

Los arrendamientos y el Registro de la Propiedad⁽¹⁾

I

BREVE REFERENCIA A LOS DERECHOS INSCRIBIBLES

Al iniciar ya la exposición del tema objeto de esta ponencia, entiendo que es ineludible una breve referencia a la cuestión, no por muy trabajada, pacífica y resuelta, de la enumeración de los derechos inscribibles.

Podemos sentar, como primera afirmación, que de los dos grandes términos de la clasificación de los derechos patrimoniales, personales o de crédito y reales, sólo tienen acceso al Registro los derechos reales. Así resulta del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, al decir: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.» Lo corrobora el artículo 2.º, fundamentalmente en los números 1.º y 2.º («los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales»), y los artículos 7.º («Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales») y 8.º del Reglamento Hipotecario, y el artículo 9.º del mismo declara: «No son

(1) Conferencia pronunciada en la clausura de curso del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca en julio de 1970.

inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni, en general, cualesquiera otras obligaciones o derechos personales...»

La Ley Hipotecaria sigue, pues, un sistema enumerativo de los derechos reales inscribibles en el artículo 2.º, si bien, al admitir el sistema del *numerus apertus*, «otros cualesquiera reales», o, como dice el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario ya visto, «así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio de los bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», plantea el problema de si es posible o no la creación de relaciones jurídicas nuevas, en las que surjan derechos reales de los no enumerados en la Ley, y por tan sólo la voluntad privada, creadora de aquella relación jurídica.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencias de 25 de junio de 1945 y 27 de junio de 1955, así parece admitirlo; pero la Dirección General, con criterio más restrictivo, aun admitiendo que la legislación hipotecaria sigue el sistema de *numerus apertus*, afirma que «la doctrina jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria, que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a la calificación, favorecer los cálculos de terceros adquirentes y evitar la creación de derechos innominados y ambiguos. Por otra parte, esta doctrina del *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real» (Resoluciones de 21 de diciembre de 1943 y 7 de julio de 1949).

La doctrina jurídica se muestra contraria al sistema abierto (BERAUD, COSSÍO, SERRANO, GONZÁLEZ PALOMINO, etc.).

Sentada, pues, esta premisa (que en el Registro de la Propiedad acceden los derechos reales inmobiliarios y aquellas situaciones jurídicas de trascendencia real, por afectar directamente al dominio o a los demás derechos reales inmobiliarios o a la facultad dispositiva de los mismos), pasemos a examinar el derecho arrendaticio.

II

EL ARRENDAMIENTO, ¿ES DERECHO REAL?

Cuando hablamos de arrendamiento o de derecho arrendaticio nos estamos refiriendo al derecho que, a favor del arrendatario, surge de un contrato de arrendamiento. Lo cuestionable es determinar cuál sea la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario de inmuebles.

La Ley Hipotecaria, en el artículo 2.º, entre los derechos inscribibles enumera «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de seis años o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiese convenio expreso de las partes para que se inscriba». El Reglamento Hipotecario amplía a los subarriendos, subrogaciones, cesiones de arrendamientos con los requisitos del párrafo quinto del artículo 2.º de la Ley, y las retrocesiones en todo caso los supuestos en que tienen acceso al Registro los actos relativos a los arrendamientos.

Tenemos, pues, que la Ley Hipotecaria, siguiendo antiguos precedentes (Reales Decretos de 23 de mayo de 1846 y 19 de agosto de 1853 y Proyecto de Código civil de 1851), estableció la registración de los arrendamientos en 1861, y así han hecho las leyes posteriores hasta la actual.

Pero es lo cierto que la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario es cosa controvertida y la doctrina jurídica se ha dividido en estas direcciones:

a) *Derecho personal*.—Esta posición, que podemos calificar de tradicional, se basa fundamentalmente en que en el arrendamiento no se da ni la nota de inmediatividad, pues el arrendatario tiene una relación con la cosa arrendada a través de un comportamiento del arrendador, que implica para éste un *faccere* (poner en posesión de la cosa locada, mantenerle en el goce pacífico, conservar la cosa, etc.) (artículos 1.554, 2.º-3.º, 1.553 y 1.560 del Código civil), ni la nota de oponibilidad *erga omnes*, característica también de los derechos reales; si se diera esa nota en el arrendamiento, el arrendatario podría oponer su derecho frente a cualquier tercero adquirente de la cosa arrendada. Según esta dirección doctrinal, sigue vivo el principio «Venta quita renta», derivado de la Ley *emptoren*. Se basan en el Derecho español en el artículo 1.561 del Código civil, que establece: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.» En este grupo figuran CASTÁN, PÉREZ DE ALGUER, OSSORIO MORALES, ROCA SASTRE, COSSÍO y RUBIO.

b) *Real*.—Lo configuran como derecho real, por similitud con el usufructo, BARRACHINA, DE BUEN, MANRESA y, sobre todo, recientemente, IGNACIO NART y VALLET DE GOYTISOLO. Este último en su conocida monografía *Hipoteca del derecho arrendaticio* afirma que el arrendatario tiene un derecho real que lleva consigo las notas de:

— Inmediatividad, ya que, frente a la tesis tradicional, opina que el arrendatario, además de tenedor de la cosa, es poseedor de su derecho, o, más exactamente, del uso y disfrute de aquélla, y añade: «¿Qué mediación en ese goce puede tener el arrendador a quien ni siquiera le es posible interferirse en él, por la amenaza del interdicto que contra el

mismo puede esgrimir el arrendatario?» Este goce y disfrute de la cosa arrendada, por sí y de modo inmediato por el arrendatario, es independiente de la obligación del arrendador de mantenerle en el uso y disfrute de la misma. Prueba de ello es que aquél puede gozar de ella, y de hecho lo hace, aunque el arrendador quiera incumplir esta obligación, aunque pretenda impedirlo e incluso lo discuta judicialmente.

— Permanencia, ya que, excluido el supuesto del artículo 1.571 del Código civil, las causas de extinción reconocidas en el Código civil en nada difieren de las de determinados derechos reales, y aun aquel 1.571 es sólo aplicable a los arrendamientos sujetos al Código civil, no a los inscritos ni a los regulados en leyes especiales.

— Absolutividad. Esta nota es negada en base al artículo 1.560 (el arrendatario carece de acción para remover las perturbaciones de derecho procedentes de tercero), y del tan citado 1.571 (indefensión ante el comprador, salvo arrendamientos inscritos, pacto expreso o arrendamientos especiales). Ello es cierto, pero no porque no sea derecho real, sino porque se trata de un derecho real al que la Ley, con el fin de proteger la seguridad jurídica, limita sus efectos contra terceros cuando no reviste determinada forma, o cuando en pacto adjunto a la venta no se ha impuesto concretamente su respeto al comprador. Argumento de similitud en el caso del artículo 1.865 cuando no conste en instrumento público la certeza de su fecha.

c) *Mixta*.—Partiendo de que es derecho personal, si se inscribe en el Registro de la Propiedad, adquiere el carácter de un verdadero derecho real. Esta posición que aparece ya en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, y que mantiene la jurisprudencia (Resoluciones de 1902, 1919 y 1928 y Sentencias del Tribunal Supremo de 1913 y 1941), y sigue un sector relevante de la doctrina (DE DIEGO, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, LA RICA), es criticada por ROCA, diciendo que no es posible reconocer a la inscripción la virtud de cambiar la naturaleza jurídica de los derechos. La Ley Hipotecaria no pretendió transformar la naturaleza del derecho de arrendamiento, sino reformar, con el auxilio del Registro, el principio de la Ley *Emptorem*, dando estabilidad al arrendatario por motivos económicos y de buena fe.

III

POR QUE SE INSCRIBE

Por todo lo expuesto, si el derecho arrendaticio es derecho personal tenemos que preguntarnos ¿por qué tiene acceso al Registro? Parece flotar en el mar de la discusión sobre la naturaleza del derecho de arrendamiento una idea núcleo: la de dar firmeza, perdurabilidad y defensa a los derechos del arrendatario.

Muy expresivas son, en efecto, las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861: «Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitado a una obligación personal.» Y añade: «Las circunstancias personales que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suelen comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. De este modo, sin perjuicio del dueño, que, al enajenar y traspasar una finca, no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el Proyecto se prefijan.»

Puesto que es el derecho del arrendatario el que está en peligro en caso de enajenación de la finca arrendada, por aplicación del principio de la Ley *Emptorem*, todavía vigente, la primera Ley Hipotecaria refuerza su posición abriendo los libros registrales al arrendamiento, al que, sin cambiar de naturaleza jurídica, reviste de los atributos de un derecho real, en cuanto a su subsistencia en los casos de enajenación, por aplicación de la subrogación del tercer adquirente en todos los derechos y obligaciones del arrendador originario.

Esta es la misma posición que adopta el Código civil relacionando el artículo 1.549, que dice: «Con relación a terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad», y el tan citado 1.571.

IV

REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION

El artículo 2.º, número 5.º de la Ley Hipotecaria los enumera exigiendo que se trate de arrendamientos por un plazo de más de seis años, o se anticipen la renta de tres más, o, en su defecto, hubiese convenio expreso para que se inscriba. Pero estos requisitos han de tener como presupuesto obligado la capacidad para otorgar, pues que si bien el arrendamiento se considera como acto de administración, cuando se trata de arrendamientos inscribibles se considera como actos de disposición, exigiéndose una capacidad igual a la de los actos de enajenación y gravamen. Así se deduce de los artículos 1.270 (que exige autorización del consejo de familia), 317 (consentimiento del padre, madre o tutor), 397 (consentimiento de todos los comuneros), 1.363 (consentimiento de la mujer en los arrendamientos de bienes dotales inestimados), 1.548 (autorización judicial para que el padre arriende bienes e inmuebles de los hijos), etc.

V

ACTUALIDAD DE ESTA MATERIA

Aunque no deje de tener importancia, en supuestos concretos excluidos de la legislación especial, la problemática hasta ahora expuesta, es lo cierto que las modernas leyes de arrendamientos rústicos de 1935, 1942 y Reglamento de 1959 y arrendamientos urbanos de 1946 y 13 de abril de 1956, texto refundido de 24 de diciembre de 1964, absorbe la casi totalidad de los arrendamientos inmobiliarios. Estas leyes, al reforzar la posición del arrendatario, dando subsistencia a la relación arrendaticia, no obstante los cambios que sufren la propiedad o titularidad de la finca arrendada, sin necesidad de que el arrendamiento se inscriba, estableciendo sistema de prórrogas forzosas para el arrendador que, en el sentir de gran parte de la doctrina, desvirtúan el contrato de arrendamiento para dar tránsito a figuras similares a la enfiteusis, hace irrelevantes en gran medida y de poca actualidad las normas a que antes hemos hecho referencia.

Pero bien es verdad que siendo el arrendamiento una figura jurídica de tan enorme frecuencia, de tan gran relevancia económica, ya que en su existencia y regulación descansa la posibilidad del desarrollo económico de sectores tan amplios como la agricultura y la construcción; basándose en su correcta regulación incluso la paz social, pues no en balde a través del contrato de arrendamiento puede satisfacer una de las necesidades primarias del hombre, la de la vivienda; afectando también en gran medida al crédito territorial, pues las fincas arrendadas y también los derechos del arrendatario pueden servir de garantía hipotecaria a los capitales prestados, vamos a examinar algunos problemas que el arrendamiento en relación con el Registro presenta.

VI

EL DERECHO DEL ARRENDATARIO Y SU DISPONIBILIDAD

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 13, dice: «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo quinto del artículo 2.º de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso.»

Parte este artículo de la base de considerar al derecho arrendaticio como un *ius in comertium*.

Aunque la doctrina ha sido vacilante en este punto, puesto que unos autores, como MANRESA, aceptan la transmisibilidad del arrendamiento,

fuese o no inscribible, otros, como DE BUEN y COVIÁN, no aceptan la cesión de arrendamientos, por implicar transmisión de créditos y deudas. Otros, como VALVERDE, distinguen entre arrendamientos inscritos o no inscritos, los primeros transmisibles y los segundos no. FEDERICO DE CASTRO distingue entre cesión de derechos del arrendatario, cosa que admite, y cesión de contrato, cosa que no admite.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección se pronuncian en sentido afirmativo, si bien, en general, exigen el consentimiento del arrendador (Sentencias de 1927, 1929, 1930, 1950, 1947 y 1951 y Resolución de 12 de marzo de 1902).

Esto, en cuanto a los arrendamientos comunes; respecto a los especiales, la Ley de Arrendamientos Rústicos, en su artículo 4.º, prohíbe los subarriendos de fincas rústicas, debiendo entenderse también prohibida la cesión.

La Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 23, prohíbe la cesión o traspaso de viviendas a título oneroso o gratuito, aunque se comprenda mobiliario o cualquier otro bien o derecho. Admite el subarriendo en los artículos 10 y siguientes, y respecto a los locales de negocio, sienta un criterio totalmente distinto, al admitir el traspaso o cesión mediante precio de los locales sin existencias a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento (art. 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Los requisitos necesarios para la existencia legal del traspaso los enumera el artículo 32, y en los artículos 35, 36 y 39, regula los derechos de tanteo y retracto, así como la participación en el precio del traspaso.

Retratos legales que, conforme al artículo 37, número 3.º de la Ley Hipotecaria, pueden afectar a terceros. (Volveremos sobre esta cuestión más adelante.)

Hemos visto cómo el derecho de arrendatario en cuanto a los actos de enajenación se admite en unos casos y en otros no. Veamos los actos de gravamen, especialmente la hipoteca.

Basándose en el artículo 106, párrafo segundo, al decir que podrán ser hipotecados «los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes», y al no admitir el carácter de derecho real al arrendamiento, niegan su hipotecabilidad la generalidad de los autores. Pero, tratándose de arrendamientos inscritos, las opiniones se dividen: MORELL admitía la hipoteca del arrendamiento inscrito, aun considerando algo anormal en la práctica dicha hipoteca. BARRACHINA niega la posibilidad de hipotecar el derecho arrendaticio. VALLET admite la hipoteca del arrendamiento ordinario inscrito, así como la de los locales de negocio sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos. La Resolución de 1902 admitió la hipoteca de un arrendamiento de minas, ya que «la inscripción con-

vierte al arrendamiento en un derecho real que puede enajenarse cuando no sea prohibido expresamente».

En los arrendamientos rústicos y en los urbanos regidos por las leyes especiales no es admisible la hipoteca.

VII

FACULTAD DISPOSITIVA DEL ARRENDADOR

A) *Actos de enajenación.*—El propietario de la finca arrendada, por el hecho de haber celebrado un contrato de arrendamiento, no pierde tal carácter y conserva íntegras sus facultades dispositivas respecto al objeto de su dominio. En principio, así parece; sin embargo, como examinamos a continuación, lo cierto es que sus facultades dispositivas van a sufrir un quebranto, una limitación derivada de los derechos que de aquel contrato de arrendamiento han nacido a favor del arrendatario y de las delimitaciones que las leyes le imponen para reforzar los derechos del arrendatario. No vamos a examinar las consecuencias del arrendamiento en cuanto a las facultades de uso, goce o aprovechamiento; vamos a contemplar solamente las facultades dispositivas concretadas en la enajenación y el gravamen.

El Código civil, respetuoso con el derecho de dominio, no restringió las facultades dispositivas del arrendador en general. Este puede vender libremente, puede gravar libremente la finca arrendada, aunque en el aspecto económico las consecuencias del arriendo se manifiesten en una disminución de valor de la cosa en el tráfico y, en consecuencia, en el crédito. Pero las modernas leyes de arrendamientos rústicos y urbanos sí que establecen limitaciones a esa facultad dispositiva, al crear a favor del arrendatario derechos de retracto y de tanteo y retracto.

La Ley de Arrendamientos Rústicos, en su artículo 16, establece un derecho de retracto a favor del arrendatario «en todo caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada», imponiendo al arrendador la obligación de notificar al comprador el arrendamiento a que está sujeto, y el comprador, a su vez, está obligado a notificar al arrendatario la compra para que éste pueda ejercitar el derecho de retracto. La omisión de esta notificación amplía el plazo para el ejercicio de su derecho.

Este derecho de retracto legal afectará a terceros, conforme al artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

La Ley de Arrendamientos Urbanos crea, en su artículo 47, un derecho de tanteo en caso de venta por pisos, o en el caso de finca de una sola vivienda, así como también cuando se trate de adjudicación por división de cosa común, excepto que esa cosa común se hubiese adquirido por herencia o legado. Además, en el artículo 48 se concede al

arrendatario el derecho de retracto cuando no se haya dado la notificación para el tanteo. En los artículos siguientes se recogen los requisitos para el ejercicio de este retracto y se establece la limitación para enajenar impuesta al adquirente en virtud del ejercicio de los derechos de tanteo o retracto.

Además, el artículo 55 declara que «para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de fincas urbanas deberá justificarse que han tenido lugar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48. La falta de justificación constituye falta subsanable, con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva por plazo de ciento ochenta días que se convertirá en inscripción si dentro de ese plazo se acreditasen las notificaciones en forma legal. Cuando el piso no estuviese arrendado, para que sea inscribible la adquisición deberá el transmitente declararlo así en la escritura de venta bajo pena de falsedad en documento público».

Pues bien: tanto en este caso como en el anterior se imponen limitaciones que restringen en cierto modo la facultad dispositiva del vendedor propietario; pero hay más: se afecta a los terceros aunque se trata de algo que no consta inscrito, porque, por ser establecido en la Ley, goza de una publicidad que supera a la tabular, haciendo superflua su inscripción.

ROCA entiende se trata de limitaciones del dominio que tienen carácter absoluto e impersonal y viven fuera del Registro. Frente a ellas no puede hablarse de tercero y están fuera del ámbito y alcance del principio de fe pública registral.

TIRSO CARRETERO ataca esta opinión. Se basa en un argumento histórico: Ni la Ley de 1861 ni el Código civil concedieron efecto contra tercero a las acciones de retracto legal. Fue la Ley de 1909 quien, desafortunadamente según él, las introdujo. La Ley de 1861 y el Código civil no les reconocían efectos frente a terceros, y así los recogió la Sentencia del Tribunal Supremo de 1867, al decir: «La acción de retracto no puede establecerse sino contra el comprador.»

La Reforma de 1909, por influjo de BIENVENIDO OLIVER, admitió la eficacia *erga omnes* de las acciones de retracto no inscritas, establecidas en las Leyes. Lo que ocurría, según CARRETERO, es que eran muy limitados y hasta como invisibles los supuestos de retracto legal, que en cierto modo se desprendían de las inscripciones registrales; pero hoy, ante la exuberante floración de supuestos de retractos legales, debería volverse al sistema de 1861.

B) *Hipoteca*.—El hecho de tener arrendada una finca no impide a su propietario el acudir al crédito ofreciendo en garantía dicha finca. Queda intacto el dominio, y, por tanto, aunque se habrá producido un quebranto económico, especialmente si la finca está sujeta a las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos, que tan vigorosamente protegen al arrendatario, ello no será obstáculo a su hipotecabilidad.

Cuando llegue el momento de la ejecución hipotecaria por impago de la deuda garantizada, ya se considere aquel arrendamiento como un derecho real o personal, subsistirá a la adjudicación, subrogándose el rematante en la posición del arrendador ejecutado. Ello es así porque es principio fundamental el de la subsistencia de los gravámenes anteriores y preferentes al derecho del acreedor ejecutante.

Pero el supuesto que más ha preocupado en la doctrina es el del arrendamiento constituido con posterioridad a la hipoteca de la finca. Este problema ha sido objeto de una amplia discusión doctrinal por la innegable trascendencia que tiene tanto en relación con el crédito territorial como en relación con la subsistencia del derecho del arrendatario.

Vamos a examinar esta cuestión, dejando para más adelante el problema con ella relacionado de la llamada acción de devastación.

La hipoteca afecta a la facultad dispositiva del deudor hipotecante. Podemos comenzar afirmando que el propietario de la cosa hipotecada conserva todas las posibilidades de utilización y aprovechamiento de la misma, de no haberse decretado la Administración Judicial a resultas de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria.

Puede disponer material y jurídicamente de la finca, pudiendo concertar arrendamientos inscribibles o no. (No nos referimos a los notoriamente gravosos, que si suponen un daño intencional al acreedor hipotecario pueden ser impugnados por éste.)

Pero la existencia de la hipoteca, aun en su fase de seguridad, ya lo veremos en la fase ejecutiva, produce unos efectos que no pueden desconocerse.

Como dice GINOT LLOVATERAS, la hipoteca, en la fase de seguridad, constriñe la voluntad del dueño en el campo de su actividad material (actos derivados de la facultad de goce en cuanto perjudiquen al acreedor) y en la facultad dispositiva, respecto de la que algunos, como GORLA, llegan a afirmar la indisponibilidad de manera que el propietario deudor sólo puede transmitir a un tercero la posesión de la cosa hipotecada.

Sin llegar a esa exageración, otros autores, como DISTASO, partiendo de que la esencia de la hipoteca consiste en un vínculo que afecta al bien, deja a éste insensible a todo eventual cambio de su condición jurídica fundamental, y afirma que se trata de un vínculo de indisponibilidad no absoluta, sino relativa, frente a los restantes acreedores.

VALLET mantiene la tesis de que la hipoteca es una sujeción de la cosa que impide toda disposición en perjuicio del acreedor.

GINOT, en su trabajo *La hipoteca y los arrendamientos posteriores*, dice que los actos de disposición realizados por el propietario de la finca hipotecada no son ni pueden ser actos dotados de eficacia plena y absoluta; en este mismo sentido, JOSÉ ANTONIO DORAL afirma: «Las relaciones que se constituyen con posterioridad a la hipoteca no son firmes; carecen de la firmeza de que carece también durante la fase de seguridad la relación básica en que se inscrutan.»

El arrendamiento, ya se considere actos de administración o disposición, puede ser afectado por la existencia de una hipoteca sobre la finca. Los notoriamente gravosos pueden impugnarse como hemos dicho, pero ¿y los normales?

GALINDO y ESCOSURA entienden que un arrendamiento de larga duración inscrito en el Registro puede convertirse en un derecho real, ocasionando un perjuicio a la garantía; esta opinión es también recogida en las Resoluciones de enero de 1884, 1900, 1911 y 1929, que consideran al arrendamiento inscrito como gravamen que debe seguir la suerte de los demás gravámenes no preferentes. Pero, como vemos, estas Resoluciones se refieren más al problema de la subsistencia que a la posibilidad de su nacimiento. Vemos, pues, que si en principio puede el propietario deudor arrendar, la esencia de la hipoteca, como derecho a la realización de valor, impone ciertos condicionamientos a aquella posibilidad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1961 habla de que el propietario de la finca hipotecada tiene su esfera dominical compartida por la concurrencia del derecho del acreedor hipotecario. Hay, pues, una confluencia de poderes sobre la misma cosa.

Pero donde adquiere virulencia el problema es en el supuesto de ejecución de la garantía y consiguiente adjudicación al rematante.

Un planteamiento correcto tiene que basarse en la protección característica de la publicidad registral. La hipoteca inscrita antes de otorgarse el arrendamiento puede y debe ser conocida por el arrendatario, y, por tanto, le afectará, tanto en la fase de seguridad como en la de ejecución, por lo que no puede ampararse en el Registro al objeto de mantener su titularidad cuando el derecho del concedente se extingue y la inscripción se cancela.

No obstante, esta solución predicable en los arrendamientos sujetos exclusivamente al Código civil es menos pacífica en los arrendamientos especiales.

El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 24 de diciembre de 1965, dice: «Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de la vivienda, con o sin mobiliario, y locales de negocios, llegado el día del vencimiento del plazo pactado éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones.»

Este artículo establece el derecho de prórroga forzosa y la subrogación en la posición jurídica del arrendador a todo tercero que le suceda en sus derechos y obligaciones, siempre que esta sucesión se opere en virtud de un acto voluntario. Ahora bien: en caso de enajenación forzosa por ejecución hipotecaria, ¿se dará la prórroga forzosa en perjuicio de tercero que haya rematado la finca? Si contestamos afirmativamente proclamaremos la subsistencia del arrendamiento; en caso contrario, su extinción.

En la ejecución forzosa el fenómeno de la sucesión no es del todo claro, puesto que en ella no se exige el consentimiento del ejecutado. Pero si entendemos el concepto de sucesión en su más amplio sentido como cambio subjetivo de una relación jurídica que permanece una y la misma no obstante dicho cambio, hemos de admitir que en la ejecución forzosa hay sucesión, sustituyéndose la voluntad del ejecutado por el órgano jurisdiccional. Esta es la opinión de CARNELUTTI, PUBLIATTI y SATTA en la doctrina italiana, y en análogo sentido se manifiestan AMORÓS, FLÓREZ DE QUIÑONES y FUENTES LOJO, quienes, en consecuencia, son partidarios de la subsistencia del arrendamiento. Frente a ellos, GINOT, en el trabajo citado, niega la subsistencia del arrendamiento, tanto rústico como urbano. Para él, la resolución del derecho del arrendador provoca la del arrendatario por aplicación de los artículos 131 (Reglas 8.^a, 13, 16 y 17) y 133 de la Ley Hipotecaria. También AMORÓS afirma a favor de la extinción militar la norma general de subsistencia de las cargas anteriores y preferentes; pero la norma singular del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos impone a todos la subsistencia, al igual que ocurre en el artículo 9.º de la Ley de 1942 respecto a los arrendamientos rústicos protegidos.

La jurisprudencia, en Sentencias de 5 de febrero de 1945 y 22 de diciembre de 1955, considera extinguido el arrendamiento sin que éste pueda vincular al adjudicatario, salvo que se trate de arrendamientos especiales, dice la segunda de las Sentencias citadas. La de 4 de mayo de 1961, comentada por MANUEL AMORÓS, sin entrar en el fondo de la cuestión, implícitamente consideró extinguido el arrendamiento posterior a la hipoteca. Otra Sentencia, la de 22 de mayo de 1963, dice: «La hipoteca preferente opera al modo de una condición resolutoria, que en méritos del proceso de ejecución queda cumplida, ocasionando la liberación total de las posibles hipotecas posteriores y de los gravámenes inscritos con posterioridad, así como provoca la cancelación de la inscripción del arrendamiento.» Y más recientemente, la Audiencia de Madrid, en Sentencia de 21 de mayo de 1964, considera que si la hipoteca en su ejecución provoca la cancelación de todos los derechos posteriores, ni siquiera cabe suscitar la cuestión, pues si bastase la mera presencia de un contrato de arrendamiento para dejar sin efecto la protección hipotecaria, quedaría olvidado el principio que la ampara, por el que todo derecho no inscrito ha de considerarse inexistente ante la expresada protección.

En los arrendamientos rústicos, y por las razones expuestas, y en base al principio resolutivo *juris dantis resolvitur ius concessum*, que implícitamente se recoge en el artículo 3.º de la Ley de 1935 y Reglamento de 1959.

VIII

LA ACCION DE DEVASTACION

Manifestación concreta de la limitación a las facultades de uso y disfrute de la finca hipotecada es la que, con el nombre de acción de devastación, recoge el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, al decir: «Cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez de Primera Instancia del Partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará Providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el juez nueva Providencia, poniendo el inmueble en administración judicial.

En todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

El derecho reconocido al acreedor en ese artículo hay que entenderlo no sólo concretado a los actos de deterioro o menoscabo material, sino también a los daños jurídicos que afecten al patrimonio del acreedor, disminuyendo la garantía. Esta interpretación amplia es la que da JOSÉ ANTONIO DORAL al artículo 117, estando comprendidos todos los supuestos en los que se pueda manifestar una intención dañosa por parte del deudor en el uso y aprovechamiento de la finca hipotecada.

Entre los supuestos más notorios de perjuicios procedentes de actos jurídicos está, sin duda, el arrendamiento cuando éste se celebre en condiciones tales que suponga una devaluación exagerada de la finca. Por ello, frente a esta posibilidad, ciertas entidades oficiales de crédito solían establecer, en las escrituras de hipoteca constituidas a su favor, la necesidad de recavar su consentimiento para arrendar la finca hipotecada. Bien es verdad que, al ser este un pacto originador de un mero derecho personal, no podía tener acceso al Registro; sin embargo, combinado con otro pacto resolutorio, en el supuesto de incumplir el primero, podía resultar eficaz.

El Reglamento Hipotecario, en la reforma de 1959, dice, en el artículo 219: «El valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando con posteridad a la constitución de la hipoteca se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total

asegurada. El juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente.

Vemos, por tanto, que si bien queda libre el deudor hipotecario para ejercer a su arbitrio las facultades de uso y disfrute de la finca hipotecada, su deber de conservación de la cosa le impone restricciones para salvaguardar los derechos del acreedor hipotecario, que en la fase de seguridad de la hipoteca son expectantes a la obtención del valor de la garantía.

No se establece en este artículo 219 una prohibición de arrendar, que iría contra principios de orden público, y que tal vez fuera ineficaz; pero sí se restringe aquella facultad en aras a la seguridad de la garantía hipotecaria, que podría verse casi destruida por la desvaloración que el arrendamiento supondría para la finca hipotecada. Le ha correspondido, pues, al Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1959, el ampliar la acción de devastación a los daños jurídicos que indirectamente se manifiestan en daños económicos.

IX

DERECHO DE RETORNO

La Ley de Arrendamientos Urbanos, en los artículos 78 y siguientes, al regular la causa segunda de excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento de viviendas o locales de negocio, introdujo, en el artículo 81, un derecho a favor del arrendatario que desee reinstalarse en el piso o local reedificado.

Este derecho, con la denominación de derecho de retorno, lo recoge y regula, en cuanto a su constatación registral y efectos frente a terceros, el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, en su reforma de 17 de marzo de 1959, al decir: «Los inquilinos o arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de la finca que se reedifica. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo, y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad.»

El supuesto a que responde el nacimiento de este derecho se produce cuando el propietario arrendador niega la prórroga por proyectar

el derribo del edificio para reedificar otro que le permita obtener mayores ingresos de rentas o alquileres.

El conflicto de intereses se da entre el arrendador, que lógicamente busca una mayor productividad a la finca y capitales invertidos en ella; el arrendatario o inquilino, que desea conservar el uso y disfrute de la finca o local arrendados; la comunidad, que también aspira a unos mejores servicios mediante la modernización del conjunto urbano, tanto en el aspecto habitación como en el de centros comerciales, y, por último, puede aparecer el interés del tercer adquirente de la finca, que desconoce la existencia del derecho de retorno.

A conciliar estos intereses, evitando tanto el excesivo envejecimiento de las poblaciones como la posibilidad de burlar los derechos de los arrendatarios a la prórroga forzosa, mediante pretendidos proyectos de reedificación, o los derechos de terceros ante la no ostensibilidad y publicidad del derecho al retorno, es lo que pretende la nueva regulación.

Veamos muy esquemáticamente algunos puntos interesantes:

a) *Naturaleza del derecho de retorno.*—Parece existir unanimidad a negarle el carácter de derecho real a este derecho. Díez PICAZO lo considera como un derecho derivado del derecho arrendaticio, o, mejor, como una situación instrumental dirigida a permitir la creación de un derecho arrendaticio sobre la nueva finca. A diferencia del derecho arrendaticio, que puede no ser inscrito, el de retorno, por su falta de exterioridad, de publicidad posesoria, siempre requiere constancia registral.

En el derecho de retorno, nos dice, no hay objeto actual y determinado sujeto al poder del titular, y si fuere un derecho real no necesitaría una expresa y concreta declaración de la ley sobre su inscribibilidad, pues estaría comprendido en los términos generales y amplios del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. Termina afirmando que no hay extinción de la relación arrendaticia y creación de una nueva, sino que el retorno es una fase en la vida de aquélla, que subsiste por disposición de la ley cuando se dan los requisitos exigidos en la misma y en el Reglamento Hipotecario. El contenido del derecho de retorno es la prestación del retorno, es decir, un comportamiento del arrendador a favor del arrendatario. Esta prestación es el contenido de una obligación *propter rem* (afecta al que sea propietario del inmueble edificado), positiva de dar, duradera, aunque carece de plazo fijo, y no tiene un objeto determinado *ad initio*, pero sí determinable.

AMORÓS, comentando la reciente Resolución de 30 de octubre de 1969, aboga por la superación de la distinción de derechos personales y reales, sustituyéndola por la de oponibles y no oponibles, que tiene, según él, la ventaja de poderse aplicar a estas figuras de dudoso contorno. Afirma que el derecho de retorno es un derecho oponible en cuanto que puede afectar a terceros adquirentes de la finca a través de su publicidad registral.

En lo demás, acepta la tesis de DÍEZ PICAZO.

FERNÁNDEZ BOADO lo considera como un derecho personal ejercitable frente al arrendador, pero al que el legislador atribuye efectos reales, haciendo que constituya una afección o carga que, como obligación *ob rem*, afecta a todo adquirente de la propiedad de la finca.

CHICO y BONILLA dicen que las características que la legislación especial atribuyen a este derecho son:

- 1.^a Está establecido por la ley a favor del arrendatario, aunque también puede nacer de pacto.
- 2.^a Es personal.
- 3.^a A pesar de ello, produce efectos *erga omnes* y se opera en un doble sentido: ejercitando el retorno o exigiendo indemnización.
- 4.^a Es una limitación del dominio del arrendador.

b) *Titulares*.—Titular activo del derecho de retorno es el inquilino o arrendatario del local de negocios, y titular pasivo, el arrendador propietario.

c) *Objeto*.—Consiste en la prestación, positiva y *propter rem*, de reinstalar al inquilino o arrendatario en la nueva finca o local resultante de la reedificación.

d) *Duración*.—La ley no establece plazo de duración de este derecho; el Reglamento Hipotecario sólo establece el plazo de vigencia de la nota, que es de cinco años. Implícitamente puede entenderse éste como plazo de duración del derecho de retorno, puesto que sin publicidad registral no puede existir aquél.

Origen.—Puede ser legal (art. 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) o convencional (art. 15 del Reglamento Hipotecario).

Sus presupuestos son: 1. Preexistencia de un contrato de arrendamiento.

2. Denegación de la prórroga por decisión de derribo y proyecto de reedificación, con autorización del gobernador civil de la provincia respectiva, que señalará plazo para las obras.

3. Decisión del arrendatario de reinstalarse en el nuevo local.

4. Fijación de las características físicas del local.

Título.—El título en virtud del cual surge este derecho puede ser la ley o el contrato, y, en todo caso, la constatación registral de su existencia. Esta constatación registral se llevará a cabo mediante la nota marginal que regula el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

Presupuesto de esta nota marginal será la previa inscripción de la finca arrendada que va a ser derruida para reedificar. En caso de no existir la previa inscripción, el derecho de retorno producirá los efectos que determina el artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin

que pueda afectar a tercer adquirente. FERNÁNDEZ BOADO entiende que no puede aplicarse al supuesto de la falta de la previa inscripción de la finca arrendada la misma solución que determinan los artículos 312 y 376 del Reglamento Hipotecario; pero, frente a esta opinión, Díez PICAZO y BONILLA entienden que debe admitirse aquella aplicación.

En todo caso, los efectos fundamentales del derecho de retorno son los de afectar tanto al arrendador como a los posibles terceros adquirentes para la plena vigencia del derecho concedido al arrendatario de la finca derruida.

Caducidad.—Cinco años, contados desde la fecha de la nota. Así se desprende del Reglamento Hipotecario y de la Resolución antes citada de octubre de 1969.

Transmisión.—a) Del derecho de retorno, no es transmisible si es legal, por estar originada en beneficio de un concreto interés protegido, el del arrendatario a quien se niega la prórroga; pero sí en el supuesto del retorno convencional, con los requisitos del traspaso, y, en todo caso, con consentimiento del arrendador.

b) Del derecho del propietario, es siempre posible con subrogación en el comprador de la obligación de reinstalar al arrendatario, ya que le afecta el derecho de retorno, conforme al artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 15 del Reglamento Hipotecario.

Las causas de extinción de este derecho pueden ser la caducidad del plazo de vigencia (cinco años), la renuncia o el hecho de que el titular del derecho de retorno pueda disponer de una vivienda o de otro local de negocio suficiente dentro de la misma localidad (art. 81, núm. 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Y termino. En el tintero han quedao muchas, muchísimas cuestiones sin tratar, entre ellas, acaso como la más destacada, la referente al traspaso de local de negocios y su hipoteca.

He dicho.

Por JACINTO DE CASTRO GARCÍA,
Registrador de la Propiedad