

DICTAMENES

La relación entre el arrendamiento y la hipoteca ⁽¹⁾

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las cuestiones sobre las que se insta el dictamen pueden reducirse a una fundamental. ¿Cómo proteger al acreedor hipotecario frente a los arrendamientos de fincas urbanas que con posterioridad a la hipoteca pueda formalizar el deudor? Los temas especificados en la consulta constituyen aspectos de tal cuestión.

La hipoteca, derecho real de garantía, tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación. El Código civil alemán en el parágrafo 1.113 declara que la hipoteca es el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud del cual, aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse un crédito reconocido a su favor. Para Nussbaum "la hipoteca es un derecho real sobre cosa ajena, entraña un derecho absoluto, eficaz contra terceros y establecido directamente sobre una finca". Lo mismo que la prenda confiere al acreedor un derecho real sobre la cosa dada en garantía. Y Wolff, en su fundamental *Tratado sobre el Derecho de Cosas*, en la obra de Ennecerus, Kipp, al examinar la esencia del derecho de garantía, tanto si se constituye sobre muebles como si versa sobre inmuebles, afirma que implica un gravamen de la cosa, que produce un señorío jurídico sobre la misma y una pretensión *erga omnes* para que se omita cualquier menoscabo que pueda lesionar aquel señorío. Este poder consiste en la realización del valor de la cosa, enajenación por la que se podrá obtener cierta cantidad de dinero. Tal derecho tiene como finalidad satisfacer una obligación para cuya seguridad se constituye. El derecho de garantía no engendra una acción dirigida contra quien sea propietario de cosa, es el titular de la garantía quien se procurará por un acto propio la cantidad que le corresponda.

La naturaleza del derecho de garantía, así considerado, la desarrolló Sohm. Este con Meibom, afirmaban que la hipoteca no sólo da derecho a reclamar el pago de una deuda garantizada, sino que constituye una obligación que debe clasificarse entre los derechos de crédito. También Leonardo Coviello, en un sugestivo artículo publicado en la *Revista di Diritto Civile*, se hizo eco de estas concepciones acerca de la naturaleza real de la hipoteca. No obstante el texto claro del Código civil italiano de 1865, dogmática moderna entiende que las definiciones legislativas no vinculan al intérprete si no corresponden con preceptos de contenido normativo. Después de examinar las agudas obser-

(1) Dictamen remitido por el Letrado D. Sebastián Moro Ledesma.

vaciones de Carnelutti en *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* y de Gorla en *Legaranzie reali delle obbligazioni*. Milano, 1935. Coviello termina por adherirse a concepción tradicional que mira la hipoteca como un verdadero derecho real.

Partimos de esta concepción dominante, dentro de la que se afirma el deber de pagar del deudor propietario, bien a través de la teoría de la obligación real o del débito con la responsabilidad limitada. Tanto en el Código civil español como en la Ley Hipotecaria aparece reconocida la concepción de la hipoteca como derecho real de realización del valor de la cosa. Al analizar los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley hipotecaria, también la reconocen los anotadores de Ennecerus, señores Pérez González y Alguer, y la generalidad de los civilistas patrios.

Así Roca Sastre, Derecho hipotecario, vol. IV, pág. 15, al enumerar los caracteres de la hipoteca: accesoriedad, indivisibilidad, constitución registral, que recae sobre bienes inmuebles ajenos y enajenables, sin implicar desposesión de los mismos, destaca como característica fundamental la ya indicada. Puesto que el señorío típico que con ella ejerce su titular o acreedor es un poder o facultad de hacerse con dinero a cargo de la cosa hipotecada. Esta nota se manifiesta en el artículo 1.858 de Código civil, según el cual es de esencia en la hipoteca, como en la prenda que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas para pagar al acreedor. Pero el gravamen recae sobre la cosa y no sobre el valor. Comprende en nuestro derecho todo el valor en cambio de la finca, si bien cada una de las hipotecas que se constituyan tendrán por el orden con que se hubieran inscrito, preferencia para la extracción del valor de la finca.

El expresado *ius distrahendi*, esencial efecto de la hipoteca juntamente con el *ius disponendi* y el *ius vindicandi*, típicos de los derechos reales, permanecen durante un cierto lapso de tiempo en un estado de quiescencia, como latentes, sin que deba considerarse que la hipoteca por ello deje de constituir un gravamen actual con efectos frente a terceros. Pero es en el momento de la ejecución cuando el repetidamente citado derecho de hipoteca se pone claramente en evidencia, se actualiza y consume.

Consecuencia de tales derechos atribuidos del acreedor hipotecario es el reconocimiento de facultades para evitar la alteración o menoscabo de la finca hipotecada. Con tal fin le confiere la ley la denominada *acción de devastación*. Subsistiendo las facultades dispositivas del propietario, después de constituida la hipoteca, éste podrá transformar y aun destruir la cosa dada en garantía. Cuando por el ejercicio de dichos poderes dispositivos pueda poner en trance de desaparición o disminución el valor de la garantía, la ley autoriza al acreedor hipotecario para defender su derecho mediante la llamada acción de devastación. La necesidad de amparo y protección de estos derechos del acreedor hipotecario mueven a la ley a limitar las facultades dispositivas que conserva el propietario. Chironi Abello ratifica este pensamiento al decir que, en el fin de seguridad y en la voluntad de las partes, funda la ley la obligación del deudor de garantizar al acreedor las modificaciones que destruyan o alteren el valor de la cosa o de la hipoteca. El concepto de la enajenación y la transmisión del derecho al valor imponen una fisonomía jurídica especial al derecho de hipoteca, y si

bien hasta que la obligación haya vencido, no podrá el acreedor ejercitar su derecho de garantía, siempre el deudor debe garantizar la integridad de la hipoteca concedida.

Galindo y Escosura, en sus *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. III, página 267, afirmaban que el artículo 122 de la ley a la sazón vigente disponía que la hipoteca subsiste íntegra sobre cualquier parte de los bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, presumiendo que el deterioro de la garantía hipotecaria resultase de causas naturales. El caso de que el daño se hubiese causado por voluntad o culpa del dueño fué relegado al artículo 97 del Reglamento, el cual disponía que cuando la finca hipotecada se deteriora disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño, el acreedor puede solicitar del Juez en que radique, que admita justificación y si de la que diere resultare exactitud y fundado el temor de que la hipoteca sería insuficiente, dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar el daño.

Era indiferente que el deterioro se causase con intención de perjudicar o sin ella. Se puede reclamar si el menoscabo hace insuficiente la cuantía de la hipoteca para responder del pago de la deuda. Sobre los casos en que es racional el temor de insuficiencia de la hipoteca decide el criterio del Juez.

Si contra el mandato judicial el deudor ejecuta el acto prohibido, como incumple lo mandado, el Juez a solicitud del acreedor dicta una nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial. Consideraban los citados comentaristas que el remedio era insuficiente: si el deudor hubiese obrado con dolo, vano sería poner la finca en administración judicial. Creían debía formarse causa por desobediencia grave o por daño causado, extendiendo el alcance de este delito a quienes lo causen en cosa propia y con perjuicio de derechos ajenos. El acreedor es un propietario condicional de la finca, si ésta no se vende para pagarle y se le adjudica el trozo de edificio a que equivale su crédito, pasa a su poder como si el dueño sólo la hubiese tenido precariamente. Creían también que debería concederse facultad para reclamar el crédito como vencido, desde el momento que declare el Juez que es insuficiente, haciendo o no haciendo obras.

Morell y Terry, en sus conocidos *Comentarios a Legislación Hipotecaria*, volumen, IV, pág. 42, analiza el artículo 188 del Reglamento Hipotecario, que sustancialmente coincide con el 97 del Reglamento anterior expuesto. Deduce de aquel precepto que el ejercicio de derecho del acreedor exige dos requisitos: *primero*, que la finca hipotecada disminuya de valor, resultando de ello fundado temor de que la hipoteca sea insuficiente, y *segundo*, que el deterioro se ocasiona por la voluntad del dueño, con intención o sin ella.

Si la finca se deteriora por causas independientes de la voluntad del deudor, la hipoteca subsiste sobre lo que queda de ella. Si disminuye de valor sin voluntad del dueño, el acreedor podrá convenir con el deudor en la ampliación de su hipoteca sobre otros bienes, pero nunca hacer uso del derecho que le concede el artículo 188.

Cuando el deterioro ocurra por la voluntad del deudor, con o sin intención de perjudicar al acreedor, se aplica el artículo 188.

Roca, en su *Derecho Hipotecario*, reconoce que una vez constituida la hipoteca

el ejercicio de las facultades de goce y disposición del propietario resultan afectados por un *ius prohibendi* atribuido al acreedor hipotecario para remediar o prevenir que su actividad pueda redundar en perjuicio de la cosa hipotecada.

El artículo 117 de la Ley Hipotecaria en vigor, reproducción a la letra del artículo 188 del Reglamento Hipotecario de 1915, preceptúa:

Quando 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 temor de que sea insuficiente la hipoteca se dictara 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.

Tal es la reglamentación en el derecho vigente de la acción de devastación imprecisa y poco afortunada. Gira en torno a la idea de "deterioro". Mientras éste no produzca disminución de valor de la finca hipotecada el dueño puede obrar libremente. Tal deterioro ha de ser producido por dolo, culpa o voluntad del dueño y una vez causado el acreedor hipotecario podrá pedir al Juez de primera Instancia del partido que adopte las medidas conducentes para evitar o reparar el daño y si el propietario insistiera en el abuso dictará nueva providencia, poniendo la finca en administración judicial. El Juez al decretar esta administración tendrá en cuenta el régimen establecido para el juicio de *ab-intestato*.

El Derecho hipotecario de otros pueblos también se ha preocupado de este tema. Con independencia de la legislación italiana mencionada, en Bélgica, Lepinois *De la transcription des privilèges et des hypothèques*, sostiene que la hipoteca puede resultar insuficiente con posterioridad a su constitución como consecuencia de la pérdida del inmueble y de los deterioros. En rigor cabría pensar que el deudor que consintió la seguridad real exigida por el acreedor, cumplió su obligación, y no puede ser obligado a más, si el inmueble parece o se deteriora por el caso fortuito. Pero la ley mira la hipoteca como condición de las entregas hechas al deudor y del plazo concedido a éste. Cree que sin la garantía hipotecaria el deudor no habría obtenido el crédito y acuerda que tiene *el derecho de pedir el reembolso*, siempre que la finca se hubiese destruido o deteriorado por falta del deudor y cuando la pérdida o el deterioro sea resultado del caso fortuito. (Art. 79 de la Ley Hipotecaria.)

Si la pérdida o el deterioro hubiesen ocurrido sin culpa del deudor podrá escapar a la acción de reembolso por un suplemento de hipoteca. No basta que la finca se haya deteriorado, es necesario que la garantía sea insuficiente y ello se determinará mediante tasación. La Ley Hipotecaria belga vino a modificar de este modo el artículo 2.131 del Código civil, que facultaba al acreedor para pedir el reembolso o un suplemento de hipoteca. Añade la ley que se podrá pedir el reembolso a menos que se admita al deudor el ofrecimiento de un suplemento de garantía, si los daños fueron sin culpa. La cuantía del suplemento

ofrecido y su suficiencia constituye una cuestión de hecho, que determinan los Tribunales.

También el Código civil alemán se ocupa de la devastación en los párrafos 1.133 y 1.134. El primero de tales preceptos establece que, si a consecuencia de un deterioro de la finca se pone en peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede conceder al propietario un plazo prudencial para que cesen tales peligros. Transcurrido dicho plazo el acreedor puede proporcionarse satisfacción sobre la finca si no se hubiese mejorado la finca o constituido otra hipoteca complementaria. Y el § 1.134 previene que cuando el dueño o un tercero realizan sobre el inmueble actos de los cuales se ha de temer un peligro, para la seguridad de la hipoteca el acreedor puede pedir que cesen.

Si los actos provienen del dueño, el Tribunal a instancia del acreedor adoptará las medidas necesarias para evitar el peligro. Lo mismo procederá si el deterioro se produce porque el propietario hubiese omitido tomar las medidas necesarias contra los actos de terceros o frente a otros perjuicios.

El derecho que confiere al acreedor hipotecario el primero de los preceptos citados es aplicable aunque no haya habido culpa alguna en el propietario, por ejemplo en caso de incendio de la finca por un tercero, o daños por rayo o granizo. En el supuesto previsto en el § 1.134 parte de una actividad antijurídica del propietario o de un tercero sobre finca cuya desaparición podrá instar el acreedor. V.º *Asch. Das Hypothekengeschäft*; págs. 172 y 173.

Por las deficiencias advertidas es improbable que la cuestión que nos ocupa hallara fácil solución en el derecho español mediante la acción de devastación. Es necesario tener en cuenta que el dueño no pierde por la constitución de la hipoteca sus facultades dispositivas, si bien no podrá ejercitarlas con el fin de destruir el valor del inmueble hipotecado. Tanto los actos de disposición material como los de disposición jurídica pueden revestir la apariencia de ejercicio normal del derecho de propiedad, y sin embargo, entrañar perjuicio para el acreedor. Enseña la experiencia que con frecuencia el deudor no vacilará en agravar su situación y de ahí que las legislaciones se muestren refractarias a consentirle la plenitud de derechos. Por la hipoteca se prohíbe o limita al deudor llevar a cabo ciertos actos de disposición material, por ejemplo: cortas de arbolado, demolición de edificios, que entrañan una sensible alteración de valor del inmueble gravado.

¿Qué respecto de los actos de disposición jurídica? En este punto radica el nódulo de la dificultad que entraña el supuesto consultado. Nadie duda que el deudor puede realizar actos de disposición jurídica sobre la cosa dada en garantía siempre que no perjudique los derechos del acreedor.

¿La transmisión del disfrute de la finca en arriendo causará tal perjuicio?

Para formar un criterio creemos inexcusable examinar la naturaleza y alcance del arrendamiento. Ello parece fundamental para conocer hasta qué punto con él se pueden lesionar los derechos del acreedor hipotecario.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

En el Derecho civil constituye una clasificación fundamental de los derechos subjetivos su distinción en reales y personales. El derecho real se define por su eficacia *erga omnes*. ¿Si auscultamos el derecho de arrendamiento descubrimos

en él las características de los derechos reales? Veamos sumariamente el problema a través de las distintas legislaciones civiles.

En el *Derecho romano*, mediante el contrato de arrendamiento de cosas, una persona, arrendador, entregaba a otra, arrendatario, una cosa para que la use y la disfrute durante cierto tiempo, que tratándose de fincas rústicas generalmente era cinco años. Antes del transcurso del plazo pactado sólo podía rescindirse unilateralmente el contrato por su incumplimiento o por no poder tener efectividad íntegramente, como reconocen JÖRS-KUNKEL, en su *Derecho privado romano*, el contrato de arriendo de cosas deja de engendrar nuevas obligaciones, entre página 340. GIRARD, en *Manuel élémentaire de Droit romain*, pág. 609, enseña que otros supuestos, por la voluntad unilateral del arrendador, cuando le plazca si el contrato no tenía plazo de duración, o teniéndolo en ciertos casos: abuso en goce de la cosa, falta de pago de la merced durante dos años y cuando tuviese urgente necesidad de cosa. No se extinguía el contrato, aunque otra cosa se diga, por confusión, por venta de la cosa. El *adquirente de la cosa arrendada podía disponer de ella el arrendatario, porque la relación jurídica de su causante con aquél no le obligaba* (C. 4, 65, 9). Las escuelas crearon el brocardo *sucesor particularis non tenetur store colono*.

Italia.—Algunos preceptos del *Código civil italiano de 1865* dieron ocasión a propugnar el carácter real del arrendamiento. Especialmente se apoyaba el criterio en el artículo 1.597: Si el arrendador vende la cosa arrendada, el comprador está obligado a soportar el arrendamiento cuando éste sea anterior a la venta y conste en documento público o en documento privado de fecha cierta, siempre que el arrendador mismo no se haya reservado el derecho de resolver el arrendamiento en caso de venta. Y en el artículo 1.598, a cuyo tenor: Aunque el arrendatario no tenga documento público o privado de fecha cierta, si su posesión es anterior a la venta, el comprador está obligado a dejarlo continuar por el tiempo durante el cual se entienden hechos los arrendamientos sin determinación de tiempo. Se robustecía el criterio con la alegación de los artículos 493, 687, 1.417 y 1.528.

En el nuevo *Código italiano* se afirma el mismo criterio. Así los arrendamientos por más de nueve años, o en que se adelantasen las rentas de más de un año, exceden los límites de la mera administración (411). "El contrato de arrendamiento es oponible al tercer adquirente, si tiene fecha cierta anterior a la enajenación de la cosa. La disposición del párrafo precedente no se aplica al arrendamiento de muebles no inscritos en los Registros Públicos, si el adquirente ha conseguido la posesión de buena fe. Los arrendamientos de inmuebles no transcritos, no son oponibles al tercer adquirente sino dentro de los límites de los nueve años desde el principio del arrendamiento. El adquirente está en todo caso obligado a respetar el arrendamiento si hubiese asumido tal obligación frente al enajenante (a. 488). El artículo 439 dispone: "Si el arriendo carece de fecha cierta, pero la posesión del arrendatario es anterior a la transmisión, el adquirente no está obligado a respetar el arrendamiento más que por una duración correspondiente a la establecida para los arrendamientos por tiempo indeterminado." Y el 440 agrega: "El tercer adquirente obligado a respetar el arrendamiento se subroga desde el día de su adquisición en los derechos y obligaciones que derivan del contrato de arrendamiento."

Francia.—El Derecho francés, en el artículo 1.743 del *Code civil*, preceptúa que si el arrendador vendiese la cosa arrendada, el adquirente no puede expulsar al colono o arrendatario que tenga un arrendamiento auténtico o de fecha cierta, a menos que en el contrato se hubiese reservado tal derecho. El legislador acogió la práctica del antiguo derecho, que otorgaba al arrendatario la seguridad de la subsistencia del arrendamiento aun en el caso de enajenación de la cosa arrendada.

Con la claridad y precisión peculiares, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, en *Tratado de Derecho civil*, v. XX, pág. 383, abordan el estudio de la naturaleza del derecho del arrendatario y alegan que durante cierto tiempo se discutió vivamente si el arrendatario tenía un derecho real sobre el inmueble. Posición escasamente apoyada en la doctrina y en la jurisprudencia, pero a la que unió su prestigio Troplong desarrollándola con gran lujo de argumentos, por lo que fué aceptada por diversas resoluciones judiciales y autores. Empero la Corte de Casación rechazó el sistema, lo mismo que la mayor parte de la doctrina.

Demostraremos, afirman, que en el *Derecho romano* y en el *intermedio*, el arriendo era solamente un derecho personal, puesto que no podía oponerse a los causahabientes particulares del arrendador. No constituye objeción seria la opinión contraria fundada en los arriendos a largo plazo, asimilados a la venta.

El derecho del arrendatario conservó esa naturaleza en el Derecho intermedio, época en la que el adquirente respetaba los arrendamientos de fincas rústicas de cierta duración, dejándose guiar de una consideración económica de importancia: el agricultor que arrendaba la tierra por largo plazo, por su propio interés y el del propietario, debía realizar mejoras que tardarían en reintegrarse y se abstendría de hacer esos gastos si su derecho estuviese a merced de cambios tan normales y frecuentes como la enajenación de la finca. Los redactores del Código civil francés no acertaron a comprender las razones de esa excepción y extendieron la solución dada por el Derecho intermedio a todos los arrendatarios (art. 1.743).

Mas no obstante este precepto, argumento principal de la doctrina que defiende el carácter real del derecho del arrendatario, y del artículo 595, aducido con la misma finalidad, en cuanto permite al usufructuario hacer arriendos oponibles al nudo propietario. Si éste no es causahabiente del usufructuario y no tiene por qué pasar por la venta que haya realizado el usufructuario, no parece que tenga tampoco que soportar la constitución de una servidumbre o de cualquier derecho real sobre la finca. Y esta misma respuesta cabría dar al artículo 684 de la Ley procesal, que hace el derecho del arrendatario oponible a los acreedores embargantes y al adjudicatario del inmueble. Precepto éste, además, que reproduce una disposición del derecho anterior, en el que jamás fué defendido el carácter real del derecho del arrendatario.

Ahora bien: numerosos preceptos y de mayor precisión proclaman la naturaleza personal del derecho del arrendatario. El principal, el artículo 1.709, que define el arrendamiento como contrato por el que una de las partes se obliga a hacer gozar a otra de una cosa. Precepto de valor decisivo en la cuestión, en cuanto reproduce la definición de POTHIER sobre el arrendamiento, el cual no vacilaba en sostener el carácter personal del derecho del arrendatario.

Los artículos 1.719, 1.720 y 1.721, enuncian obligaciones del arrendatario.

lo cual si ciertamente evidencia que éste tiene un derecho personal, no es obstáculo para que existiese, además, un derecho real. Unicamente serían eficaces contra la opinión de quienes estiman el derecho del arrendatario como exclusivamente real. Y lo mismo acontece con el artículo 1.727, que prohíbe al arrendatario que se vea perturbado por un tercero, que pretende tener derecho sobre la finca, litigar por sí y le obliga a que acuda al arrendador para que éste se defienda.

No faltó tampoco la alegación de que si fuese real el derecho de arrendatario podría limitarse.

Los trabajos preparatorios son poco categóricos a este respecto, y la discusión que se mantuvo en el Consejo de Estado es confusa y no permite conocer la verdadera intención del legislador. En cambio, los trabajos preparatorios de la Ley de 25 de marzo de 1855, que acordó la transcripción de los arrendamientos de más de dieciocho años de duración nos brinda un argumento importante. En el informe con que se presentó a las Cámaras se decía: "Se han sometido a la transcripción todos los actos, los que sin constituir derechos reales, imponen a la propiedad cargas de tal naturaleza que pueden alterar sensiblemente su valor, como son los arriendos a largo plazo."

Por todo ello, el derecho del arrendatario es personal, sea cualquiera la duración del contrato.

El Derecho alemán.—Las observaciones de los civilistas franceses parecen a veces casi pueriles si se contrastan con la profundidad y las amplias perspectivas que brinda la doctrina germánica en relación con el tema que nos ocupa. Todavía resultan interesantes las sugestivas enseñanzas contenidas en el magistral estudio del profesor que fué de la Universidad de Berlín, Carlos Crome (1). El autor a quien en este punto seguimos de cerca, se muestra, según veremos, decidido partidario de la naturaleza personal del derecho de arrendamiento y mantuvo una famosa controversia con quienes defendían el carácter real del arriendo de bienes inmuebles, COSACK: *Lehrbuch des bürgerlichen Recht*. En época más reciente defiende también esta última posición LÖNING, en su importante monografía *Die Grundstuckmiete als dingliche Recht*. Jena, 1930.

En la segunda lectura del Proyecto de Código civil, dice Fischer que cediendo a las anónimas pretensiones de la crítica y para buscar la armonía con la mayor parte de los Códigos civiles, se reconoció al arrendatario como poseedor de cosa arrendada y se le protegió frente al sucesor singular del arrendador.

La discusión se promovió principalmente en el Derecho territorial prusiano. La cuestión planteada sobre si "venta quita renta" (*Kauf bricht Miete*) es intrascendente por constituir una cuestión especial que nada tiene que ver con la naturaleza del arrendamiento. El carácter real del arriendo en el Derecho prusiano aparecía ligado a la concepción germánica, según la que todo derecho a una cosa podía convertirse en derecho real mediante la posesión. Construida sobre la teoría del título y del modo de adquirir, sin claros precedentes en las fuentes romanas ni germanas, respondía a la pretensión de fundir ideas romanas y germánicas. Se arrancó de la adquisición de la propiedad, separando el negocio traslativo, que representaba la voluntad, y la transmisión de la posesión, que en razón de la misma voluntad operaba la adquisición de la

(1) "Juristische Natur der Miete nach dem D. B. G. B." *Iherings Jahrbucher*, 2.ª serie, vol. I, p. 2 y siguientes.

propiedad. Pero esta distinción no podía trasladarse a la adquisición de todos los derechos reales.

Si todo derecho personal relativo a cosa determinada podía transformarse en real por la inscripción en el Registro público o la entrega de la posesión. En atención a ello en el Derecho prusiano admite como derecho real el arrendamiento.

El primer Proyecto de Código civil se apartó de ese criterio. Con error se identificó el problema de si la compra rompe o no el arriendo, con la cuestión relativa al carácter real de ese derecho, y se alegó además del precedente del Derecho prusiano, el Derecho francés, en el cual, según decía Crome, ningún hombre representativo, excepto Troplong, había defendido el carácter real del arrendamiento.

En Alemania la débil protección del arrendamiento provisto de una acción de regreso frente al arrendador y la concepción del arrendamiento como relación jurídica obligacional, sin eficacia frente al dueño de la cosa, que en esencia configuraban la concepción del Derecho romano, solían condensarse en la conocida frase citada, "venta quita renta".

Mas en el Derecho romano existían, además, otras particularidades que creemos haber subrayado anteriormente.

Y, por otra parte, el Derecho germánico condicionó la protección del arrendatario con carácter real, a que se le transmitiese la *Gewere*, otorgándole amparo frente a la sucesión singular del arrendador, aunque no fué idéntica la regulación en los derechos de todos los países, puesto que en algunos valió el principio de venta quita renta y el sistema que prevaleció fué el contrario, es decir, el que impedía resolver el contrato de arriendo por la venta de la cosa, teniendo el adquirente que soportar su subsistencia.

BRUNNER, GIERKE y otros germanistas configuraron el arriendo como la institución germánica de la *carga real*, que tiene una cosa por objeto y forman parte de su contenido determinados actos del propietario. Pero ya de antiguo fué discutida la naturaleza de estas cargas reales, polémica que resolvió el Código civil alemán, atribuyéndoles en atención a sus efectos la consideración de derechos reales. La obligación impuesta al dueño recibe así carácter real, radica en la finca y el dueño sólo con ella responde del cumplimiento. No cabe negar cierta semejanza entre el arrendamiento y la institución de la carga real.

De otra parte, la inscripción de los arrendamientos iba a provocar dificultades en el aspecto hipotecario formal por la dificultad de hacer constar la necesaria especialidad en las inscripciones.

Se dudaba si sería posible conocer a través de la inscripción la validez de los contratos de arriendo. Si las sucesivas modificaciones contractuales en el tiempo tendrían que reflejarse en los folios registrales; y aun en el caso afirmativo, era problemático, cual sería su rango respecto de aquellos otros derechos reales que se constituyesen con posterioridad a la inscripción del contrato de arrendamiento y antes de que se inscribiesen las modificaciones.

La segunda Comisión para eludir delicadas cuestiones se desvió del primer Proyecto del Código civil por consideraciones prácticas, sin pronunciarse sobre la naturaleza del arriendo y no admitió que "venta quita renta", sino que

aceptó el principio contrario *Kauf bricht nicht Miete*. Miró a la conciencia del pueblo. Quien adquiría la cosa en una renta voluntaria en virtud de la ley, quedaba subrogado en el lugar de arrendador. De esta suerte no le podían perjudicar los cobros de rentas anticipadas que hubiese realizado el dueño. Mas la sustitución en el aspecto activo y pasivo de una obligación, como reconoció la misma Comisión, entrañaba una anomalía respecto del sistema general seguido por el Proyecto sobre el particular.

Esa excepción necesaria para aceptar que a la venta no extingue el arrendamiento, se apoyó en la idea germana, según la cual hay ciertos derechos y obligaciones que van unidos a la propiedad de las cosas.

No parece lógico suponer que la segunda Comisión admitiese la enorme quiebra que representaba para el sistema hipotecario del Proyecto, reconocer la existencia de un derecho real, sin necesidad de la inscripción. Derecho real del cual no suministraría noticia alguna el Registro de la Propiedad, en el que para mantener la seguridad absoluta del tráfico inmobiliario se había sacrificado grandes intereses. No parecía admisible que la Comisión hubiese consentido luego, sin explicación alguna, ese carácter real del arrendamiento, que entrañaba graves peligros para el régimen hipotecario. Acaso aquí se halle la explicación del rodeo que suponía subrogación en el aspecto activo y pasivo de la obligación.

De modo que el arrendatario en teoría continuó siendo obligacional, pero en sus efectos frente a terceros se manifestaba como un derecho absoluto. Y acaso por ello autores como COSACK y FUCHS le atribuyeron naturaleza real. Pero con insistencia y machaconería, CROME afirma que no fué aceptado con tal carácter en el Código civil alemán, cuyas disposiciones, lo mismo que las de las leyes complementarias, patentizan que no puede hablarse de un derecho real de arrendamiento.

Fundamental en este punto es el parágrafo 571 del *B. G. B.*; conforme al cual, "cuando la finca fuese enajenada a un tercero después de su entrega al arrendatario, el adquirente se subroga en el lugar del arrendador, asumiendo todos los derechos y obligaciones de éste derivados de la relación arrendaticia durante el tiempo de su propiedad. Si el adquirente no cumple sus obligaciones, responde el arrendador de los daños indemnizables como un fiador que hubiese renunciado al beneficio de exención. Si el arrendatario es notificado por el arrendador del traspaso de la propiedad, éste quedará liberado de responsabilidad cuando el arrendatario no denuncie el contrato en el primer término en que ello sea posible".

Conforme a este precepto, el adquirente se subroga en el aspecto activo y pasivo de la obligación, puede haberse estipulado expresamente, si no la ley supone que consintió. Mas si el derecho tuviese carácter real, el arrendatario dispondría de una acción petitoria, eficaz frente a cualquiera que perturbase el ejercicio de sus derechos, como la que corresponde al propietario y a titulares de los derechos reales de goce, §§ 985, 1.017, 1.027, 1.065, 1.068, 1.090 y 1.093. La protección jurídica del arrendamiento en la Legislación alemana se limita a los medios posesorios, aun reconocido como poseedor y no simple tenantador.

Al arrendador corresponde la posesión mediata: el arrendatario frente a

terceros perturbadores tendrá que comunicar al arrendador las perturbaciones para que éste se defienda. A diferencia del usufructuario, el arrendatario no se puede defender por sí. La ley quiso señalar con esto la diversidad de sus respectivas posiciones jurídicas, y con razón, ya que la experiencia prusiana mostró que no había sido acertada la concesión de una protección petitoria independiente para el arrendatario.

Si el arrendatario que tomó posesión obtuviese un derecho real, éste sería oponible frente a todos, no sólo respecto de los sucesores singulares del arrendador, sino frente a cualquier tercero, como acontecería con constitución de un derecho.

No cabe conceder al arrendamiento naturaleza real por su relativa intangibilidad y por la subrogación de determinados sucesores singulares en los derechos y deberes de arrendador.

Que el Código civil se haya pronunciado por la proclamación del principio "venta no quita renta", no autoriza a pensar que haya configurado al arrendamiento como derecho real. El pensamiento de la ley se revela en varias ocasiones, V. §§ 88, 1.056, 1.423, 1.663 y 1.135. Fundamentalmente es la norma del § 1.056, que para el caso de que el usufructuario de una finca la haya arrendado, declara aplicables a la terminación del usufructo las reglas dictadas para caso de enajenación de la cosa arrendada en los §§ 571 a 579.

STAUDINGER, al comentar este precepto, estima que se aplica tanto en los casos de usufructo ordinario como a aquellos usufructos legales del marido o del padre y a los fiduciarios. Un régimen especial se establece para los supuestos de renuncia voluntaria del usufructuario, a fin de evitar colusiones entre éstos y dueños. El legislador supone que en tal caso la denuncia del contrato de arriendo no podrá hacerse antes de que se extinga el usufructo, de no haber mediado la denuncia.

El Derecho suizo.—La anotación del arrendamiento está en relación con el artículo 259 del Código de las Obligaciones, según el cual si el arrendador enajena la cosa arrendada o fuese privado de ella a consecuencia de un proceso de ejecución o de quiebra, el arrendatario no tiene derecho a imponer al tercer adquirente la continuación del arrendamiento, a menos que este último se haya obligado a ello; puede únicamente exigir del arrendador la ejecución del contrato o la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en los arrendamientos de inmuebles y a menos que el contrato permita resolverlos antes, el tercer adquirente deberá respetar el arrendamiento hasta el término legal de despido más próximo, presumiéndose que acepta la continuación del arrendamiento si no lo denuncia. Todo ello sin perjuicio de las reglas concernientes a los supuestos de expropiación forzosa por causa de utilidad pública.

El adquirente puede renunciar su derecho a pedir la resolución y el arrendatario puede consentir en el contrato que aceptará la resolución, con lo cual pierde el derecho a ser indemnizado llegado el caso.

Advierte WIELAND en su obra fundamental: *Les droits réels dans le Code Civil Suisse*, vol. II, pág. 456, que la anotación del arrendamiento tiene por único efecto imponer al adquirente la obligación de tolerar al arrendatario, y se opera la anotación a instancia del dueño. La ley no autoriza al arrendatario para exigir del dueño el consentimiento para inscribir. A la terminación del contrato

de arrendamiento o la muerte del arrendatario, el dueño de la finca podrá pedir la cancelación de la anotación, para lo cual es necesario el consentimiento del arrendatario o de uno de sus herederos, o una resolución judicial.

Conforme al artículo 260, las partes podrán convenir para anotar el arriendo en el Registro de la Propiedad. El efecto de esta anotación es obligar a cualquier adquirente a consentir el disfrute por el arrendatario de la cosa arrendada. Véase también Serrano Ignacio. El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo, pág. 83.

EXAMEN DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Para una mayor claridad en la exposición, nos parece conveniente distinguir, de una parte, el régimen establecido por el Código civil y la Ley Hipotecaria, y de otra la legislación especial de arrendamientos.

1.º *Derecho común*.—Nuestro Código civil en el artículo 1.571 dispone: "El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la renta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria".

"Si el comprador usare de este derecho el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen."

El artículo 1.549 declara que: con relación a terceros no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad.

La vigente Ley Hipotecaria en su artículo 2.º núm. 5 dice, que son inscribibles. "Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, o en los que se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban".

Ya la Ley XIX del título VIII, de la Partida V, establecía que el comprador de cosa arrendada podía lanzar al arrendatario que la poseyera, excepto si se obligó con el vendedor a respetar el arrendamiento, o si la hubiese arrendado mientras viviera el arrendatario o para siempre. Gómez de la Serna, entendía que en tales supuestos la obligación personal se transformaba en derecho real, si bien la doctrina admitió tal variación en los casos de arrendamiento perpetuo o vitalicio, porque entonces en vez de transferirse el simple uso de la cosa se traspasaba el dominio útil de la misma.

La opinión predominante en la *doctrina patria estima que el arrendamiento inscrito constituye un derecho real*. (Así De Diego, Castán, Valverde, Sánchez Román, Manresa.)

Por la reglamentación dada por el Código civil a la institución del arrendamiento, hay que reconocer que no se dan en él los caracteres propios de los derechos reales. En efecto, el arrendamiento no tiene ese señorío directo e inmediato sobre la cosa, puesto que para el disfrute necesita intervención constante del arrendador, a quien la ley impone la obligación de entregar la cosa, y la de realizar en ella todas las reparaciones necesarias a fin de que sirva al uso que se la destina (art. 1.554. núm. 2.º del Código civil).

DE DIEGO, tanto en el *Curso Elemental*, vol. V, págs. 76 y siguientes, como en sus *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, pág. 218, sostiene que *dentro del Código no hay pretexto siquiera para poder pensar en un derecho del arrendatario de naturaleza real*, porque a lo dispuesto en el artículo 1.571, antes transcrito, se señalan excepciones el pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En este último caso el derecho arrendatario se convierte en real o goza de las excelencias de éste, por consecuencia de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

El arrendatario no goza de poder directo e inmediato sobre cosa (núm. 3, artículo 1.554); no tendrá carácter de real, que es independiente de persona alguna y es más propio decir que en tales casos goza *el derecho del arrendatario de algún efecto real*.

En análogo sentido se pronunciaban las certeras observaciones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en su *Tratado sobre Arrendamientos Urbanos*, y de PÉREZ Y ALGUER en sus notas a la traducción de la obra de WOLFF.

También ROCA, cuando trata de la inscripción de los Arrendamientos, se muestra disconforme con la Ley Hipotecaria por haber consentido la inscripción del contrato de arrendamiento, toda vez que el régimen hipotecario tiene por objeto inscribir los derechos reales sobre bienes inmuebles. Y sólo excepcionalmente pueden ingresar en el Registro de la Propiedad los derechos de naturaleza personal y a través de la anotación preventiva, por lo cual no debió consentirse la inscripción del arrendamiento, cuya reglamentación, dentro del Código civil, patentiza que se hallan desprovistos de las notas o caracteres peculiares de los derechos reales: señorío inmediato de persona con cosa y eficacia *erga omnes*. Por tanto, el legislador hipotecario debió limitarse a autorizar la anotación en el Registro del arrendamiento de igual manera que se establece por la legislación suiza.

COSSIO y RUBIO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, exponen que calificada la Ley Hipotecaria de "Ley de terceros", si todo derecho capaz de afectar a tercero era real, la Ley Hipotecaria con acierto consideró derecho real al arriendo inscrito, en cuanto la inscripción le daba permanencia y le hacía oponible al tercer adquirente de la finca.

Sin embargo, el estudio de los principios hipotecarios y el concepto de fe pública registral, mostraron que no bastaba que tener adquirente conociese con anterioridad la existencia del arrendamiento para que la misma le vinculase era precisa la inscripción. Y admitió que esta inscripción, como la de la hipoteca, tiene carácter constitutivo, por lo cual no es erróneo suponer que los efectos reales del arrendamiento dependen de su inscripción en el Registro. Aunque la verdadera dificultad radica en saber si la forma en que es oponible a terceros el arrendamiento inscrito es la típica de ser oponible *erga omnes*, los derechos reales.

Y en este punto por el legislador español, concedor del régimen del derecho francés y de que en el italiano no se resolvía el contrato de arriendo, que tuviese fecha cierta en caso de venta de la finca, se mantuvo el mismo sentido, pero no se satisfizo con el documento de fecha cierta y exigió la inscripción para el fin propuesto. Además, sólo declaró inscribibles los arrendamientos que reunían requisitos establecidos en el número 5 del artículo 2.º de la Ley

Hipotecaria, es decir, cuando el tiempo estipulado sea superior a seis años, o cuando se hayan adelantado rentas correspondientes a tres o más anualidades. En estos casos el arriendo convenido verbalmente o en documento privado, es susceptible de inscripción; también lo será cuando, sin aquellos requisitos, medie pacto expreso entre las partes para su inscripción. Corrobora este criterio el artículo 113 del Reglamento Hipotecario.

Por consiguiente, los efectos de la inscripción en nuestro Derecho consisten en impedir la resolución a favor del comprador en caso de venta de la finca, que tendría lugar en virtud del artículo 1.571 del Código civil.

2.º *La Legislación especial de arrendamientos urbanos.*—Según la ley en vigor, vencido el contrato se opera una prórroga obligatoria para el arrendador. Así lo establecen con toda claridad los preceptos legales aplicables y en ello están de acuerdo los comentaristas. Véase entre otros, BELLÓN LÓPEZ: *Régimen legal de Arrendamientos Urbanos*, comentario al artículo 76, Madrid, 1949; MORENO MOCHOLÍ, en *Naturaleza jurídica del derecho del arrendatario*, "Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1948, págs 43 y ss.; COSSIO y RUBIO: *Obrera citada*.

Por dicha prórroga forzosa el adquirente de la finca, caso de compraventa, quedará sujeto al arrendamiento vigente en las condiciones y circunstancias convenidas con independencia de la inscripción.

Es de tener en cuenta que el arrendamiento de fincas urbanas en las modernas legislaciones civiles aparece regido por leyes especiales. La técnica civil llega incluso en razón a su naturaleza, contenido, problemas y límites, a propugnar que se construya como una disciplina jurídica autónoma el Derecho de arrendamiento. Véase en tal sentido la interesante monografía de BETTERMANN: *Das Wohnungsrecht als Selbständiges Rechtsgebiet*.

Ahora bien: cualquiera que sea el éxito que esté reservado en tan ambiciosas pretensiones, es lo cierto que esa legislación especial se caracteriza por una decidida protección del arriendo, el cual queda amparado y prorrogado en beneficio del arrendatario frente a la denuncia o rescisión del arrendador. Los contratos de arriendo por tiempo determinado se amplían indefinidamente de modo automático, y contra tal prórroga sólo caben excepciones por motivos taxativamente fundados.

En suma, se procura dar estabilidad a la relación arrendaticia; la determinación de rentas por la ley constituye parte especial del nuevo derecho necesario de la vivienda. Se limita la autonomía de la voluntad, sin llegar a crear un régimen de economía forzosa. Estas limitaciones no podrían mantenerse sin la apuntada protección del arrendamiento, puesto que de nada servirían las prescripciones legales encaminadas a regular las rentas y prohibir elevaciones al arbitrio del arrendador, si la ley no consignase una prohibición simultáneamente de la denuncia y rescisión de los contratos, pues los propietarios procurarían a todo trance destruir tales contratos, que les sujetaban con tan enérgicas limitaciones. Nuestra vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, como las de otros pueblos de Europa, concede a algunas de sus prescripciones carácter de Derecho público, *privatorum pactis non potest mutari*.

Por tanto, la posibilidad de adaptar las situaciones jurídicas particulares a sus normas, resulta difícil y compleja. Y más aún como una Ley de Arrenda-

mientos Urbanos en vigor, dista mucho de ser un patrón o modelo y más bien se halla desprovista de sistema, carece de la nota de generalidad peculiar de las normas jurídicas y parece regular situaciones y casos concretos, por lo que incurre en contradicciones graves y se ha mostrado ineficaz para regular justamente los intereses que juegan en el problema, es decir, el de la propiedad y el de quienes tienen que servirse del disfrute de cosas ajenas para vivir y cubrirse con el vestido de piedra de la casa. Los estragos que los defectos apuntados producen son tan sensibles, cuanto que, como indica CROME, hoy medio mundo vive con relaciones arrendaticias, como sucedía en Roma, pero entonces los arrendatarios eran elementos de la clase social más desamparada jurídica y económicamente, y hoy pertenecen a todas las clases sociales y con frecuencia desenvuelven su vida a través del arrendamiento grandes empresas económicas e industriales.

* * *

Expuestas las líneas directrices relativas al problema consultado, consideramos llegado el momento de concretar y aplicar las orientaciones y criterios razonados al caso discutido, a fin de poder contestar con la claridad y precisión que nos sea posible las preguntas sobre el tema acerca del cual se dictamina.

Para apreciar la trascendencia registral que en un contrato de préstamo hipotecario pueda tener la estipulación, según la cual será condición resolutoria el arriendo o cesión del disfrute de la finca hipotecada a tercera persona, es necesario tener en cuenta que, a pesar de lo prevenido en el Código civil, a cuyo tenor "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público", en el derecho de las cosas la denominada autonomía de la voluntad, que campea en el derecho de obligaciones, tiene un reducido ámbito de aplicación.

Pero el contrato constituye un acuerdo de voluntades, es una unidad orgánica que se descompone y altera sustancialmente si se separan y cortan las estipulaciones. Cuando unas de sus partes se inscriben y se deniegan otras, parece se contraría la voluntad de la partes. No creemos ajustado a la ley tal proceder, además, por el diverso juego que nuestro Código civil establece para las condiciones nulas en los contratos y en los testamentos. Conforme al artículo 1.116 del Código civil, las condiciones imposibles, contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, provocan la nulidad de la obligación que de ellas dependa, mientras que en las instituciones testamentarias las condiciones imposibles, las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se tienen por no puestas en el testamento y en nada perjudican al heredero o legatario, según preceptúa el artículo 792.

El señor Lezón, que se ocupó de la materia en la "Revista de Derecho Privado", 1925, pág. 158, dice que sin la prohibición de arrendar el acreedor hipotecario podría verse privado de hacer efectivo el derecho de pedir la administración de la finca durante el procedimiento, con arreglo a los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El trato es diverso, aunque el supuesto de hecho de ambos preceptos no

es idéntico y aun con la remisión consignada en artículo 791 de las reglas de las obligaciones.

Antes de ejercitar la acción hipotecaria, el acreedor, para poder promover la venta de la finca y atender con el precio al pago de su crédito y de los accesorios, tiene, según hemos expuesto, el derecho de impedir al dueño del inmueble los actos de disposición o de mala administración que disminuyan el valor de la finca.

El propietario de la finca, después de haber constituido sobre ella una hipoteca, conserva el derecho de enajenarla y gravarla, pero los actos dispositivos que con tal fin ejecute no deberán perjudicar al acreedor hipotecario en su derecho a la realización del valor, y de ahí que las leyes hipotecarias le facultan para que pueda vigilar la administración que realice el dueño y para reprimir, según vimos, los actos dañosos susceptibles de provocar una disminución del valor de la garantía; con tal fin ejercerá la denominada acción de devastación.

Pero lo delicado del problema, como hemos dicho al estudiar la acción de devastación radica en que el dueño, cuando arrienda, ejercita unos poderes dispositivos normales y no se puede alegar frente a los arrendamientos que consienta después de la hipoteca, la aplicación del artículo 117 de la vigente Ley Hipotecaria, siquiera éste admita que el deterioro puede producirse por simple voluntad del dueño.

Por ello, sin duda, los Establecimientos de Crédito para garantizar sus intereses, en la práctica han acudido al formalizar el contrato de préstamo hipotecario a imponer al deudor la prohibición de arrendar en lo futuro, mientras subsistan las obligaciones y derechos del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Con ello poco se logra, porque en la mayor parte de las ocasiones los Registradores de la Propiedad suelen inscribir las escrituras de préstamo hipotecario y niegan el acceso a los folios registrales a las cláusulas prohibitivas del arrendamiento, bien por considerar que su contenido es de naturaleza obligacional, bien por estimar que se hallan incursas en la prohibición, contenida en el número 3 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, el cual declara que es ineficaz el pacto por virtud del cual se obliga al dueño a no hipotecar la finca con posterioridad a la hipoteca.

Se trata al obrar así de proteger al crédito territorial, pues el pacto se supone desprovisto de interés legítimo, como pensaban los legisladores de 1861.

Ahora bien: tal práctica se ha desenvuelto alrededor de estipulaciones en que los derechos y obligaciones del contrato resultaban modalizados por dicha estipulación, la cual tenía un rango claramente subordinado en el acuerdo de voluntades de las partes. Además, parece que lo correcto en buena técnica registral es expresar en la nota puesta al pie del título que se habían realizado las operaciones registrales solicitadas, excepto en cuanto a la cláusula "X", que no se había inscrito por la razón legal que estimase el titular de la oficina.

En el caso de que se prescindiera al inscribir de la condición resolutoria, se inscribirá la escritura y nada se declare respecto de la negativa a dar protección registral a la condición.

No parece que ello se ajuste a las prescripciones legales en vigor. Porque es cierto que en la última reforma de la Ley Hipotecaria en el artículo 1.º, se confi-

gura la institución del Registro de la Propiedad como destinada a la inscripción de actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y excluye de su órbita los derechos de naturaleza obligatoria o personal. Con tal sentido aparecen también redactados el artículo 9.º de la ley: el del mismo número del Reglamento Hipotecario y la facultad calificadora de los Registradores, atribuida en el artículo 18 de la ley y sus concordantes 98 y 99 del Reglamento.

Mas de los datos facilitados se deduce que la hipoteca que puede asegurar toda clase de obligaciones se constituyó en garantía de una obligación condicional y, por tanto, al silenciar en la inscripción, dicha condición se alteró esencialmente la voluntad de los contrayentes, con la gravedad consiguiente.

El acreedor y el prestatario habrán subordinado la producción de los efectos jurídicos del contrato a dicha condición, a la que vincularon su voluntad de querer el préstamo y la hipoteca, y no puede truncarse sin menoscabo de su legítimo derecho el contenido del negocio jurídico celebrado.

No estimamos admisible que se haya procedido en virtud de lo ordenado en el artículo 57 del Reglamento, porque no es de precedente aplicación. Ni que se puede haber utilizado la subsanación por instancia, prevista en el artículo 110 del Reglamento Hipotecario, para las faltas subsanables. Se está, por tanto, en presencia de una actuación *extra legem*.

Otro es el problema relativo de la eficacia que dentro de nuestro ordenamiento jurídico tenga la condición resolutoria de no arrendar ni ceder el disfrute de la finca hipotecada a terceros. Para conocerlo conviene ante todo seguir a través de la jurisprudencia hipotecaria la evolución operada.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1907 declaró válido y legal el pacto de no poder celebrar contratos de arriendo de la finca hipotecada que tengan carácter inscribible, o en los que se entregue adelantado más del importe de una anualidad, puesto que esta limitación puramente temporal no se halla prohibida por ley alguna ni pugna con ningún principio de orden público ni moral. Tampoco tiene el alcance ni extensión propios del pacto de no enajenar, por lo que aun en el supuesto de que éste estuviera actualmente prohibido, no podría equipararse al de no arrendar durante tiempo determinado.

La Resolución de 12 de noviembre de 1913 establece que el núm. 3 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, al permitir hipotecar los bienes ya hipotecados, aunque se estipulase el pacto de no volverlos a hipotecar, obedece al deseo de no disminuir innecesariamente y sin causa que lo justifique el crédito territorial. Estima que dicho pacto representa una exigencia exorbitante arrancada en la situación angustiosa en que ciertos momentos puede hallarse el deudor.

Directamente aborda el tema la Resolución de 9 de junio de 1914, la cual después de recordar que el artículo 1.225 del Código civil, autoriza a los contratantes que estipulen los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes.

El pacto de no arrendar parte de la finca, mientras no esté satisfecho el acreedor, declara, es opuesto al principio de la libertad de contratación que informa la legislación civil y especialmente al artículo 107, núm. 3 de la Ley Hipotecaria. Positivo interés ofrecen también las sustanciosas declaraciones

contenidas en la Resolución de 25 de noviembre de 1936, según la cual: la legislación y la jurisprudencia modernas son cada vez más opuestas a la admisión con efectos hipotecarios, ni siquiera revestidas del carácter de condiciones, de las prohibiciones contractuales del poder dispositivo del dueño, dejando a salvo los efectos civiles derivados del incumplimiento de lo pactado y de ahí que la Dirección de los Registros interpretando y desenvolviendo lógicamente los preceptos de la Ley Hipotecaria en relación con el espíritu y tendencias de la misma, puestos de manifiesto en su Exposición de Motivos, ha restringido singularmente en los últimos tiempos, como se infiere por la lectura de las Resoluciones citadas, el alcance real de estipulaciones consignadas en las escrituras de préstamos, llegando hasta negar eficacia hipotecaria a los pactos que constaban en los asientos registrales, sobre prohibiciones al deudor en su facultad de disponer, sin perjuicio de sus efectos civiles entre los contratantes. Puesto que tales limitaciones, disminuyen o extinguen la posibilidad de que el dueño de los bienes constituya ulteriores hipotecas, amplían excesivamente las atribuciones del acreedor y pretenden crear situaciones jurídicas que rebasan la medida racional y legalmente determinada, desvirtúan las garantías que las leyes adjetivas establecen a favor de los interesados y, en definitiva, son contrarias al fomento del crédito territorial, base de nuestro sistema hipotecario. Además la facultad concedida al acreedor de exigir el pago total de la deuda, estimándola vencida y dando por rescindido el contrato si el deudor enajena la finca o si no consigna en los contratos de arrendamiento, que se tendrán por rescindidos desde el momento y por el solo hecho de que se establecen reclamaciones judiciales o extrajudiciales, a consecuencia del carácter de préstamo, contraviene el principio de libertad de contratación que impone la legislación civil y el núm. 4 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria. Porque aunque no se convenga la prohibición de gravar se limita hipotecariamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas.

No es posible abordar aquí en toda su amplitud el sugestivo tema de las prohibiciones de enajenar y gravar, para no hacer interminable este estudio. Pueden consultarse, entre otros trabajos: González (D. Jerónimo). Prohibiciones de disponer. Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho civil, I. pág. 480. De la *jurisprudence sur les clauses de inalienabilité en Rev. Trim. de Droin civil*, 1906 pág. 339 y siguientes. Ceres: Prohibiciones de disponer. Rev. Derecho Privado, 1946, pág. 175. Roca: Derecho Hipotecario, vol. II, pág. 359 y Puig Brutau: Fundamentos de Derecho civil, T. III, pág. 172 y 173 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de junio de 1913; 11 de agosto de 1916; 19 de julio de 1922; 10 de junio de 1924; 19 de diciembre de 1942; 22 de junio de 1943; 21 de abril y 1.º de diciembre de 1949.

Ahora bien, si parece conveniente recordar el parágrafo 137 del Código civil alemán, según el cual la facultad de disponer de un derecho enajenable no puede quedar excluida ni limitada por medio de un negocio jurídico. De él se desprende una nitida separación entre los efectos reales y obligatorios, de manera que el contrato de arrendamiento que en contradicción con la prohibición de arriendo hubiese consentido el deudor, no sería ineficaz como consecuencia de la

prohibición de arrendar que se le hubiese impuesto al celebrar un contrato de préstamo hipotecario. Su infracción tendría como consecuencia la oportuna indemnización de daños y perjuicios. A una solución análoga hay que llegar en nuestro derecho, en atención a lo prevenido en los artículos 26, 27 y 107, núm. 3 de la Ley Hipotecaria.

El derecho alemán se muestra también opuesto a aceptar la eficacia de semejantes estipulaciones, cabría recordar el parágrafo 1.136 del Código civil, a cuyo tenor "el convenio por el que el propietario se compromete con el acreedor a no enajenar ni gravar más la finca, "es nulo". Se alega como fundamento de esta prohibición que robustece excesivamente la posición del acreedor hipotecario. Los Establecimientos de Crédito territorial en Alemania acuden con frecuencia a convenir con el prestatario, que por la venta o el gravamen de la finca que se hipoteca, se dará lugar al vencimiento de la deuda. Pero esta fórmula se estima por la jurisprudencia que coarta el normal disfrute de la finca y aún se afirma que constituye un rodeo o fraude para eludir la aplicación del citado parágrafo 1.136 del B. G. B".

De cuando queda expuesto, en orden al primer punto de la consulta estimamos que de la doctrina sentada en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado se infiere que la condición resolutoria proyectada es contraria a la libertad de contratación y se halla comprendida en el núm 3 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria y al formar parte integrante esencial del contrato, acuerdo de voluntades, que constituye una unidad orgánica, impide que pueda inscribirse sin ella.

* * *

Segundo extremo planteado en la consulta: ¿Ha de entenderse extinguido el arrendamiento celebrado con posterioridad a la constitución de la hipoteca sobre la finca, después del remate de la finca?

Indudablemente deben tener un trato distinto quienes sucedan al propietario en su posición de arrendador por haber adquirido voluntariamente la propiedad de la finca arrendada, y aquellos que se subroguen en su posición jurídica por haber adquirido en subasta pública la propiedad del mismo inmueble.

Si el arrendamiento diese lugar a un derecho real verdadero éste desplegaría naturalmente su eficacia frente a cualquier titular de la propiedad. Empero como no es éste el caso, el derecho puede someter a un distinto trato a quienes adquieren por negocio jurídico ordinario y aquellos otros que suceden al dueño como consecuencia de la ejecución forzosa. En tal sentido la 2.ª Comisión que intervino en la elaboración del Código civil alemán, después de haber aceptado el principio de que "Venta no quita renta" se abstuvo de aplicarlo a la enajenación forzosa, y la razón evidente fué el propósito de no reducir el número de postores en las subastas, puesto que la adquisición de fincas sobre las que hubiese de continuar subsistente el arrendamiento es mucho menos apetecible que la de aquellas otras de las que libremente se puede disponer.

Más la diferencia entre una enajenación voluntaria y aquella otra que se promueve a consecuencia de la ejecución forzosa no explican una radical divergencia y por ello se adoptó como temperamento, al redactarse el Código civil alemán, el criterio de que la subasta no determinase *ipso iure* la ruptura o ex-

tinción del vínculo arrendaticio, si bien engendrara en favor del rematante un derecho extraordinario de denuncia, para hacerlo cesar cuando hubiere transcurrido cierto lapso de tiempo. Resulta, pues, que el arrendamiento no es intangible en el caso de ejecución forzosa.

Un sistema análogo fué también adoptado en la vigésima reunión de los juristas alemanes que se ocupó del problema.

Pero la legislación especial de arrendamientos urbanos en vigor pasa por alto tanto ésta como otras interesantes cuestiones. Por tanto, de lege data, no parece posible que pueda provocar la extinción de la relación arrendaticia el adquirente en subasta forzosa de una finca urbana. Para nada se alude a la distinción apuntada entre los sucesores singulares del arrendador en el artículo 149 de la vigente *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Este precepto enumera las causas taxativas de resolución a instancia del arrendador, del contrato de arrendamiento urbano, sea de vivienda o de local de negocio.

Sólo cuando se incurre en una causa resolutoria del arriendo—declara el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de diciembre de 1948—es exclusivamente cuando quiebra y carece de aplicación el principio de prórroga forzosa obligatoria para el arrendador que sanciona la ley.

Quizá pudiera argüirse en contra de esta apreciación la doctrina contenida en las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 24 de junio de 1952. Porque en ellas nuestro Alto Tribunal ha declarado que no ha sido afectada la vigencia, que reconoce y proclama del artículo 480 del Código civil, por la legislación especial de arrendamientos urbanos, y en consecuencia los contratos de arrendamientos formalizados por el usufructuario se extinguen al resolverse su derecho sin que el nudo propietario tenga que soportar su subsistencia.

Al argumentar esta solución se formulan algunas apreciaciones que podrían servir ciertamente de apoyo de la opinión, que consintiese enervar la eficacia del vínculo arrendaticio frente a los adquirentes en subasta pública. Pero creemos más seguro, por no referirse a la *ratio decidendi*, pensar que no constituyen un fundamento que sirva para modificar el criterio expuesto, paladinamente reconocido por la propia Ley de Arrendamientos urbanos, en el artículo 70, a cuyo tenor: “sea cualquiera la fecha de su edificación u ocupación, y tanto en las viviendas como en los locales de negocio, aunque cambie el dueño o el titular arrendador, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato de arrendamiento, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes”.

Esta solución legal dista mucho de parecernos acertada. Pero no pueden olvidarse las específicas características de la legislación especial de Arrendamientos Urbanos.

El artículo 11, al regular la naturaleza de los derechos que concede la ley, dispone que los beneficios que otorga a los inquilinos de viviendas, serán irrenunciables “considerándose nulo y sin valor ni efecto alguno, cualquier estipulación que los contradiga”. En el artículo 70 se consigna la prórroga obligatoria para el arrendador de los contratos de arrendamiento y en el artícu-

lo 149 se determinan taxativamente las causas de resolución a favor del arrendador.

Quizá el mismo legislador esté persuadido de lo poco ajustadas de tales normas a los eternos principios inmutables de la Justicia. Pero la política jurídica, en éste como en otros aspectos de la cuestión, actúa de poderoso freno para que no se restifiquen y se proceda a una más correcta regulación del tema.

* * *

3.º Por último, en cuanto a las soluciones más viables para salvaguardar los capitales invertidos en esta clase de operaciones, aunque quizá esta pregunta pudiera hallar su más completa contestación en el campo de la Economía, nos permitimos señalar las orientaciones que estimamos pueden ser de alguna utilidad, siquiera no sean completamente satisfactorias, en tanto en cuanto permanezca la legalidad en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Aunque no pueda conseguirse que el pacto o cláusula prohibitiva del arrendamiento tenga eficacia *erga omnes* por su inscripción en el Registro de la Propiedad, no vemos motivo para eliminarlo de las escrituras que se formalicen en lo sucesivo, a fin de que pueda surtir siquiera efectos obligacionales entre las partes contratantes.

Se podrá exigir también al prestatario que manifieste que recibe el préstamo para edificar su propia vivienda que ha de habitar con su familia y que se obliga a no arrendarla sin el consentimiento del acreedor, sin lo cual serán nulos y no surtirán efecto alguno los contratos de arrendamientos que celebrase.

Acaso este pacto no merezca la categórica repulsa del Registrador, funcionario que parece inexcusable que proceda a ponderar los intereses en conflicto.

Algo se avanzaría con lograr la inscripción de un pacto que permitiese la aplicación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria redactado en éstos o parecidos términos:

“Los contratantes, en razón de la naturaleza del Derecho real de hipoteca y de los efectos que la legislación aplicable concede al arrendamiento, sobre todo su prórroga forzosa, convienen que el arrendamiento que concertase el prestatario, sin el consentimiento del acreedor, por entrañar una disminución del valor de la finca hipotecada la deteriora y daría lugar a la aplicación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria.”

Con ello se intimidaría al deudor con la pérdida de la administración de la finca.

En defecto de remedios más decisivos para eludir los efectos de la prórroga forzosa del contrato que amplía un beneficio para el arrendatario, aunque se refleja la forma contemplada sobre el crédito inmobiliario, estimamos que hoy por hoy hay que satisfacerse con fórmulas como las ofrecidas.

Todo ello se orienta hacia la consecución de una mayor seguridad en la devolución de los capitales que se entreguen en préstamo, que se considera como la pretensión más fundamental de la consulta planteada.

Finalmente no ha de olvidarse que la jurisprudencia de que se ha hecho mención que declaró la prohibición de arrendar, perjudicial al deudor propie-

tario, se refiere a épocas en las que predominaba la concepción del *arrendamiento como transmisión del disfrute temporal*. Este criterio es el que inspira la legislación civil española, dentro de la cual la reglamentación de la Institución arrendaticia estimaba como esencial su delimitación en el tiempo.

Por tanto, la prórroga forzosa ordenada por la Ley de Arrendamientos Urbanos altera sustancialmente en este sentido la figura del arrendamiento. Ahora bien: más pronto o más tarde parece que habrá que dar un viraje y adaptar las normas jurídicas de ese derecho necesario a las orientaciones fundamentales de la legislación civil, para que pueda desarrollarse progresivamente la institución del arrendamiento, en armonía con todo el ordenamiento jurídico.

* * *

Las conclusiones, que como consecuencia de la legislación en vigor se han formulado, aun partiendo del supuesto *de lege data*, merecen al que suscribe ciertas reservas, que considera necesario hacer constar, porque no se hallan plenamente de acuerdo con importantes principios jurídicos.

Admitida la hipoteca en el Derecho español en vigor como un derecho real de realización del valor, opinión predominante en nuestra doctrina, y reconocido, asimismo, que el acreedor hipotecario tiene la acción de devastación que le permite corregir aquellos actos de disposición material del dueño de la finca hipotecada que disminuyan su valor, no parece correcto que deba permanecer inerte frente a los actos que como la transmisión del uso y disfrute en arriendo por tiempo ilimitado de la finca hipotecada, son susceptibles de lesionar su derecho. Merced a la formalización de tales contratos de arrendamiento, el deudor podrá menoscabar, e incluso destruir, sensiblemente el valor de la garantía, dando al traste con la eficacia de la hipoteca constituida.

Reputamos abiertamente antijurídico por perjudicar legítimos intereses, tratar de imponer al adjudicatario, si es que se encuentra, en un proceso de ejecución de una finca que se enajena para hacer efectivo el derecho de hipoteca, el deber de soportar los arrendamientos que con posterioridad a la hipoteca hubiese consentido el deudor propietario. Como en el caso de usufructo, también habría que hablar aquí de la aplicación de la máxima *resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*. Es más, como se ha visto, esa subsistencia del arrendamiento sólo se opera en virtud de normas que constituyen un derecho especial cristalizado en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y ello no obstante haber puesto de relieve a través de las páginas de este estudio la vivísima polémica doctrinal surgida con motivo de la naturaleza jurídica del arrendamiento.

Pues si admitiéramos en definitiva que el arriendo ocupa un puesto intermedio entre los derechos reales y los personales, ya que en ningún caso cabe admitir sin reservas y escrúpulos la pretendida naturaleza real, siempre será absurdo reconocer la subsistencia de tal derecho, después de haber procedido a la ejecución de la hipoteca y aplicado las normas hipotecarias. Estas disposiciones, al regular el procedimiento sumario de ejecución, artículo 131 de la Ley Hipotecaria, establecen en la regla 17, como necesaria culminación del proceso, que la autoridad judicial ordenará la cancelación de la hipoteca que

garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, e incluso las que se hubieren verificado después de expedida la certificación a que se refiere la regla cuarta de dicho artículo.

Es decir, *cuando todos los derechos reales inscritos en el Registro desaparecen como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, exclusivamente perdurará como enquistado el derecho de arrendamiento, de dudosa naturaleza real. Ello implica, además, gravísimos perjuicios para el desarrollo del crédito territorial*, que constituye la estrella polar que orienta la legislación hipotecaria.

Por ello, a pesar de las conclusiones apuntadas, estimamos que no debe cesar la actividad de todos los interesados a fin de allegar cualquier solución legislativa o de otra índole, que permita situar la solución del problema discutido en los cauces de justicia y del más exacto cumplimiento de las disposiciones civiles e hipotecarias, alejándose en este punto del derecho especial.

En este sentido reputamos plenamente certeras y alentadoras las interesantísimas consideraciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1945, en la cual se establece la doctrina de que la hipoteca pulveriza cuando llega su efectividad todas las cargas o limitaciones de disposición, uso o disfrute, así como de los arriendos a largo plazo estipulados después de la garantía. También lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción si la tuviese como derecho real, y también la hipoteca deshace el derecho del arrendador; y de ahí que cuando conozca el arrendatario la hipoteca por ser de fecha anterior, se resuelve el arrendamiento, ya que actos del arrendador no pueden tener más trascendencia que su derecho.

Si se diera un paso más, con la confianza que inspira además, aunque no es la misma Sala del Alto Tribunal la que habría de ampliar la doctrina expuesta para los arrendamientos rústicos a los urbanos, se habría logrado entajar la solución del problema en el verdadero cauce de los puros principios jurídicos.

Cuando menos la doctrina jurisprudencial constituirá una legítima esperanza para que determinadas Entidades puedan proseguir su colaboración en la gran tarea de resolver la cuestión de la vivienda.

Estas últimas consideraciones obedecen a una interpretación sistemática. Lo mismo de *lege ferenda* que en el ámbito contencioso, estimamos que el derecho del arrendatario debe resolverse, si es posterior a la hipoteca que haya determinado en la ejecución forzosa la adquisición de la propiedad de la finca hipotecada.

Tal es el parecer del Letrado que suscribe, que gustosamente aceptaría cualquier otro más fundado.