

Hipoteca de arrendamiento de inmuebles

1.º

Todas las legislaciones, entre ellas la nuestra, tienden actualmente a FORTIFICAR de manera evidente la relación arrendaticia de inmuebles, principalmente en sus modalidades de inquilinato y colonato. Tal política legislativa—basada en razones de justicia e interés público notorio, aunque posiblemente adolezca un tanto de falta de ponderación—, unido al hecho de la carencia de fincas a arrendar, es causa del valor patrimonial verdaderamente elevado que las mismas relaciones arrendaticias han adquirido en estos últimos años, hecho que contradice la vieja afirmación de Morell de que «el valor del arrendamiento es, precisamente, de ordinario, la renta o merced que el arrendatario o el adquirente del derecho deben abonar al propietario»; inconveniente pragmático que el ilustre jurista señalaba como impedimento para la constitución de hipotecas del tipo que el título de este trabajo indica. Por otra parte, son muchas las minas que se hallan en régimen de arrendamiento, y, actualmente, las explotaciones, principalmente de hulla, antracita y hierro, tienen una importancia económica realmente extraordinaria.

Tales circunstancias han impuesto un gran desarrollo del tráfico de las relaciones dichas—en ocasiones no muy lícito—, lo cual, a su vez, ha originado que la vieja cuestión de la inscribibilidad de la hipoteca arrendaticia se plantee de nuevo en algún moderno texto (Puig) y, lo que es más importante, en los despachos profesionales, ya que con alguna frecuencia el titular del arrendamiento necesita acudir al crédito para ampliar instalaciones, e

incluso para adquirir el arrendamiento mismo, principalmente, en este último caso, cuando se trata de los denominados «traspasos de locales de negocios».

Ya «a priori» debo indicar que, como es sabido, las opiniones sobre tal posibilidad son varias: Barrachina niega; Morell—aunque por lo antedicho la considera poco práctica—la admite; Roca se inclina a la negativa, dada la dudosa naturaleza real del derecho del (arrendamiento) digo arrendatario, etc. La Dirección General de los Registros parece inclinarse a favor de la tesis permisiva en Resoluciones de 12 de marzo de 1902 y 15 de junio de 1929, cuya lectura aconsejo.

El enfoque del problema está en lo dispuesto en el núm. 2.º del artículo 106 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «Podrán ser hipotecados... los derechos reales enajenables con arreglo a las Leyes "impuestos sobre los bienes inmuebles"». En base al mismo cabe formular las siguientes preguntas: El derecho del arrendatario, ¿es real y enajenable? ¿Existe, en caso afirmativo, algún precepto especial que impida la inscripción de la hipoteca?

2.º

Es innecesario analizar las naturaleza real o personal de tal relación de uso y disfrute desde un punto de vista de Derecho constituyente, porque tal problema no es sólo extraño a la finalidad de estas líneas, sino que ha sido y es largamente debatido por los ilustres juristas, tanto que en cualquier tratado de Derecho civil se exponen largas listas de los partidarios de una u otra teoría y se relacionan sus respectivos argumentos.

Con el Código civil a la vista es dable afirmar que la relación supradicha es meramente obligacional. No es preciso invocar argumento alguno, pues basta la simple lectura de los preceptos legales para convencerse de tal verdad, que constituye una «comuis opinio» de nuestros tratadistas. ¿Han modificado las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos este criterio? Indudablemente, no. Las nuevas normas, inspiradas en una tal vez excesiva protección al arrendatario, dan al vínculo un carácter de permanencia y estabilidad mucho más acusada que la concedida por el Código, fortificando la relación incluso contra terceros adquirentes—en términos por cierto un tanto contrarios al principio de la publicidad

registral—, pero no existe precepto alguno en base al cual se transforme en inmediato el poder mediato del arrendatario, requisito esencial para la *realidad* del derecho. Concede, en efecto, tal no-vísima legislación, en ocasiones, matices de verdadera actuación *erga omnes* al derecho del arrendatario, pero los mismos no caracterizan por sí solos a las titularidades reales; pues, además de ser rúbrica común de los derechos absolutos, es preciso la relación directa con la cosa, como afirman Barassi y otros civilistas. Ciertamente que en un terreno práctico podríamos prescindir de estas disquisiciones, pues el párrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley no ha sido alterado, a pesar de que la nueva política legislativa sobre la materia que nos ocupa había plasmado ya en normas positivas antes de la reforma hipotecaria, y como quiera que dicho precepto no admite la inscripción más que en los supuestos a que se refiere, es evidente, asimismo, que no concede carácter real al colonato e inquilinato *per se*. Dicha norma, pues, excluye el planteamiento del problema a que nos referimos, porque al no ser inscribibles los arrendamientos que no reúnan las circunstancias que la misma exige, es imposible pueda inscribirse la pretendida hipoteca sobre los mismos.

En el supuesto de que concurren los requisitos de dicho número 5.º del artículo 2.º, es cuando verdaderamente surge la necesidad de resolver la cuestión básica, pues ya no puede alegarse la falta de previa inscripción y sí sólo admitir o denegar, según se considere, real o personal, la relación de referencia; es decir, que la cuestión se plantea en los mismos términos que antes de dictarse las nuevas disposiciones aludidas, aunque con seguridad las exigencias de la realidad acusen rasgos más imperativos ahora y hayan de impulsarnos hacia una interpretación creadora.

Inscrito el arrendamiento, ¿la relación se transforma de personal en real?

Desde un punto de vista de dogmática jurídica, siguiendo la lógica de los principios, la contestación tiene que ser forzosamente negativa, pues, como decía mi inolvidable maestro Traviesas—apoyándose en Guld—, «la naturaleza de las relaciones no varía por la superposición de requisitos; la publicidad en este caso fortifica el arrendamiento, pero no le transforma». Esta opinión es en el fondo la misma que sustentan otros juristas de reconocida fama,

como Castán, Roca y otros, muchos de los cuales suelen citar las opiniones de Wieland.

No obstante, hay que tener presente que muchos tratadistas y comentaristas patrios (Sánchez Román, De Diego, Manresa, Morrell) tienen un criterio opuesto, en parte probablemente influidos por las siguientes palabras de la exposición de motivos de la primitiva Ley: «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 limitados a una obligación personal. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que sólo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal está obligado a respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por título simulado. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suele comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fé, clave del crédito, exigen acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se había encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo, contra los cánones recibidos, en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razón en los registros de hipotecas. Y es que cuando el derecho escrito y la doctrina legal no alcanzan a satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla; y cuando esto acontece toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad a lo que ya es una necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fe, que entra en el contrato 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. La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.» Nuestro Tribunal Supremo en diversas sentencias, algunas de ellas modernísimas—18 de abril de 1942—y la Dirección General, que en ocasiones ha puesto de relieve la analogía de estos arrendamientos con el usufructo temporal—posiblemente siguiendo a Azcárate—, se inclinaban hacia la última tendencia expuesta.

¿Son, verdaderamente, absolutamente incompatibles ambos criterios, *lege data*?

Cabe afirmar que el sustentado por Traviesas, Castán y Roca parece dogmáticamente el exacto, pero en mi opinión adolece del defecto de no analizar el problema agotando las posibilidades; es decir, estudiando en base a las normas hipotecarias, si de la misma manera que la Ley da eficacia, *erga omnes*, a un derecho que no es absoluto, le atribuye también otras cualidades que no le son propias. Tienen razón, en efecto, cuando afirman la imposibilidad dogmática del cambio de naturaleza de una relación por el hecho de que concurren requisitos no esenciales que permitan su inscripción y se inscriban, pero puede pensarse que si bien la relación sigue siendo en su esencia la misma, la Ley, por altas razones, puede equipararla a las titulares reales. No es que acepte la opinión de Roguin de que la Ley es la única determinante de la personalidad o realidad de un vínculo, sino que creo que la Ley, como soberana, puede asimilar una relación por naturaleza personal, según la misma Ley, a otra de naturaleza real. Se salva así el principio dogmático, pero, a la vez, prácticamente, se reconoce el carácter de real al derecho de que se trata. Posiblemente sea éste el pensamiento de los autores de la Ley primitiva cuando afirmaban que implícitamente habían creado un derecho real, y también el de la misma Dirección y numerosos autores cuando usan la frase «produce los efectos de un verdadero derecho real».

La Ley Hipotecaria, en su artículo 1.º, declara expresamente que 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, y al hablar de los títulos sujetos a la inscripción, consigna la inscribibilidad de los arrendamientos en las condiciones ya expresadas. Las frases legales tienen un significado gramatical tan claro que no es posible dudar en cuanto al pensamiento de la Ley. Como dice Morell: «Los títulos a que se refiere son, indudablemente, los actos y contratos cuya inscripción forma o constituye el objeto del Registro de la Propiedad, según definición contenida en el artículo 1.º» En el Registro han de inscribirse «derechos reales», y los títulos a ellos referentes son los expresados en el artículo 2.º. Se objetará que el argumento no es (concreto) digo correcto, que los títulos referentes a «incapacidades» no son derechos reales y, sin embargo, se incluyen en el artículo 2.º; tal aserto es sólo una verdad aparente, pues si bien

tales ejecutorias no afectan a la relación real *en sí misma*, sí a su titular, razón única—muy discutible científicamente—de su inscripción.

En contra de tal interpretación, afirma Roca que la Ley Hipotecaria pretendió sólo modificar el principio de la Ley Emtores (1571 C. c.), dando en los casos previstos por ella estabilidad al arrendamiento, citando en su apoyo las palabras—antes transcritas—de la exposición de motivos. No puedo negar que la motivación psicológica de los autores de la Ley sea la que dicho gran hipotecarista indica; pero aún admitiendo su certeza, actualmente no es norma interpretativa el bucear en el pensamiento del legislador, sino en el de la Ley misma, que como cuerpo vivo tiene pensamiento propio, independiente del de sus autores (doctrina de Traviesas, Piola); y la Ley, en este caso, no ha limitado los efectos de su declaración en los términos que Roca señala, pues se ha concretado a considerar hipotecariamente como real al arrendamiento, no existiendo, por tanto, base para una interpretación restrictiva, siendo claro indicio del querer de la Ley el señalar como medio de publicidad registral el asiento pleno de inscripción y no la mera anotación.

«La Ley tiene voluntad y pensamiento del presente, no del pasado; vive como un producto orgánico y tiene capacidad evolutiva por su propia virtud, según las relaciones que regule»—dice Ruggiero—, y si bien puede ser dictada en virtud de una circunstancia meramente histórica—*ocasio legis*—, su verdadera *ratio* está en la finalidad de satisfacer una necesidad jurídica. Siendo el Derecho por y para la Vida, las mutaciones de ésta influyen en el «pensamiento presente» de la Ley, correspondiendo al jurista, dentro del marco de la misma, buscar los medios para que las necesidades lícitas de orden social sean satisfechas. De no ser así no se comprendería, ni justificaría, la inmensa elaboración realizada por los *prudens* romanos, ni los colosales avances de nuestra moderna jurisprudencia (judicial e hipotecaria). En el caso que nos ocupa, por una circunstancia que no interesa, la Ley asimiló el arrendamiento a derecho real, sin pensar ciertamente en el caso concreto de su hipotecabilidad; pero surgida actualmente la necesidad de establecer este derecho de garantía, al no existir prohibición alguna en la Ley, ni expresa ni implícita, es indudable que

no existe base para negar tal posibilidad dentro de la norma basándose en apreciaciones más o menos lógicas, que conducirían al absurdo de negar viabilidad a la satisfacción de una necesidad lícita evidente, no contraria a dicha finalidad legal.

Históricamente, tampoco pueden oponerse poderosas razones contra esta doctrina. Sería demasiado extenso un análisis (sobre) digo bajo este aspecto.

En su consecuencia, entiendo que el derecho de arrendamiento inscripto no es real por naturaleza, pero lo es por asimilación, no debiendo considerarse limitada la misma, sino plena, siendo por ello, en principio, susceptible de ser hipotecado.

3.º

ENAJENABILIDAD

La Ley Hipotecaria no contiene precepto alguno sobre este punto, pero el Reglamento vigente, al igual que el anterior, declara inscribibles los subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones, sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes. Aun cuando después nos ocuparemos de este precepto, es preciso estudiar la posibilidad de enajenación de este derecho en las leyes civiles, a las cuales, naturalmente, las normas reglamentarias nos reenvían.

A) Código Civil.

Desgajadas de este Cuerpo las nuevas normas de inquilinato y colonato, sólo en muy contados casos el arrendamiento de inmuebles será regulado, por el mismo, aunque entre ellos figure el excepcional ente importante de minas.

Dicho Código, de manera expresa ni prohíbe ni autoriza la cesibilidad del arrendamiento. De ahí que hay autores que la consideran admitida, alegando además algunos de ellos el precepto del Reglamento relacionado en apoyo de su aserto, ya que el mismo admite la inscripción de la cesión «cuando las leyes no la prohiban».

Manresa es el más caracterizado paladín de esta doctrina, citando en su apoyo la Resolución de 12 de marzo de 1902 (agregando que dicha Resolución ni siquiera exige el conocimiento del

arrendador) y la sentencia de 12 de junio de 1927. Posiblemente es más acertada la opinión de Mucius y otros, contraria a la expuesta, pues la cesión de que se trata no es simplemente la de un derecho, sino que lleva aneja la de una trama de relaciones en las que, por así decirlo, el cedente no es siempre acreedor, sino también deudor.

Precisamente en la sentencia precitada el Tribunal Supremo declara implícitamente la falta de obligatoriedad de la cesión para el arrendador por el mero conocimiento, requiriendo el conocimiento expreso del mismo y considerando a tal efecto, pues, insuficiente, a la mera notificación o «denuntiatio»; y es que en tal supuesto, además de la cesión del derecho, existe en realidad una asunción de deuda, figura esta última discutidísima. Cabe distinguir esta cesión de carácter pleno, en la que el adquirente se subroga totalmente en los derechos, pero también en las obligaciones del arrendatario, de la cesión de los derechos en sí misma, sin la subrogación en las obligaciones (Castro), pudiendo en este último supuesto realizarse la cesión sin necesidad del consentimiento del arrendador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.112 del Código civil y siempre que el contrato no lo prohíba, tanto por aplicación de dicha norma como por lo dispuesto en relación a los subarriendos.

Concluimos, por tanto, admitiendo la enajenabilidad en el doble supuesto planteado, con el consentimiento del arrendador en el primero y sin que sea necesario en el segundo. Agregando que es usual en los arrendamientos de minas el estipular expresamente la permisión de las transmisiones, probablemente porque el canon o precio de arrendamiento suele estar debidamente garantizado, y la explotación comprobada por un técnico.

B) Ley de Inquilinato.

Distingue esta legislación especial el arrendamiento de viviendas del de locales de negocios.

Según el artículo 33, queda prohibido el contrato de cesión o traspaso de viviendas a título oneroso o gratuito, aunque en él se comprenda mobiliario o cualquier otro bien o derecho.

Según el artículo 44, el traspaso de locales de negocio consis-

tirá en la cesión mediante precio de los mismos, sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. El artículo 45 fija los requisitos necesarios para la existencia de tal traspaso.

Es, pues, enajenable el derecho de inquilinato de locales de negocios, pero no el de viviendas.

C) Ley de Colonato.

Ya a partir del Decreto de 1929 se puede observar una verdadera repugnancia legislativa a admitir la enajenación de la relación arrendaticia en estos casos. En la Ley del 35 (vigente con sus complementarias posteriores), la no admisión de la cesión es evidente, pues incluso implica la causa de desahucio prevista en el número 4.º del artículo 28.

Resumiendo, pues, el derecho de que se trata es legalmente cesible en los casos en que sea aplicable el Código civil y en el de traspaso de locales de negocios, o sea, en realidad, en los que económicamente tienen verdadera importancia.

4.º

¿Existe algún precepto legal que impida la inscripción de la hipoteca?

Como decíamos, aparte de los preceptos legales propiamente dichos citados, el artículo 13 del Reglamento vigente dice: «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso.» Sabido es que el precepto transcrito ha dado lugar a duras críticas de la mayor parte de los comentaristas, aunque Roca lo justifica partiendo del principio de la teoría personalista en cuanto a la naturaleza del derecho a que se refiere. Entiendo que el alcance del precepto debe limitarse a lo que legalmente dispone (digo que concretamente dispone), es decir, a exigir en cuanto a las figuras que regula, los requisitos señalados en el tan repetido párrafo 5.º del artículo 2.º. Sería notoria exageración, contraria,

a las normas interpretativas de las que antes se hizo uso, el basarse en tal precepto reglamentario para negar la posibilidad de la inscripción de hipoteca, pues si bien el mismo no se refiere a ella, cabe dentro del marco de las disposiciones referentes concretamente a los objetos hipotecables. Sin duda, y repito, el legislador no pensó en la hipoteca, porque esta necesidad concreta no surgió hasta los tiempos actuales, y si bien el Reglamento es modernísimo, se limitó a copiar el Reglamento anterior.

No ignoro que en muchos casos concretos la carencia de normas hipotecarias será causa de grandes dificultades técnicas o de ejecución para estructurar este tipo de hipoteca; pero dada la gran competencia del Notariado español, debemos declarar nuestra seguridad, más que esperanza, de que serán brillantemente vencidas.

Llegamos, pues, a la conclusión de la posible inscripción de la hipoteca arrendaticia. Esto no obstante, parece aconsejable que en el supuesto de que ingrese en alguno de nuestros Registros título de esta clase, no se admita la inscripción, con el fin de provocar un recurso dentro del cual la Dirección General, con su clarividencia de siempre, resolverá sobre esta tan repetida cuestión, determinando normas de general aplicación que aúnen los diversos criterios que por los Registradores puedan sustentarse.

Esta reserva no implica duda en cuanto a la urgente necesidad de reconocer la legalidad del cauce hipotecario como medio lícito de obtención de créditos que repercutirán en el mayor desarrollo de la riqueza nacional en estos casos.

LADISLAO G. ARANGO Y CANGA.

Registrador de la Propiedad.