciones de «sale-and-leaseback», propias del mercado inmobiliario de locales de negocio. En concreto, analizamos los casos en los que el inmueble se encuentra arrendado a terceros, quienes pasan a ser subarrendatarios de forma sobrevenida como consecuencia del arrendamiento principal o «head lease» celebrado entre comprador y vendedor.

Estudiamos la naturaleza de una operación que, por su novedad, no ha sido objeto de análisis exhaustivo por la doctrina, su admisibilidad en Derecho español, las condiciones en que debe entenderse realizada la transformación del arriendo original en subarriendo, su relación con el contrato principal y las normas aplicables tanto al subarriendo como al «head lease». Concluimos nuestro estudio con algunas propuestas de lege ferenda que permitan dar seguridad jurídica y garantizar el equilibrio contractual entre todas las partes implicadas en la operación.

Palabras clave

Arrendamiento, subarrendamiento, Ley de Arrendamientos Urbanos, *sale-and-leaseback*, novación modificativa, abuso de derecho, fraude de ley, resolución.

I. Planteamiento

1. El «sale-and-leaseback», una tendencia en alza

En los últimos años, las operaciones conocidas como «sale-and-leaseback» se han convertido en tendencia principalmente entre los inversores en el sector *retail* (esto es, supermercados y centros comerciales) (1). En ellas,

una sociedad vende un inmueble a un inversor, permaneciendo en el mismo como arrendataria. Se trata de una variante moderna de la *constitutum possessorium* del Derecho romano, en la que el transmitente se quedaba con la cosa después de enajenarla, poseyéndola por título distinto del de propiedad.

Mediante este tipo de transacciones, el inversor se asegura una rentabilidad, al adquirir el activo arrendado desde el primer momento

Mediante este tipo de transacciones, el inversor se asegura una rentabilidad, al adquirir el activo arrendado desde el primer momento, generalmente en condiciones muy favorables (nótese que el *sale-and-leaseback* ha venido de la mano de la popularización de los arrendamientos «*triple neto*», hasta ahora no demasiado comunes en el mercado inmobiliario español (2)). Por su parte, el vendedor —nuevo arrendatario— consigue liquidez de manera inmediata, lo que le permite reinvertir los fondos en su negocio principal (v.g. en CAPEX y fondo de maniobra, o bien en la apertura de nuevas instalaciones).

Durante el año 2021, los firmantes de este artículo hemos participado como asesores legales en algunas de estas operaciones inmobiliarias. Esta labor reviste cierta complejidad, pues a la redacción de los documentos propios de la compraventa de inmuebles se suma la negociación del contrato de arrendamiento (verdadera garantía del buen fin de la inversión para el comprador), y la evaluación de la fiscalidad de la operación en su conjunto (3) .

2. «Sale-and-leaseback» de inmuebles arrendados

En el marco de algunas de estas transacciones nos hemos encontrado un problema jurídico de notable interés: se trata de aquellas situaciones en las que el inmueble transmitido ya se encuentra arrendado a terceros en el momento de la venta (pensemos en galerías comerciales con varios locales, o, saliendo del sector *retail*, en edificios de oficinas). En unidad de acto con la compraventa del inmueble, comprador y vendedor firman un contrato de arrendamiento «principal» (al que se suele aludir como «*head lease*»). Por su parte, los arrendamientos originarios continúan en vigor, en las condiciones pactadas.

Al permanecer como arrendatario, el vendedor convierte en subarrendatarios a los que hasta la fecha eran arrendatarios de los locales comerciales o de las oficinas, sin recabar previamente su consentimiento. Con la firma de la operación, comprador y vendedor envían una notificación firmada al hasta entonces arrendatario (a quien nos referiremos en adelante, indistintamente, como «subarrendatario»). Dicha notificación tiene aproximadamente el siguiente tenor:

«Por la presente, les comunicamos que, a fecha de hoy, (a) en virtud de la escritura de compraventa otorgada ante el Notario de [], Don/Doña [*][vendedor] ha transmitido la titularidad del Centro Comercial en el que se integra el Local Comercial a favor de [comprador]; y (b) con carácter inmediatamente posterior, pero en unidad de acto, han suscrito un contrato de arrendamiento al objeto de que [vendedor] se convierta en arrendatario del Centro Comercial, incluyendo la superficie correspondiente al Local Comercial.*

Como consecuencia de la referida transmisión y del consiguiente contrato de arrendamiento suscrito entre [comprador] y [vendedor], el contrato suscrito con Ustedes de fecha [X] (el "Contrato") se ha transformado en contrato de subarrendamiento, dependiente del contrato de arrendamiento principal, en virtud del cual [vendedor] continuará como subarrendador frente a Ustedes, sin que exista subrogación por parte de [comprador] en la posición arrendadora de [vendedor].

De conformidad con lo anterior, el Contrato seguirá vigente como subarrendamiento, manteniendo [vendedor] en los mismos términos la totalidad de los derechos y obligaciones regulados a cargo del arrendador en virtud del Contrato, incluyendo los derechos derivados de las garantías entregadas por Ustedes.»

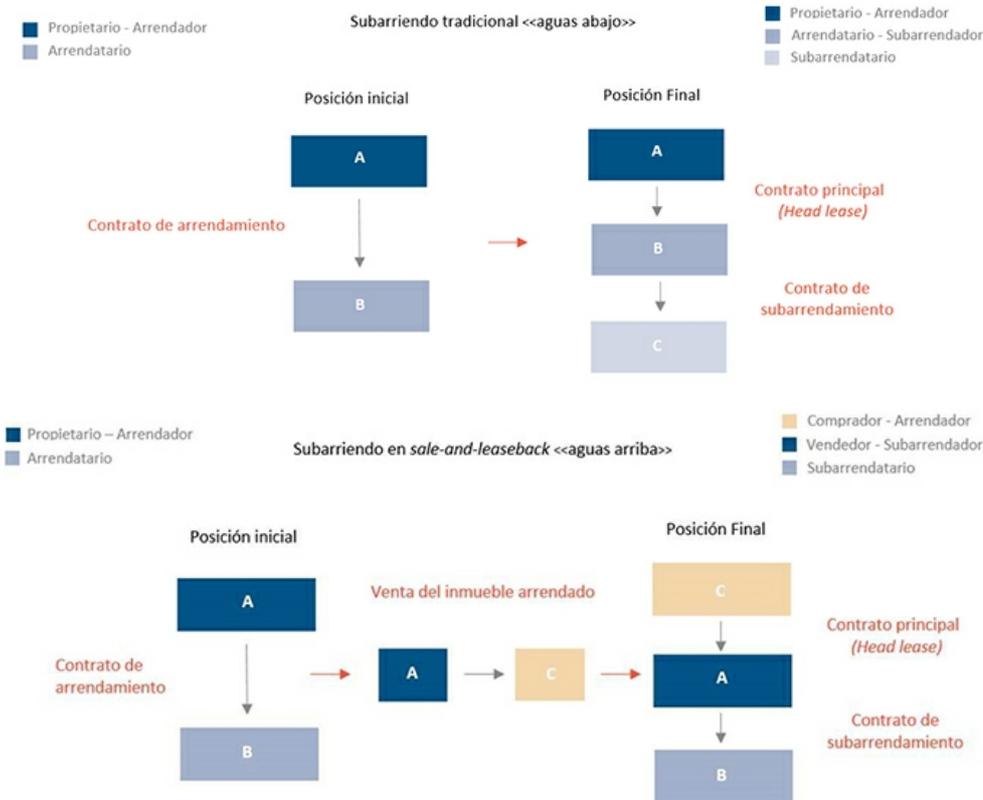
Como norma general, los términos del «*head lease*» permanecen desconocidos para el subarrendatario.

3. Subarriendos tradicionales («aguas abajo») vs. subarriendos sobrevenidos («aguas arriba»)

Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado (que sepamos) de supuestos como el de nuestro caso de estudio. Las normas reguladoras del arrendamiento —esto es, la Ley de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994) («**LAU**») y el Código Civil («**CC**») — tratan exclusivamente de los que nos hemos atrevido a denominar subarriendos tradicionales o «*aguas abajo*». Se trata de una traducción más o menos afortunada de la expresión inglesa

downstream, tan de moda en la literatura empresarial, y que resulta muy gráfica para la idea que queremos transmitir: subarriendos que un arrendatario concierta con terceros, pasando aquél a convertirse en subarrendador y éstos en subarrendatarios (es decir, se arrienda «hacia abajo» en la cadena de partes contractuales). Toda la doctrina que ha estudiado el fenómeno del subarriendo hasta la fecha lo ha hecho desde esta perspectiva «*aguas abajo*», en la que el arrendatario se erige en subarrendador al añadir «*por debajo*» a un tercero ajeno al arrendamiento principal (4) .

Sin embargo, la Ley guarda silencio sobre la posibilidad de que sea el arrendador original quien convierta al arrendatario original en subarrendatario, al añadir a un tercero «*por arriba*» con el mecanismo propio del *sale-and-leaseback*. Se trata de un subarriendo sobrevenido, que hemos bautizado como «*aguas arriba*» (como traducción de *upstream*).



Una vez más, comprobamos cómo una realidad económica cada vez más compleja origina negocios jurídicos mixtos que desbordan el campo del Derecho codificado (aunque, como hemos apuntado, el *sale-and-leaseback* ya lo anticiparon los antiguos romanos). En este trabajo trataremos de arrojar algo de luz sobre este fenómeno, siempre dentro del marco de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda. A efectos aclaratorios, este artículo no tiene por objeto de estudio de operaciones de *sale and leaseback* sobre inmuebles con arrendamientos de vivienda.

II. ¿Tiene el arrendatario original un derecho de adquisición preferente sobre el inmueble?

Este debe ser el primer aspecto a analizar: de ser afirmativa la respuesta, y ejercitar el arrendatario original este derecho, no llegaría a producirse la conversión de su contrato en subarriendo.

Es común en el mercado inmobiliario que los arrendatarios de locales comerciales renuncien expresamente al derecho de adquisición preferente que les concede el art. 31 LAU, pues lo contrario podría restar liquidez al activo (5) . No obstante, supongamos a efectos argumentativos que los arrendatarios originales no hubiesen hecho esta renuncia expresa.

Debemos considerar que el artículo 31 LAU remite íntegramente al artículo 25 LAU (para arrendamientos de vivienda). El punto 7 de este último señala:

«No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble [...]».

Por consiguiente, en nuestro caso de estudio, a los subarrendatarios no les asiste el derecho de adquisición preferente

Por consiguiente, en nuestro caso de estudio (en que existen varios arrendamientos concertados sobre distintos locales de un centro comercial), a los subarrendatarios no les asiste el derecho de adquisición preferente, aun cuando no hubiesen renunciado a él, y ello por remisión legal al art. 25.7 LAU. Dado que los elementos arrendados forman parte de un mismo «inmueble» (el centro comercial) y cada arrendatario ocupa solo una parte de dicho inmueble, no existe derecho de adquisición preferente. La conclusión será la misma tanto si el centro comercial se corresponde con una única finca

registral sobre la que existen varios arrendamientos como si está dividido horizontalmente en varias fincas, cada una de ellas arrendada a terceros (6).

Si, por el contrario, la totalidad del inmueble estuviese arrendado a la misma entidad y ésta no hubiera renunciado al derecho de adquisición preferente, entonces comprador y vendedor deberán notificar la venta al arrendatario. Éste podrá ejercitar el tanteo sobre la totalidad de las fincas a transmitir, dentro de los 30 días naturales siguientes a aquel en que se le hubiera notificado fehacientemente la decisión de vender (junto con el precio y demás condiciones esenciales de la transmisión). El arrendatario originario evitará convertirse en subarrendatario si ejercita su derecho (y, de paso, dará al traste con la operación de *sale-and-leaseback*).

III. Admisibilidad del subarriendo sobrevenido sin consentimiento del arrendatario original

Como hemos adelantado, no existen precedentes en la doctrina ni la jurisprudencia que analicen la validez de una operación como la que estudiamos. Es lógico, pues se trata de una situación poco común en la práctica, al menos hasta ahora. De manera que debemos recurrir a los principios generales del derecho de obligaciones, y hacer una exégesis finalista del CC y de la LAU.

1. ¿Estamos ante una novación del arrendamiento original?

En nuestro caso de estudio, la parte que detenta la posición de arrendador original (el vendedor), convierte a la parte hasta ahora arrendataria en subarrendatario. Algunos podrían entender que tal conversión entraña una novación modificativa de la relación originaria, de las previstas en el artículo 1203 CC (LA LEY 1/1889) (7), y que, por tanto, requerirá del consentimiento de ambas partes de la relación originaria.

A nuestro modo de ver, no se trata de una novación contractual. La naturaleza del subarriendo regulado en la LAU y el CC es la de un nuevo contrato, que en nada altera el contenido del arrendamiento originario y que se celebra entre arrendatario y subarrendatario (PÉREZ GURREA) (8). De ello se sigue que la mutación de la posición relativa de las partes respecto de terceros no altera ningún elemento de la relación entre el arrendador original (ahora subarrendador) y el arrendatario original (ahora subarrendatario).

Un argumento en favor de esta tesis lo encontramos en la tradicional distinción entre cesión y subarriendo: mientras que la primera sí conlleva una novación subjetiva (por un cambio en la persona del arrendatario), la segunda no implica novación, pues el arrendatario originario permanece vinculado en los términos del contrato de arrendamiento tal y como se pactó inicialmente (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ) (9). Esta distinción, predicada por la doctrina respecto de los arrendamientos «*aguas abajo*», sirve también para los subarriendos sobrevenidos, en los que la identidad de las partes y sus relaciones originarias no se ven afectadas. Si el *sale-and-leaseback* diese lugar a la resolución del derecho del subarrendatario, el vendedor responderá frente al aquél por los daños sufridos. De estos supuestos nos ocuparemos en el último apartado de este trabajo.

El precedente jurisprudencial que más se aproxima a nuestro supuesto (por los cambios en los roles de las partes) es la STS de 27 de mayo de 1971. El arrendatario-subarrendador adquirió la propiedad del inmueble, por lo que el arrendamiento principal se extinguió por consolidación (o confusión). El TS determinó que tal circunstancia (i) no extinguía el subarriendo y (ii) no entrañaba una novación contractual:

«Para que se hubiere producido la novación en el presente caso, con la consecuencia de la extinción del subarriendo y la creación de una relación de arrendamiento en su lugar, hubiera sido indispensable que las propias partes contratantes así lo hubieran expresado en un nuevo contrato o que esas mismas partes, sin expresarlo, hubieran establecido sobre ellas una nueva relación que fuera de todo punto incompatible con la anterior (art. 1204 CC (LA LEY 1/1889)), o sea, que ya se trate de uno u otro caso, ha de producirse una nueva coincidencia de voluntades, lo que no ocurre en este caso, en que solo se acredita que el subarrendador, por compra, se había convertido en

propietario del inmueble subarrendado, por lo cual la relación de subarriendo establecida con anterioridad ha de perdurar con su íntegro contenido, y seguirá rigiéndose por lo convenido entre las partes y por la normativa del subarriendo, que es lo que se propugna en el primer motivo del recurso [...] ».

Al igual que en esta STS, en nuestro caso no nace una relación incompatible con la anterior, sino que ésta continúa vigente en sus mismos términos.

2. La venta del inmueble como acto dispositivo del arrendador

Debemos advertir que el arrendador mantiene en todo momento el *ius disponendi* sobre el bien arrendado, de forma que puede enajenarlo o gravarlo sin el consentimiento del arrendatario (tenga éste o no su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad).

En la venta de un local comercial, rige la regla del art. 29 LAU: «*El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) »*. El arrendatario de local de negocio que inscribe su derecho queda protegido frente a ulteriores compradores, siempre que éstos no adquieran el inmueble a través del ejercicio de derechos inscritos con rango preferente (v.g. una opción de compra inscrita con prioridad al arrendamiento, o la ejecución de una hipoteca preexistente). En las enajenaciones voluntarias (10) de activos singulares con arrendamientos no inscritos, es dudoso que podamos considerar de buena fe al adquirente si el arrendatario desarrolla su negocio en el inmueble de forma notoria (como sucede, desde luego, en un centro comercial). Si bien la doctrina se encuentra dividida en este punto (a favor, MARÍN LÓPEZ y CARRASCO; en contra, PANTALEÓN y AZOFRA), es difícil sostener que el comprador desconocía la inexactitud del Registro (cfr. art. 34.2 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) —«LH»—), pues basta haber desplegado una diligencia mínima para tener noticia del arriendo (11) (12) . Resulta, pues, discutible, que la venta del inmueble pueda afectar al arrendatario en estos casos. Con independencia de cuál sea la respuesta a esta cuestión, el hecho es que la validez de la venta o el gravamen del inmueble no está condicionada a que el arrendatario preste su consentimiento, por lo que no parece que deba estarlo tampoco la operación objeto de estudio (13) .

3. Permiso general del subarriendo «aguas abajo» en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda: una interpretación analógica

En el Preámbulo de la LAU de 1994 (LA LEY 4106/1994), el legislador insiste en la necesidad de partir de una diferenciación de trato entre los arrendamientos de vivienda y los destinados a un uso distinto, al entender que las realidades económicas subyacentes son sustancialmente distintas y merecedoras, por tanto, de sistemas normativos disímiles que reflejen dichas diferencias.

En los arrendamientos de vivienda (que se rigen exclusivamente por la LAU), el subarriendo de la finca arrendada sin el consentimiento previo y por escrito del arrendador está terminantemente prohibido (art. 8 LAU). La inobservancia de la prohibición puede dar lugar a la resolución del contrato por el arrendador (art. 27 LAU).

Dicha prohibición parece lógica para los arrendamientos de vivienda, dada la realidad de estos contratos, que presuponen un elemento *intuitu personae* entre el propietario de una vivienda y la persona que detenta su posesión. Hay que tener en cuenta que más del 80% de las viviendas en alquiler en España pertenecen a pequeños y medianos propietarios (14) , quienes pueden necesitar recuperar la posesión de su casa para su uso personal o de sus familiares (art. 9.3 LAU). En semejante contexto, parece lógico que el propietario de una vivienda pueda decidir quién detenta la posesión inmediata de su casa en cada momento. Así, los arrendamientos de vivienda a menudo implican un verdadero test de idoneidad del inquilino, hasta el punto que los interesados en alquilar pisos en áreas de fuerte demanda deben superar verdaderos *castings* (15) . Se trata éste de un fenómeno que las últimas reformas de la LAU han contribuido a agravar, al introducir medidas muy protectoras para el arrendatario.

Por el contrario, el art. 32 LAU permite expresamente el subarriendo en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda:

«1. Cuando en la finca arrendada se 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.

2. 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.

3. No se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación de la renta prevista en el apartado anterior.

4. Tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieran concertado.» (16)

El subarriendo también está permitido para los arrendamientos sujetos al Código Civil (17) . El art. 1550 CC (LA LEY 1/1889) dispone:

«Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador».

Una de las razones de la permisión del subarriendo en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda es que el vínculo intuitu personae se ve muy diluido

Una de las razones de la permisión del subarriendo en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda es que, en ellos, el vínculo *intuitu personae* se ve muy diluido. La explotación de un inmueble por un operador conlleva a menudo su subarriendo, total o parcial, a terceros. Pensemos por ejemplo en un aparcamiento público, un edificio de oficinas o una galería comercial: se sobreentiende que el subarrendatario va a explotar el local conforme a su fin, y que es el primer interesado en su adecuada conservación (lo cual no debe presumirse en los arrendamientos de vivienda, como podemos dar fe quienes hemos residido en pisos alquilados durante años a estudiantes). Siguiendo a

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (18) , la supresión del requisito del consentimiento del arrendador en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (que sí establecía la anterior LAU de 1964 (LA LEY 81/1964)) obedece al fomento de la libertad de empresa y de la libre iniciativa económica.

La norma se refiere al subarriendo «*aguas abajo*». Pero no vemos razón por la que no deba reputarse válido el subarriendo en sentido inverso (incorporando a un tercero «*por arriba*» en la cadena de partes implicadas), sin consentimiento del arrendatario original. Esta conclusión se apoya en el *favor contractus* y en el principio por el cual debe reputarse permitido todo aquello que la ley no prohíbe, al menos en el ámbito del Derecho privado.

Recapitulando: hasta ahora hemos expuesto los siguientes argumentos a favor de la validez del subarriendo sobrevenido o «*aguas arriba*» sin contar con la aquiescencia del arrendatario original que se convierte en subarrendatario:

- (i) La operación no supone una novación del arrendamiento originario;
- (ii) El arrendador conserva en todo momento el *ius disponendi* sobre el inmueble, pudiendo enajenarlo o gravarlo sin el consentimiento del arrendatario;
- (iii) Del mismo modo que se permite el subarriendo «*hacia abajo*» para arrendamientos para uso distinto del de vivienda, nada debería obstar para introducir a un tercero en la dirección inversa de la cadena de relaciones contractuales.

Aceptando pues, la validez de la operación, analizaremos cómo deben aplicarse al mismo las normas de la LAU y el CC reguladoras del subarriendo tradicional o «*aguas abajo*».

IV. Régimen legal del subarriendo sobrevenido o «aguas arriba»

1. Ley aplicable

El contrato original, convertido en subarriendo, debe continuar gobernándose por la misma norma por la que se rigiera inicialmente (LAU o CC). Esto no admite dudas, pues de lo contrario sí estaríamos ante una novación unilateral del contrato al modificar un elemento esencial del mismo (su régimen legal).

Por su parte, el «*head lease*» se habrá de regir por la ley que determinen las partes (normalmente, la LAU). No obstante, siguiendo a PÉREZ GURREA (*op. cit.*, p. 1851) pueden plantearse dudas si comprador y vendedor omiten la mención a la ley aplicable. Al tratar la cuestión respecto de los arrendamientos de vivienda «*aguas abajo*», esta autora señala: «[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.»

En nuestro caso no existe tal inconveniente, puesto que el arrendador (esto es, el comprador) consiente desde el primer momento a la operación. Sin embargo, creemos que, a falta de elección, debe regir la LAU y no el CC. Y lo creemos así porque el objeto del arrendamiento del «*head lease*» no deja de ser una edificación (en nuestro caso, el centro comercial), que se destina a un uso distinto del de vivienda, y no un conjunto de bienes y derechos, materiales e inmateriales (como es propio de los arrendamientos de industria o negocio, sujetos al CC), ni tampoco una finca sin edificar (que también seguiría el régimen del CC). Por tanto, el «*head lease*» se mantiene en todo caso dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LAU. En las operaciones de *sale-and-leaseback* con subarriendos preexistentes en las que hemos intervenido, el vendedor operaba directamente una parte del centro (el supermercado), mientras que solo la zona de galerías comerciales estaba subarrendada a terceros, por lo que el vendedor mantenía su posesión inmediata. Incluso si el inmueble estuviese subarrendado en su totalidad, ello no impediría entender aplicable la LAU al «*head lease*», pues el vendedor detenta la posesión mediata del inmueble, que destina a un uso distinto del de vivienda (concretamente, a su subarriendo a terceros), por lo que queda dentro del ámbito de la LAU. Las normas de la LAU que sean de carácter imperativo serán de aplicación en todo caso al «*head lease*».

2. Condiciones del «*head lease*»

El artículo 8 LAU establece:

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

Este precepto no es aplicable a nuestro caso, ya que se refiere únicamente a los arrendamientos de vivienda.

En sus *Comentarios (op. cit.)*, LUCAS FERNÁNDEZ deja claro que la renta del subarriendo, en arrendamientos para uso distinto del de vivienda, puede ser igual, inferior o superior a la del arrendamiento principal. Parece lógico, no obstante, que la renta del «*head lease*» sea inferior a la del subarriendo (al menos, en términos de Euros por metro cuadrado para las superficies subarrendadas), pues la rentabilidad que obtiene el subarrendador reside en la diferencia entre la renta que percibe de los subarrendatarios y la que paga al arrendador.

Una antigua STS de 12 de diciembre de 1906 declaró que, si el subarrendador establece en el subarriendo condiciones que contrarían las pactadas en el arriendo, infringe éste, y hace procedente la rescisión. Esto es razonable hasta cierto punto en el arrendamiento «*aguas abajo*», pues el arrendador tiene interés en que el poseedor inmediato esté vinculado por obligaciones similares a las del poseedor mediato. Si analizamos cuáles han de ser las condiciones del nuevo «*head lease*» en el subarriendo «*aguas arriba*», este principio solo tiene sentido respecto del plazo, pues la vigencia del subarriendo teóricamente pasaría a depender de la del «*head lease*», con los matices que veremos en el último apartado. El subarriendo estándar («*aguas abajo*») puede establecer un plazo igual o inferior al del arrendamiento principal, pero no superior (pues no sobreviviría al arrendamiento principal de finalizar éste) (19). Por la misma razón, en los supuestos «*aguas arriba*», el «*head lease*» debería prever un plazo igual o superior al del arrendamiento originario (ahora subarriendo). Como desarrollaremos en el último apartado de este trabajo, la finalización del «*head lease*» antes del plazo convenido para el subarriendo (con la consecuente resolución de éste) dará lugar (a) a la responsabilidad del subarrendador por evicción (ex arts. 1553 (LA LEY 1/1889) y 1554.3º CC (LA LEY 1/1889)); o (b) a la ineficacia de la transacción, por fraude de los derechos del subarrendatario. Todo ello, claro está, salvo que el comprador acepte respetar al subarrendatario en su posesión por el plazo que quede por cumplir de su contrato, con independencia de la fecha de finalización del «*head lease*».

3. Notificación al subarrendatario

El artículo 32.4 LAU fija un plazo de un mes para que se notifique al arrendador el subarrendamiento «*aguas abajo*», a fin de que aquél pueda ejercitar sus derechos de elevación de la renta previstos en dicho artículo.

En los casos «*aguas arriba*», técnicamente ni siquiera sería necesaria la

En los casos «aguas arriba», técnicamente ni siquiera sería necesaria la notificación al subarrendatario para que la operación de sale-and-leaseback surta efectos

notificación al subarrendatario para que la operación de *sale-and-leaseback* surta efectos (nótese que el subarrendatario continúa realizando los pagos a la cuenta bancaria del vendedor).

Sin embargo, cuando el arrendatario original tenga un derecho de adquisición preferente por ser el único arrendatario de la totalidad del inmueble (conforme a lo razonado *supra*), la falta de notificación implicará que el plazo de treinta días para el ejercicio del retracto por el arrendatario original no empezará a contar mientras éste no haya sido notificado de manera fehaciente de las condiciones esenciales de la compraventa.

4. La elevación de la renta prevista en el art. 32 LAU

Como hemos adelantado, el artículo 32 LAU concede al arrendador la facultad de elevar la renta (un 10% en caso de subarriendo parcial, y un 20% en caso de subarriendo total). Esta facultad está pensada para los casos «*aguas abajo*», en los que la iniciativa de concertar un subarriendo parte del arrendatario original.

Por el contrario, en nuestro caso, la iniciativa de convertir al arriendo en subarriendo es del arrendador original. Éste no tiene derecho al incremento de la renta por el hecho de que el arrendamiento original se haya convertido en subarriendo. Ello sería tanto como dejar la producción del evento desencadenante del aumento en manos del beneficiario de dicho aumento, lo que contravendría los artículos 1115 (LA LEY 1/1889) y 1256 CC. (LA LEY 1/1889)

Cuestión distinta sería si el comprador (y nuevo arrendador principal) concertase la operación de *sale-and-leaseback* sin conocer la existencia de arrendamientos, y si ello podría dar lugar a la elevación de la renta del «*head lease*». Se trata éste de un escenario inexplorado, sobre el que no nos pronunciaremos.

5. Relación comprador-subarrendatario: el juego de los artículos 1551 CC y 1552 CC

Los artículos 1551 (LA LEY 1/1889) y 1552 CC (LA LEY 1/1889), aplicables supletoriamente a los arrendamientos sujetos a la LAU (20), regulan (con cierta parquedad) la relación entre el arrendador y el subarrendatario «*aguas abajo*»:

Artículo 1551 CC (LA LEY 1/1889):

«Sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, queda el subarrendatario obligado a favor del arrendador por todos los actos que refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario»

Artículo 1552 CC (LA LEY 1/1889):

«El subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados, a no haberlos verificado con arreglo a la costumbre» (21)

Los artículos 1551 (LA LEY 1/1889) y 1552 CC (LA LEY 1/1889) confieren al arrendador acciones directas contra el subarrendatario. En sus *Comentarios*, LUCAS FERNÁNDEZ (22) resalta cómo, de no existir los artículos 1551 y 1552, y puesto que el subarriendo es un nuevo contrato de arrendamiento en el que no ha sido parte el arrendador (en nuestro caso, el comprador), y que, según el artículo 1257.1, «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...*», el arrendador no podría accionar contra el subarrendatario, ni éste contra aquél, salvo que concurrieran los requisitos exigibles para ejercitar, en su caso, la acción subrogatoria al amparo del artículo 1111 CC. (LA LEY 1/1889)

Los autores que han estudiado preceptos análogos al artículo 1552 CC (LA LEY 1/1889) en el Derecho comparado sitúan su fundamento en la protección del arrendador frente a eventuales confabulaciones entre subarrendador y subarrendatario (23). En suma, se trata de evitar que el arrendatario concierte un subarriendo con una parte vinculada, y ésta deje de pagar la renta, declarándose insolvente el arrendatario-subarrendador (que ya no explota económicamente el inmueble). No es un escenario descabellado, por lo que la ley concede al arrendador acción directa contra el subarrendatario. En caso contrario, el subarriendo sería *res inter alios acta* para el arrendador, disponiendo solo de la acción general subrogatoria del artículo 1111 CC (LA LEY 1/1889) (menos robusta que la acción directa), o bien de la facultad de resolver el contrato principal (24).

Teniendo en cuenta el fundamento de estos preceptos (esto es, proteger al arrendador frente a confabulaciones entre arrendatario y subarrendatario, propias de los subarriendos «*aguas abajo*»), parece discutible que sean aplicables a un subarriendo sobrevenido como el de nuestro supuesto. Dado el silencio de doctrina y jurisprudencia al respecto, creemos que lo prudente es no pronunciarnos sobre la aplicabilidad o no de estos preceptos al subarriendo en su modalidad «*aguas arriba*». Si admitimos como premisa que el comprador-arrendador sí tiene acción directa contra el subarrendatario (lo cual, insistimos, es una cuestión difícil de determinar a falta de doctrina y jurisprudencia en uno u otro sentido), entonces es preciso hacer algunas matizaciones acerca de la operatividad de estos artículos:

i. Respecto del artículo 1551 CC (LA LEY 1/1889) (para la preservación del inmueble), tiene sentido que en los supuestos «*aguas abajo*» el subarrendatario responda frente a arrendador y arrendatario «*en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario*», pues el contrato principal preexiste al subarriendo, y el subarrendatario tiene la posibilidad de conocerlo. Los convenios arrendatario-arrendador en orden a la conservación de la cosa quedan de esta forma integrados en el subarriendo, y la ley confiere al arrendador acción directa para hacer valer dichos pactos frente al subarrendatario, de quien depende *de facto* la preservación del inmueble.

En nuestro caso, no puede entenderse que el subarrendatario quede obligado «*en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario*», pues no es parte de dicho contrato y ni siquiera conoce sus términos. Si consideramos aplicable el art. 1551 CC (LA LEY 1/1889), el subarrendatario solo debería responder frente al comprador-arrendador en los términos del contrato originario (ahora convertido en subarriendo). De esta manera, si el inmueble arrendado sufriese desperfectos, el comprador podría optar por (a) reclamar responsabilidad del vendedor bajo el nuevo contrato de arrendamiento, teniendo a su vez el vendedor acción de repetición frente al subarrendatario si tales desperfectos fuesen responsabilidad de éste, o bien (b) ejercitar la acción directa, que consistirá en subrogarse en la posición del subarrendador bajo el arrendamiento originario (al modo de los *step-in rights* de los sistemas anglosajones, y sin el *onus probandi* de la concurrencia de los requisitos del art. 1111 CC (LA LEY 1/1889)) y reclamar responsabilidad al subarrendatario, en la forma y con los límites previstos en dicho contrato originario.

ii. Respecto del artículo 1552 CC (LA LEY 1/1889) (para el cobro de la renta ante un impago del vendedor), las alternativas disponibles para el comprador serán similares a las expuestas para el art. 1551 CC. (LA LEY 1/1889) Si decide ejercitar la acción directa, el comprador se subroga en la posición del vendedor en el contrato, percibiendo las rentas. Dichos pagos deberían reputarse liberatorios para el subarrendatario (sin que deba éste pagar dos veces, al comprador y al vendedor) (25) .

Esta acción directa encuentra su límite en el precio del subarriendo: el subarrendatario no puede ser obligado a pagar una deuda mayor de la que deriva de su propio contrato (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 154). En otras palabras, la acción del art. 1552 CC (LA LEY 1/1889) funciona como la ejecución de una prenda sobre derechos de crédito derivados de contratos materiales, en que el acreedor notifica el incumplimiento del deudor a la contraparte del contrato pignorado y le indica una cuenta bancaria a la que realizar los pagos desde ese momento. Siguiendo a LUCAS FERNÁNDEZ, el arrendador requerirá de pago al subarrendatario, «*quien a partir de ese momento y en base al artículo 1552 CC (LA LEY 1/1889) ya es al arrendador (y no al subarrendador) a quien tiene que pagarle las rentas del subarriendo; no al arrendatario, puesto que si tal hiciere no quedaría liberado frente al arrendador, ya que a partir de tal requerimiento a quien debe pagar la renta es al arrendador, es decir, el subarrendatario queda obligado para con el arrendador a pagar la renta del subarriendo a partir de ese requerimiento*». Requerimiento que deberá hacerse en forma fehaciente (preferiblemente a través de conducto notarial) (26) .

Esta interpretación, entendemos, es coherente con la naturaleza de la operación y permite salvaguardar los derechos del subarrendatario, quien no se ve afectado por la inclusión de un tercero «*por arriba*»: el ejercicio de la acción directa no implica el empobrecimiento injusto del subarrendatario, pues su responsabilidad queda limitada a lo pactado en el arrendamiento original.

Por otra parte, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 150 y ss.) considera que existen argumentos que avalan la admisibilidad de una «*acción directa inversa*» del subarrendatario frente al arrendador (por ejemplo, para instar la realización de obras de conservación o reparaciones necesarias en el inmueble, en caso de no hacerlo el

subarrendador). Resulta muy difícil pronunciarse sobre la aplicabilidad de esta acción en las relaciones «*aguas arriba*». A priori, a falta de regulación expresa, parece razonable concluir que el subarrendatario no dispone de este remedio frente al incumplimiento del subarrendador.

V. El «*head lease*» como derecho del subarrendador a efectos de la resolución del subarriendo

Es pacífico en doctrina y jurisprudencia que la resolución del arrendamiento principal conlleva la resolución del subarriendo (cfr. SSTs de 15 de marzo de 1951, 12 de enero de 1952, 27 de abril de 1954 y 15 de mayo de 1955, todas ellas citadas en LUCAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*). Como apunta la STS de 28 de abril de 1952, el contrato de subarrendamiento está sujeto a las vicisitudes que pueda sufrir el arrendamiento principal: extinguido éste por cualquier causa, el subarrendatario queda en situación de precarista, y queda privado del título que justifica su posesión. Este principio está actualmente recogido en el art. 8.2 de la LAU de 1994 (LA LEY 4106/1994).

1. Remedios frente al incumplimiento del subarrendador

Como hemos adelantado, si el derecho del subarrendador queda resuelto por cualquier causa (y, con ello, el del subarrendatario), éste último dispone de la acción de saneamiento frente a aquél. El régimen del saneamiento por evicción es aplicable al contrato de arrendamiento (y, por tanto, al subarriendo) ex art. 1553 CC. (LA LEY 1/1889) También deriva de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la pacífica posesión del inmueble (art. 1554.3 CC (LA LEY 1/1889)) (27) . Así, tenemos que la indemnización de daños y perjuicios es el remedio general para las perturbaciones de derecho sufridas por el subarrendatario.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 1381/2002, de 22 de febrero, analizó un supuesto en el que se produjo el mutuo disenso entre arrendador y subarrendador, encontrándose el inmueble subarrendado a varias entidades. El Alto Tribunal declaró el derecho de los subarrendatarios a una indemnización, pagadera solidariamente por el subarrendador y el arrendador. En cambio, rechazó la pretensión de nulidad del disenso (como ya había hecho previamente en STS 7464/1997, de 14 de octubre).

La cuestión se reconduce de este modo al ámbito de la responsabilidad contractual (en lo que respecta al subarrendador) y de la *aquiliana* (en lo que respecta al arrendador).

2. Posibles abusos de derecho en las estructuras «*aguas arriba*»

El criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia citada resulta lógico para los subarriendos «*aguas abajo*». En ellos es difícil apreciar *consilium fraudis* entre arrendador y subarrendador en perjuicio del subarrendatario, pues el subarriendo se celebra con posterioridad al arrendamiento principal (no existen, a priori, indicios de que arrendador y arrendatario pudieran tener un interés común en deshacerse del subarrendatario).

Hemos analizado antes cómo parte de la doctrina entiende que el art. 29 LAU protege el derecho del arrendatario frente a adquirentes en enajenaciones voluntarias y en condiciones normales (esto es, cuando éstos hayan desplegado una diligencia normal que haga presumir que conocían la existencia del arriendo). Pues bien, imaginemos que un arrendador quiere librarse de un arrendatario que se encuentra al día en los pagos. Para ello celebra una operación de *sale-and-leaseback* en la que transmite el inmueble a una sociedad vinculada y posteriormente desiste del «*head lease*» (o bien deja de pagar la renta y el nuevo propietario declara resuelto el «*head lease*» por incumplimiento). Semejante conducta entrañaría un abuso de derecho por parte del vendedor y del adquirente, con objeto de defraudar la letra del art. 29 LAU. La causa conjunta del *sale-and-leaseback* se ve viciada de ilicitud, lo que lleva aparejada la sanción de nulidad.

En caso de que el *sale-and-leaseback* se llevase a cabo entre partes independientes, y que entre la operación y la renuncia del arrendatario mediase un periodo de tiempo considerable, habría que analizar las circunstancias

Podría suceder en cambio que el *sale-and-leaseback* se llevase a cabo entre partes independientes, y que entre la operación y la renuncia del arrendatario mediase un periodo de tiempo considerable. En estos supuestos sería preciso analizar caso por caso los elementos circunstanciales, para determinar si la renuncia esconde una intención fraudulenta. De ser así, operaría la nulidad (solo respecto de la renuncia del arrendatario; no del *sale-and-leaseback* en su conjunto). En caso contrario, el subarrendador responderá frente al subarrendatario por evicción, en los términos antes expuestos.

3. Algunas propuestas de *lege ferenda*

Un posible remedio para los casos descritos *supra* (que evitaría tener que analizar caso por caso el ánimo defraudatorio) sería que tanto la LAU como el CC establecieran que el mutuo disenso entre arrendador y subarrendador, o la renuncia de éste último, no afectan en ningún caso al subarriendo, que seguirá en vigor por el plazo acordado. Parte de la doctrina parece avalar esta solución (28). De igual modo, se podría establecer que, aun cuando comprador y vendedor pacten un plazo inferior al del subarriendo en un esquema «*aguas arriba*», el subarriendo continuará en vigor por el plazo previsto.

No parecen soluciones descabelladas: la jurisprudencia ya ha admitido una excepción a la regla general del art. 8.2 LAU por la que la extinción del arrendamiento principal conlleva la extinción del subarriendo. Se trata de los casos en que el subarrendador adquiere la propiedad del inmueble, extinguiéndose el arrendamiento principal por consolidación (cfr. STS de 27 de mayo de 1971, antes citada). El contrato entre el arrendatario original y el subarrendatario original pervive en sus propios términos, transmutado en arrendamiento. En palabras de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 215), el subarriendo «*cambia de rango*». La introducción de una previsión normativa que así lo estableciera eliminaría las incertidumbres generadas por la falta de regulación.

En cuanto a aquellas situaciones en que el subarrendador-arrendatario incumple el arrendamiento principal (normalmente, por impago de la renta), sería recomendable regular que el arrendador, como paso previo a la resolución del contrato, deba necesariamente ejercitar frente al subarrendatario la acción directa del art. 1552 CC (LA LEY 1/1889) que hemos analizado *supra*. Es cierto que el art. 1158 CC (LA LEY 1/1889) prevé con carácter general la posibilidad de pago por tercero. Sin embargo, el subarrendatario no tiene conocimiento del impago por el arrendatario salvo que le sea notificado. Podría suceder, por tanto, que el «*head lease*» se resolviera por incumplimiento sin que el subarrendatario hubiese tenido la oportunidad real de pagar. No parece lógico imponer al subarrendatario un deber de verificar periódicamente que el subarrendador se encuentra al día con los pagos bajo el «*head lease*»; es más razonable que esta información le pueda llegar directamente del arrendador, junto con un plazo intimatorio a modo de «*Nachfrist*» para que pueda realizar el pago y salvar así su derecho sobre el uso del inmueble (29). Entendemos que esta solución que proponemos podría preverse con carácter general, y no solo para los subarriendos «*aguas arriba*», de forma que ningún subarrendatario viese sus derechos sobre el inmueble extinguidos de forma sorpresiva y por causas que se encuentran fuera de su esfera de actuación.

Todas estas propuestas tienen por finalidad salvaguardar de una manera objetiva los derechos de todas las partes potencialmente implicadas en una operación de «*sale-and-leaseback*»: esto es, (i) el comprador-arrendador, (ii) el vendedor-arrendatario-subarrendador y (iii) el subarrendatario, garantizando así el equilibrio de todos los intereses en juego.

VI. Conclusiones

1. La normativa vigente regula exclusivamente los subarriendos «*aguas abajo*»; esto es, aquellos casos en los que preexiste un contrato de arrendamiento principal. No se regulan los subarriendos «*aguas arriba*», en los que un contrato de arrendamiento se convierte en subarriendo de forma sobrevenida por la venta del inmueble a un tercero y la celebración de un contrato de arrendamiento principal o «*head lease*» entre comprador y vendedor.
2. Entendemos que las operaciones de *sale-and-leaseback* con subarriendo sobrevenido deben considerarse válidas, con fundamento en (i) la inexistencia de novación contractual del arrendamiento originario, (ii) el poder de disposición del arrendador original, (iii) el principio *favor contractus* y (iv) la analogía con la permisión general del subarrendamiento en arrendamientos para uso distinto del de vivienda.
3. El subarrendatario sólo podrá ejercitar el derecho de adquisición preferente frente al comprador del inmueble si (i) es arrendatario de la totalidad del inmueble y (ii) no ha renunciado a este derecho. Es difícil que en la práctica se verifiquen ambas circunstancias.
4. No se precisa la notificación al subarrendatario sobrevenido para la validez de la operación. Sin embargo, si el subarrendatario tiene derecho de adquisición preferente, a falta de notificación, el plazo de 30 días para ejercitar el retracto no empezaría a contar en tanto no tenga conocimiento pleno de las condiciones de la venta.
5. El subarriendo continúa rigiéndose por la ley que le fuese aplicable. Dado que «*head lease*» tiene por objeto una edificación, se regirá por la LAU. Solo si las partes lo pactan expresamente podrán ser aplicables las disposiciones del CC, en aquellas materias a las que el régimen de la LAU no resulte imperativo.

6. La operación no da derecho a ninguna de las partes a incrementar la renta de su contrato (no es de aplicación el art. 32. 2º LAU).
7. Es dudoso que los artículos 1551 (LA LEY 1/1889) y 1552 CC (LA LEY 1/1889) resulten aplicables a las relaciones entre comprador y subarrendatario. De ser así, habría que entender que la responsabilidad del subarrendatario frente al comprador queda limitada por el contrato de arrendamiento original: el «*head lease*» no le debería afectar, ya que ni siquiera conoce sus términos.
8. Si el arrendamiento principal se extingue (y, con ello, el subarriendo), el subarrendatario conserva frente al vendedor la acción de saneamiento por evicción, como en cualquier otra circunstancia que afectase a su pacífica posesión del inmueble.
9. En las estructuras «*aguas arriba*», el mutuo disenso de las partes del «*head lease*», la renuncia unilateral del arrendatario o el «*head lease*» convenido por un plazo más breve que el del subarriendo no deberían tener efectos sobre el subarriendo en la medida que constituyan abusos de derecho. En estos casos, el subarriendo debería continuar vigente por el plazo pactado.
10. En caso de impago por el arrendatario, la ley debería prever, como requisito previo a la resolución del arrendamiento, que el arrendador reclame el pago de los subarrendatarios de la finca. Se trataría de una condición previa de procedibilidad para hacer efectiva la facultad de pago por tercero del art. 1158 CC (LA LEY 1/1889), permitiendo a los subarrendatarios conservar sus derechos sobre el inmueble.

(1) El auge del *sale-and-leaseback* no se reduce exclusivamente al ámbito *retail*. Por poner un solo ejemplo, varias entidades bancarias han vendido «paquetes» de sucursales a fondos inmobiliarios, permaneciendo en ellas como arrendatarios.

(2) Bajo la modalidad «*triple neto*», el arrendatario se obliga a pagar todos los gastos vinculados a la propiedad (incluidos los impuestos que gravan la titularidad, como el IBI), el seguro del edificio y los costes de cualesquiera mantenimientos o reparaciones durante el plazo del arrendamiento (que de otro modo corresponderían al arrendador —*cfr.* art. 1554.2º CC (LA LEY 1/1889) y art. 21.1 LAU—), así como asumir el coste de cualesquiera obras a realizar en la propiedad, y de la obtención de permisos y licencias.

(3) Este artículo no se ocupa por razones obvias (los autores somos abogados) del punto de vista contable y de auditoría para el análisis de las operaciones de *sale-and-leaseback*, que es esencial. En la medida en que el vendedor (y arrendatario inmediato) continúa ocupando el inmueble a largo plazo, con facultades y obligaciones casi dominicales, la contabilidad de la operación, y las reglas de auditoría, tienen que entrar a valorar si se puede calificar la operación como una salida del inmueble del balance de la operación (un «*true sale*», en la terminología que se usa habitualmente en torno a estas operaciones) o si se trata, en realidad, de una financiación en la que no se puede considerar que el inmueble haya sido transmitido junto con sus riesgos inherentes. Determinadas características del contrato de arrendamiento, como su plazo o los gastos e impuestos que asume el arrendatario (y no el nuevo propietario y arrendador), etc., son determinantes a la hora de valorar (contablemente y desde la perspectiva de los auditores) si se ha producido o no la transmisión de derechos y riesgos sobre el inmueble en cada operación de *sale-and-leaseback*. También lo es la posible incorporación de una opción de compra a favor del Vendedor al finalizar el contrato (o incluso en algún momento previo). En estos casos, la operación puede llegar a asimilarse al arrendamiento financiero (*leasing* inmobiliario) y es discutible si su realización debería quedar reservada a las entidades bancarias, de arrendamiento financiero y establecimientos financieros de crédito. Algunos compañeros han apuntado que, aun cuando no se hubiese pactado una opción de compra, el *sale-and-leaseback* se podría calificar de arrendamiento financiero si el plazo del arrendamiento coincide o cubre la mayor parte de la vida económica del inmueble y, además, los pagos mínimos al inicio del arrendamiento suponen la práctica totalidad del valor razonable del inmueble (*cfr.* *Sale and Lease-Back*. IV Boletín Mercantil y Mercado de Capitales. Ontier, 16 de abril de 2020).

(4) LUCAS FERNÁNDEZ dedica un extensísimo comentario al 1550 CC exclusivamente al subarrendamiento «*aguas abajo*», en sus Comentarios al Código Civil, Tomo XX, Vol. 1ºA: Artículos 1542 a (LA LEY 1/1889)1553 del Código Civil (LA LEY 1/1889). Artículo 1550. Edersa, 2004.

(5) Esto es así porque, como regla general, antes de realizar una oferta firme por un inmueble, el potencial comprador necesita realizar una *due diligence* legal y técnica, para lo que deberá contratar asesores. Si el interesado detecta desde el primer momento que el arrendatario no ha renunciado a este derecho en el contrato de arrendamiento, es probable que decida no incurrir en costes que se arriesgaría a no recuperar si el arrendatario decidiese ejercitar su derecho una vez conocidos los términos de la oferta.

(6) La RDGRN de 30 de junio de 2011 trató un supuesto de dación en pago de un edificio en régimen de propiedad horizontal, y declaró que los arrendatarios sí disponían de un derecho de adquisición preferente. La razón fue que el cedente había transmitido previamente una de las fincas que integraban la división horizontal, por lo que no cabía calificar la dación como transmisión de un edificio en su totalidad. Esta resolución fue muy criticada en su día; entre otros, por el profesor BERCOVITZ. Discrepamos del criterio de la DGRN, incluso en los casos en que no se transmitan absolutamente todas las fincas que componen una edificación en régimen de división horizontal (el fenómeno conocido como «*queso de Gruyère*»), pues los derechos de adquisición preferente deben interpretarse siempre de forma restrictiva (con perdón por la autocita, *cfr.* GARCÍA GARCÍA (2019): *Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 774).

(7) Art. 1203 CC (LA LEY 1/1889): «Las obligaciones pueden modificarse: [...] 1º Variando su objeto o sus condiciones principales».

(8) PÉREZ GURREA, R. (2007): *El subarriendo en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LA LEY 4106/1994)*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 702 (p. 1849).

- (9) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 41-42.
- (10) En su reciente Sentencia de 15 de noviembre de 2021, el Tribunal Supremo declara inaplicable el régimen del artículo 29 LAU a las enajenaciones forzosas.
- (11) Cuestión distinta son las ventas «en globo» de carteras de inmuebles, en que una entidad (generalmente un banco) transmite a otra (generalmente una sociedad vehicular de un fondo de inversión) varios cientos o miles de activos adjudicados (los conocidos como «REOs»), sin que el propio vendedor conozca, por lo general, el estado arrendaticio de las fincas. En estas situaciones sí parece razonable que estamos ante el supuesto del art. 34 LH, y presumir que el comprador desconoce los arrendamientos de locales comerciales no inscritos.
- (12) Sobre la buena fe del adquirente en este sentido, cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2021): *A vueltas con la naturaleza del derecho del arrendatario. Una reflexión a raíz de la Covid-19 y la última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994)*. Diario La Ley, nº 9798, Sección Tribuna. Wolters Kluwer.
- (13) El pacto de *non cedendo* en el arrendamiento original impediría la novación subjetiva del arrendamiento por cambio de acreedor (es decir, el vendedor continuaría ligado contractualmente al arrendatario), pero no invalidaría la compraventa.
- (14) GARCÍA, T. (2021): *Los propietarios particulares, los principales actores del mercado de alquiler*. Artículo en línea: <https://www.grupogalilea.com/los-propietarios-particulares-los-principales-actores-del-mercado-de-alquiler/>
- (15) *El «casting» para acceder a un alquiler se endurece*. Artículo en línea: https://www.abc.es/economia/inmobiliario/abci-casting-para-acceder-alquiler-endurece-201904270242_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F
- (16) El artículo 32 de la LAU adopta la línea iniciada por la ley italiana (Ley de 27 de julio de 1978, *Disciplina delle locazioni di immobili urbani*), cuyo artículo 36 establece que el arrendatario puede subarrendar sin consentimiento del arrendador, siempre que se arriende conjuntamente el negocio, y comunicándolo al mismo mediante carta certificada con acuse de recibo. El arrendador únicamente puede oponerse «por motivos graves», en los 30 días siguientes a la recepción de la carta.
- (17) Estos son, básicamente, los arrendamientos de industria, cuya naturaleza resulta más próxima a una relación obligacional, pues no tienen por objeto un bien inmueble, sino un conjunto de bienes y derechos (materiales y/o inmateriales), conjuntamente considerados (para este punto, cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2021): *A vueltas con la naturaleza del derecho del arrendatario. Una reflexión a raíz de la Covid-19 y la última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994)*. Diario La Ley, nº 9798, Sección Tribuna. Wolters Kluwer).
- (18) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. (*op. cit.*, p. 22).
- (19) Realmente sí podría (esto es, el subarriendo sería válido), pero, si el arrendamiento principal se extinguiese, el subarriendo no sobreviviría.
- (20) Cfr. art. 4 LAU.
- (21) El artículo 1552 CC (LA LEY 1/1889) está íntimamente relacionado con otro artículo, el 1111 CC, que regula la acción subrogatoria: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho». En sus *Comentarios...* (*op. cit.*). Artículos 1551 y 1552, LUCAS FERNÁNDEZ asimila el precepto del art. 1552 CC (LA LEY 1/1889) a una fianza solidaria, que robustece el derecho de crédito del arrendador, añadiendo la acción directa a la subrogatoria del 1111 CC.
- (22) LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Comentarios...* (*op. cit.*). Artículos 1551 y 1552.
- (23) Sobre el artículo 1574 del Código Civil italiano de 1865, cfr. FUBINI, R.: *Il contratto di locazione di cose, vol. 2, parte speciale*, 2ª edición, Milán 1917, págs. 665 y ss. Sobre artículo 1753 del Código Civil francés el PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Traité pratique du Droit civil français*, 2ª edición, Editorial LGDJ, 1925, Tomo X, parte 1, págs. 787 y ss.
- (24) La naturaleza de las acciones de los arts. 1551 (LA LEY 1/1889) y 1552 CC (LA LEY 1/1889) (en especial, la de este último artículo) como acción directa o bien como acción indirecta, oblicua o subrogatoria ha sido muy discutida. Siguiendo a RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 148), no parece hoy en día ofrecer duda a su doctrina su verdadero carácter de acción directa (y además así venía calificada en el Texto Refundido de 1964 y normas precedentes). También se ha discutido su origen contractual o extracontractual (en especial respecto de la acción del 1551 CC, que parece más vinculada al art. 1902 CC (LA LEY 1/1889) que al 1101 CC). En nuestra opinión, se trata de acciones *ope legis*, y por tanto su naturaleza debe reputarse extracontractual en ambos casos. En contra, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 149-150).
- (25) LUCAS FERNÁNDEZ, en sus *Comentarios...* (*op. cit.*) defiende el carácter liberatorio de estos pagos bajo el subarriendo. A modo de ejemplo, si asumimos que la renta mensual del subarriendo es de 10 y que la renta del «head lease» es de 8 (reclamando el arrendador ésta directamente del subarrendatario en aplicación del art. 1552 CC (LA LEY 1/1889)), el subarrendatario podrá descontar lo abonado al arrendador de las cantidades debidas al arrendatario (con lo que los pagos mensuales bajo el subarriendo pasarán a ser de 2).
- (26) Cuestión interesante es si esta suerte de prenda *ope legis* asegura solo las cantidades debidas en virtud del contrato de arrendamiento o si por el contrato cubre cualesquiera deudas pudiera tener el subarrendador frente al arrendador, por cualquier concepto, siempre y cuando éstas sean líquidas, vencidas y exigibles. En contra, MANRESA, quien entiende que el arrendador, en cuanto a esas otras deudas, no es tal arrendador, sino un acreedor común y ordinario, de modo que no puede extenderse indiscriminadamente el privilegio concedido por la ley para un supuesto muy concreto. Creemos que esta interpretación es acertada.

(27) Cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2021): *A vueltas con la naturaleza del derecho del arrendatario. Una reflexión a raíz de la Covid-19 y la última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994)*. Diario La Ley, nº 9798, Sección Tribuna. Wolters Kluwer.

(28) Algunos autores (como GUILARTE ZAPATERO en su Comentario a los artículos 6, 7 y 8 de la LAU) llegan a considerar discutible que el subarriendo se extinga (en ningún caso) si el arrendatario-subarrendador renuncia voluntariamente a su derecho. Ciertamente, el artículo 6.2 CC (LA LEY 1/1889) parece alimentar esta tesis al disponer que la renuncia a los derechos solo será válida cuando no perjudiquen a terceros. Cfr. también DÍEZ PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 9ª edición, Madrid 2001, p. 354, quienes parecen posicionarse también en este sentido.

(29) El problema se planteará cuando sean varios los subarrendatarios. En tal caso, cada uno de los subarrendatarios debería poder realizar el pago en su totalidad. Dicho pago aprovechará al resto de subarrendatarios, contra quienes aquél podría repetir a prorrata, o directamente contra el subarrendador, como obligado principal al pago.
