

# **Análisis económico del derecho *versus* codificación: la legislación arrendaticia urbana en España como ejemplo**

Autora: Belén Trigo García, profesora contratada doctora, Universidad de Santiago de Compostela

Temática: Teoría general del contrato y regulación de los contratos especiales

## **1. El contrato de arrendamiento urbano y la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos**

La propuesta de modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos (PMC) no entra a regular el contrato de arrendamiento. De acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de tipos contractuales, la propuesta se limita a dar nueva redacción a los arts. 1556 y 1574, y a derogar el art. 1568 CC, todos ellos sobre arrendamiento de cosas en general, con el solo objetivo de no romper la coherencia interna del texto codificado (EM p. 23).

Tampoco alude a la legislación arrendaticia especial y a su relación con el texto codificado, como sí hace respecto de la normativa sobre consumo.

Sobre esta constata su carácter “ya muy denso” y el hecho de estar “muy marcada por la necesidad de continua actualización” (EM, p. 22). Este rasgo – las frecuentes modificaciones- parecer ser, precisamente, la razón que justificaría que la regulación de los contratos con consumidores haya quedado fuera de la propuesta (Prólogo del presidente de la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, p. 16; vid., en el mismo sentido, respecto de las condiciones generales de la contratación EM p. 38).

Estas dos notas son también aplicables a la legislación especial sobre arrendamientos urbanos: de una parte, tiene un carácter reglamentista y prolijo, de otra, ha estado sujeta en los últimos años a importantes y frecuentes reformas legislativas. Sin olvidar que cabe considerar la regulación sobre arrendamiento de vivienda como parte de la normativa de consumo.

A su vez, las propias remisiones de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) al CC (vid. art. 4 apartados 2 y 3, sobre régimen aplicable a los arrendamientos de vivienda y para uso distinto al de vivienda; cfr. arts. 21.1, 25.3 y 27.1) parecen hacer innecesaria una regla expresa en el Código que consagre el carácter general y supletorio de la regulación codificada, que la propuesta sí incluye a propósito de los contratos con consumidores (EM, p. 23).

Todo ello parece apuntar a la decisión de seguir dejando fuera del texto codificado la legislación arrendaticia urbana.

Ahora bien, no es el propósito de esta comunicación discutir la ubicación legislativa de esta materia, sino su relación con la PMC desde la perspectiva del análisis económico del derecho y, más en concreto, de los sujetos del contrato.

Como punto de partida, hay que tener en cuenta que la propuesta no hace referencia al análisis económico del derecho, sin perjuicio de que enfatice el perjuicio que supone la no adecuación del texto codificado español a las modernas exigencias del tráfico económico y jurídico (p. 20).

En este sentido, es más concisa que la anterior de 2009. Esta destacaba expresamente la influencia de los cambios económicos -períodos de crisis y de bonanzas- en la regulación legal de los contratos (EM punto III, p. 17). Incluso declaraba cierta intencionalidad economicista: si, en la actualidad, desde la perspectiva económica la contratación es una medida de fomento del desarrollo, resulta conveniente facilitar lo más posible la contratación (EM punto VI, p. 21).

Por su parte, la nueva PMC parece querer hacer hincapié en la abstracción, la generalidad, la estabilidad y el carácter técnico-jurídico (claridad y precisión de los conceptos) de la regulación codificada.

Pese a ello, sí ha hecho alguna concesión en materia de sujetos; así, frente al tradicional carácter impersonal de las reglas codificadas, la propuesta ha introducido en la regulación general del contrato las categorías de profesional, empresa, y persona consumidora y usuaria (vid. arts. 1111, 1218, 1225, 1228, 1255, 1256, 1285, 1837), que se añaden a las propias de derecho de persona (persona menor de edad y con discapacidad, persona jurídica y ente sin personalidad; cfr. art 1223 *Capacidad para contratar*).

Ahora bien, como se verá a continuación, la legislación especial, en concreto, en materia de arrendamientos urbanos, ha ido más allá.

## **2. El análisis económico del derecho y la legislación arrendaticia urbana actual**

La dispersión y fragmentación normativa consecuencia de la especialización y sectorialización ha sido ampliamente analizada por la doctrina en relación con la pérdida de carácter abstracto de la norma y la proliferación de leyes finalistas que pretenden influir en el orden jurídico-económico; también se ha señalado su repercusión respecto del fenómeno codificador con la creación de micro- y poli-sistemas, y la introducción de estatutos jurídicos de grupos.

Claramente, la regulación arrendaticia urbana -en particular, el arrendamiento de vivienda- responde a esta orientación.

En los últimos años, además, esta tendencia a la fragmentación del derecho contractual se ha intensificado con la creciente influencia de la perspectiva económica en la producción legislativa, como -de nuevo- muestran las recientes reformas de la LAU.

Esta perspectiva económica supone incorporar criterios puramente cuantitativos que, al margen de consideraciones de técnica jurídica tradicional, atienden al funcionamiento y realidad del mercado.

En efecto, de acuerdo con el análisis económico del derecho normativo, la regla jurídica debe responder a criterios de eficiencia de acuerdo con los objetivos perseguidos, sean estos la maximización de la riqueza (en la materia arrendaticia urbana, eficiencia del mercado inmobiliario en términos monetarios y de productividad), o la distribución y redistribución de los recursos (eficiencia en términos de justicia social y derecho a la vivienda).

Obviamente, este tipo de análisis es susceptible de enriquecer y mejorar la regulación jurídica. Al mismo tiempo, aumenta la complejidad.

Hasta ahora la regulación aplicable variaba en función, primero, del sector (mercado inmobiliario) y subsector (vivienda) considerado; segundo de la especialización legislativa y el tipo y subtipo contractual (arrendamiento urbano,

arrendamiento destinado a vivienda familiar); tercero, de especiales circunstancias personales de la parte contratante consideraba débil (v. gr., persona arrendataria de vivienda con discapacidad).

En la actualidad, finalmente, ha de considerarse, además, el tamaño y capacidad económica de la parte contratante en un contexto de mercado coyuntural y cambiante.

### **3. La capacidad económica de las partes contratantes en el arrendamiento de urbano y su régimen jurídico**

Las motivaciones económicas –en el doble sentido de eficiencia productiva y distributiva, antes señalado- como motor de la evolución legislativa en materia de arrendamiento urbano son expresamente reconocidas por la propia regulación.

Inicialmente, esta aproximación económica no iba más allá de defender la necesidad y el sentido de la concreta reforma.

Así, el preámbulo de la LAU menciona como condicionantes normativos datos del mercado y de la coyuntura económica. La misma tendencia se encuentra en leyes anteriores (cfr. EM Ley 40/1964, de 11 de junio, de Reforma de la de Arrendamientos Urbanos, punto I, y su referencia a las circunstancias económicas del país y las exigencias de la justicia social) y se mantiene en las últimas reformas.

Precisamente, el Preámbulo (punto I) de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (LV), se inicia con los datos estadísticos del mercado de la vivienda español y sus implicaciones negativas sobre la economía y la sociedad españolas. También el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler justificaba esta urgencia con la referencia a la situación del mercado inmobiliario en España y nuevos datos estadísticos (Preámbulo punto I).

Ahora bien, en la actualidad la influencia de la perspectiva económica justifica además la introducción de regímenes diferenciados en atención al tamaño y poder económico de la parte contratante en materia de arrendamiento urbano.

En concreto, en el caso español, esta aproximación se traduce en el establecimiento de reglas jurídicas distintas para arrendadores personas jurídicas y grandes tenedores, y para personas arrendatarias de viviendas consideradas de lujo.

### 3.1. Arrendador persona jurídica

El primer paso en el uso de criterios cuantitativos lo constituye la referencia al arrendador persona jurídica.

El precedente se encuentra en la LAU de 1995, cuya EM argumentaba que el plazo de duración mínimo contractual no resulta excesivo ni respecto de los “propietarios privados” –hay que entender titulares no profesionales del sector inmobiliario-, ni respecto de los “promotores empresariales” –hay que entender, profesionales del sector inmobiliario, preferentemente, personas jurídicas.

Con más claridad la disposición transitoria tercera de la norma establecía un calendario de extinción de los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985, distinguiendo entre los arrendamientos en los que el arrendatario sea una persona física o una persona jurídica. De acuerdo con la EM, se presumía *mayor solvencia económica allí donde el entramado organizativo sea más complejo*.

Igualmente, respecto de las personas jurídicas establecía distintos plazos atendiendo (apartado 4.4) a la actividad desarrollada, la superficie del local, y las cuotas correspondientes según las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas; de modo que, a menores cifras económicas, mayor plazo de duración del contrato y viceversa.

Lo que en 1995 era una hipótesis puntual, con la modificación operada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, se convierte en un régimen arrendaticio parcialmente diferenciado en función de que el arrendador sea una persona física o jurídica.

Así, el art. 9 *Plazo mínimo*, apartado 1 establece una duración contractual mínima superior si el arrendador es persona jurídica; a partir de esta regla, la reforma articula un régimen del arrendamiento de vivienda dual (cfr. arts. 10 *Prórroga del contrato*, 13. *Resolución del derecho del arrendador*, 14. *Enajenación de la vivienda arrendada*, 16 *Muerte del arrendatario* apartado 4º, 19. *Elevación de renta por mejoras* apartado 1, 20 *Gastos generales y servicios individuales* apartado 2, 36 *Fianza*).

De acuerdo con el Preámbulo del RD-Ley, este plazo más largo respondería a *las diferencias que tanto desde el punto de vista del tratamiento fiscal, como de la realidad y características de la relación arrendaticia y del desarrollo de la actividad, pueden existir en la práctica.*

En la misma línea, en el debate parlamentario sobre la convalidación del RD-Ley se mencionó en favor de este régimen diferenciado la perspectiva de la protección social en el sentido de interpretar que las condiciones más favorables para el arrendatario y más onerosas para el arrendador han de hacerse recaer sobre aquellos arrendadores con mayor capacidad económica (Debate de convalidación o derogación de Real Decreto-ley, DS Congreso de los Diputados Núm.175 de 22/01/2019 Pleno, pp. 6 y ss).

A su vez, la crítica de la reforma se argumentó aludiendo a razones económicas y de mercado; en concreto, la referencia al aumento de la duración mínima hasta siete años cuando el arrendador sea una persona jurídica como una medida “distorsionante” en un escenario económico en crecimiento y contraria a la dinamización y la creación de oferta (ibídem, p. 10).

### 3.2. Arrendatarios de viviendas de lujo

Los criterios cuantitativos no afectan solo a la parte arrendadora; también se considera necesario puntualizar que no todos los arrendatarios –personas físicas- de vivienda merecen el mismo nivel de protección.

En este sentido, el art. 4. 2º apartado 2 LAU, excluye del ámbito de aplicación de la normativa imperativa –tuitiva- los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual

y el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda. Estos arrendamientos se registrarán, entonces, por la voluntad de las partes al considerar que no cabe hablar en este caso de arrendatario como parte débil de la relación contractual.

Esta previsión de la LAU fue suprimida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (art. primero. *Modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*, apartado 1) y recuperada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (Artículo primero. *Modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos*, apartado uno), reformas con clara vocación economicista, aunque de signo opuesto: eficiencia productiva y distributiva, respectivamente.

### 3.3. Arrendador gran tenedor de vivienda

La reciente LV modifica los arts. 10. 2º y 17. 7º LAU en materia de prórroga del contrato y de determinación de la renta, respectivamente. El sentido de la reforma es introducir un nuevo nivel reforzado de protección frente a arrendadores calificados como grandes tenedores de vivienda: en el primer caso, se busca beneficiar a arrendatarios en situación de vulnerabilidad social y económica; en el segundo, frenar el alza de precios en las zonas de mercado residencial tensionado.

Propiamente, el concepto fue incorporado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, si bien la LV lo acota a inmuebles y superficies de uso residencial.

El objetivo de la LV al introducir este nuevo concepto es evitar prácticas de retención y desocupación indebidas, con consecuencias negativas en el mercado residencial local (Preámbulo LV).

De acuerdo con el 3 k) LV, se entiende por gran tenedor, con carácter general, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup> de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. No obstante, la propia

ley prevé que la definición pueda ser *particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito.*

Estamos, entonces, ante una definición basada en el tamaño de la parte contratante y, además, casuística y coyuntural, al adaptarse los parámetros definitorios a las particularidades del concreto mercado residencial local: se prevé una horquilla mínima de entre cinco y diez inmuebles, según los casos.

Ello, sin duda, introduce relatividad en la definición pues un mismo tamaño en una zona dará lugar a la calificación de gran tenedor, mientras que ese mismo tamaño, en otra zona, quedará fuera de la definición. Y ello en atención, no a las circunstancias de las partes contratantes, sino exclusivamente a las características y coyuntura del mercado inmobiliario.

La LV no ofrece más detalles sobre el concepto y su carácter relativo y contingente, al limitarse a establecer el procedimiento administrativo para su declaración (art. 18).

En todo caso, esta declaración es temporal, con una vigencia de tres años prorrogables, y deberá tener en cuenta riesgo de abastecimiento insuficiente de vivienda para la población residente en condiciones que la hagan asequible atendiendo a una de estas dos circunstancias: a) que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento de los ingresos medios o de la renta media de los hogares; b) que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos tres puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente.

Por su parte, el TC ha declarado la constitucionalidad de este precepto partiendo del reconocimiento como derecho constitucional del derecho a la vivienda, y de la competencia del Estado para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en su ejercicio ex art. 149.1.1 CE; en cambio, considera que incurre en un exceso competencial, invadiendo las



competencias autonómicas en materia de vivienda el art. 19 *Colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado* apartado 3, segundo inciso, por considerar excesiva la regulación de la información mínima que, en caso de ejercitar la facultad de declarar las zonas de mercado residencial tensionado, tendría que requerirse a los grandes tenedores, ya que la determinación de este aspecto debe corresponder a las Comunidades Autónomas.

#### **4.- Codificación, conceptos económicos y fragmentación normativa: generalidad y relatividad**

El análisis de la legislación arrendaticia urbana y de su evolución muestra la creciente y progresiva influencia de la perspectiva económica en la producción normativa. Así, la calidad de las normas pasa a medirse también en términos de eficiencia.

Esta tendencia tiene su reflejo en la priorización de objetivos socio-económicos y se traduce, en concreto, en la incorporación de nuevas categorías de sujetos definidos en términos puramente cuantitativos, esto es, económicos, que dan lugar a la aplicación de reglas diferenciadas.

Cabe preguntarse en qué medida estos cambios recientes pueden afectar a la moderna codificación de la contratación privada.

En primer lugar, resulta obvio el choque entre la neutralidad, impersonalidad, generalidad y abstracción de la regulación codificada, tendente a asegurar su estabilidad y permanencia en el tiempo, frente al carácter especial, fragmentado, específico, relativo y dinámico de la legislación arrendaticia urbana, atenta a las singularidades económicas de las partes contratantes y a la coyuntura del mercado.

Al respecto, ya no cabe argüir que estamos ante una legislación de ámbito limitado, aplicable a casos concretos, y de vocación provisional, destinada a atender a las necesidades temporales de un contexto determinado.

Esta visión pudo mantenerse en el pasado, como todavía expresaba la Exposición de Motivos Ley 40/1964, de 11 de junio, de Reforma de la de

Arrendamientos Urbanos, cuyo punto I daba a entender que el recurso a la legislación especial, al margen y distinta del sistema jurídico general –derecho común recogido en el Código Civil-, era preciso en tanto el sistema general *no sea modificado para adaptarlo a los imperativos de nuestra época*, que incluyen la *madurez económica* necesaria para *satisfacer la necesidad de vivienda por importantes sectores de la sociedad española*.

La cuestión es, precisamente, esta: una vez que la visión económica y las normas finalistas se van consolidando y extendiendo en la contratación privada, ¿cómo van a afectar a la normativa general?; ¿es posible compatibilizar este panorama caracterizado por la relatividad con normas generales y abstractas que no toman en consideración ni las finalidades ni las circunstancias particulares de las partes contratantes de acuerdo con criterios económicos, por supuesto, tampoco su tamaño?

En otras palabras, el desafío de la codificación no es solo la relación con normativas protectoras de determinada clase o grupo, como pueda ser la regulación en materia de consumo y, dentro de esta, el contrato especial de arrendamiento de vivienda, sino la creación de nuevas categorías jurídicas con base en criterios puramente económicos que introducen una mayor diversidad de regímenes jurídicos y una creciente complejidad, relatividad y singularidad de las normas.

Cabe presuponer que, igual que la PMC ha incorporado conceptos basados en criterios -al menos en parte- económicos, como empresa, profesional, y consumidores y usuarios, para establecer requisitos distintos o excepciones a las reglas generales en materia de contratación, en el futuro, el texto codificado también incorporará esta aproximación económica cuantitativa en la medida en que se generalice en la legislación especial y sectorial, precisamente, para cumplir sus objetivos de sistematización y garantía de la seguridad jurídica, de la coherencia y cohesión del ordenamiento.

En esta línea, y sin entrar en la discusión sobre la distinción entre legislación civil y mercantil, la propuesta de modificación del Código mercantil se muestra claramente receptiva a esta nueva orientación. No solo en cuanto a la terminología, al incorporar, asimilada a la figura de empresario, la categoría de operadores de mercado. También, en cuanto a las reglas sustantivas.

Así, en materia de interpretación e integración de los contratos, hace referencia a *operadores económicos* de igual o similar condición que los contratantes en el sector del tráfico en el que operen (vid. arts. 412-4 y 6 Libro Cuarto *De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*, Título I *De las especialidades en el régimen de las obligaciones y los contratos mercantiles*, Propuesta de la Sección Segunda de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, 2018).

Hay que entender, en mi opinión, que esta igual o similar condición incluiría también la consideración del tamaño y capacidad económica de las partes contratantes.