

La constancia en el registro de la propiedad del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en los derechos suizo y austríaco. Análisis comparado con referencia al ordenamiento jurídico español

MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL

Doctora en Derecho
Profesora Titular E. U. de Derecho Civil
Universidad de Burgos

I. PLANTEAMIENTO

El arrendamiento de cosas presenta, en su evolución histórica, una serie de peculiaridades relacionadas con la naturaleza, forma y duración del contrato, que constituyen el punto de arranque para la comprensión de toda la problemática planteada por la dogmática jurídica moderna en torno a la categorización de este contrato y su acceso a los Registros públicos inmobiliarios.

Entre estas peculiaridades, ocupa un lugar destacado la inscribibilidad del contrato cuando recae sobre bienes inmuebles. Causa extrañeza el acceso al Registro de la Propiedad, destinado primordialmente a dar publicidad a las relaciones generadoras de mutaciones jurídico reales, de un derecho meramente obligacional, máxime cuando este ingreso se produce mediante el asiento de inscripción como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico.

Hasta tal punto que los primeros hipotecaristas y los civilistas próximos a la Codificación que, fieles a la tradición romana entendieron que el arrendamiento regulado en el Código Civil atribuye al arrendatario un derecho personal, consideraron, sin embargo, que

en aquellos casos en que el contrato accedía al Registro mutaba su naturaleza, convirtiéndose en real. Concepción consagrada en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, y que aún mantiene algún ordenamiento jurídico como tendremos ocasión de analizar.

Se ha considerado que la duda sobre la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario comienza cuando el Código de Napoleón, vuelto de espaldas a la tradición romana representada en este punto por la *Lex Emptorem* que consagra el principio *emptio tollit locatum*, vincula al tercer adquirente a la relación arrendaticia creada por el transmitente, y se acentúa al desarrollarse las posibilidades de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, tal planteamiento no es correcto; la controversia sobre la naturaleza del arrendamiento no se plantea *a posteriori* y como consecuencia de la inscribibilidad, la raíz es muy anterior.

El problema de la naturaleza jurídica del arrendamiento no es un problema dogmático, sino histórico, que se ha resuelto de manera diferente en base a exigencias de orden social y, sobre todo, económico. Es un problema que se inserta en el problema mayor de la estructura de la *locatio rei* como el sedimento de un cierto clima histórico ¹.

¹ Vid. M. KASER, *Das Römische privatrecht*. t. I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2.^a ed. 1971, pp. 564 ss.; A. D'ORS, «La formación histórica de los tipos contractuales romanos», *A. A. M. N.*, núm. V, 1950, pp. 259 ss.; KAUFMAN, *Die altrömische Miete, Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft, und staatliches Vermögensverwaltung*, 1964, pp. 3 ss.; M. KASER, *Das Römische privatrecht...*, cit., t. I, pp. 564 ss.; MAYER-MALY, *Locatio-conductio, Eine Untersuchungen zum Klassischen Recht*, 1956, pp. 17 ss.; W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, trad. esp. de la 2.^a ed. alemana, por L. PRIETO CASTRO, 1965, p. 337, nota 5; E. COSTA, *Locazione di cose nell diritto romano*, 1915, pp. 24 ss.; J. ARIAS RAMOS/J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, t. II, *Obligaciones, familia, sucesiones*, 17.^a ed., Madrid, 1984, p. 262; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 4.^a ed., 1970, pp. 955 ss.; A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, 1987, pp. 461 ss.; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, 1909, t. XXIV, pp. 308 ss.; G. DE AZCÁRATE, *Historia del Derecho de propiedad*, t. II, 1879, pp. 65-72; P. OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *Droit Romain et ancien droit: les biens*, trad. esp. y anotaciones de M. FAIRÉN, 1963, pp. 239-247; L. M. BALLESTERO HERNÁNDEZ, «Anotaciones y puntualizaciones a la historia del reformismo agrario español», *R. D. P.*, 1990, pp. 282 ss.; U. BRASIELLO, «L'unitarietà del contratto di locazione nell diritto romano», *Riv. it. Sc. Giur.*, núm. 2, 1927, pp. 529 ss., y núm. 3, 1928, pp. 3 ss., citado por C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el Arrendamiento Rústico*, 1978, p. 5; V. ARANGIO-RUIZ, *Instituzioni di diritto romano*, 14.^a ed., 1966, p. 347; R. GIBERT y SÁNCHEZ DE LA VEGA, «Los contratos agrarios en el Derecho medieval», *Boletín de la Universidad de Granada*, núm. XXII, 1950, pp. 309 ss.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 1956, pp. 251-252. F. DE CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, t. II, pp. 9-24; P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, 1963; P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, 1968, pp. 27 ss.; F. MAYER-MALY, *Locatio-conductio, Eine Untersuchungen zum Klassischen Recht...*, cit., pp. 42 ss.; E. BETTI, *Instituzioni di diritto romano*, t. I, 1947, pp. 371 ss.; A. GÓMEZ, «*Varieae resolutiones juris civilis comunis et regii*», 1701, cap. III, núm. 9, p. 235. G. LÓPEZ, *Glosa a las siete Partidas de Alfonso X el Sabio*, 1555; F. GARCÍA

El arrendamiento se configura, a finales de la República, como contrato consensual, al lado de la *emptio-venditio*, la *societas*, o el *mandatum*, consistente en el intercambio de una prestación (ya sea el uso o uso y disfrute de una cosa) por tiempo determinado, a cambio de una renta.

El *conductor* no adquiere sino una acción personal contra el *locator*; como contrato traslativo de la *mera detentatio*, constituye un acto de simple administración y no genera derecho real alguno en la cosa locada cuya propiedad y posesión quedan en el arrendador.

Por ello nos dice Ulpiano en un famoso texto del *Digesto* (D. 19.2.39): «*Non solet locatio dominium mutare*».

Si el arrendador enajena la propiedad, nada tiene que ver el nuevo propietario con las acciones personales de un contrato en que no intervino. Esta regla, conocida (incorrectamente a juicio de los romanistas) como *emptio tollit locatum*, aparece fundamentalmente consagrada en la *Lex Emptorem*, (C. 4.65.9): «*Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locaverit, nisi esa lege emit*».

El contrato, que se desarrolla en Derecho clásico con una abierta indiferencia hacia el problema agrario, sufre una profunda transformación en Derecho postclásico y vulgar, fruto de una nueva atmósfera en el ámbito de las concesiones fundiarias y en estrecha conexión con la crisis bajo-imperial romana².

La generalización de los latifundios y de las concesiones del *ager vectigalis*, y, en general, el cambio de las estructuras agrarias imponen la necesidad de reorganizar los sistemas de explotación en una imparable consolidación de los derechos del poseedor y el cultivador.

La situación del arrendatario ya no es contemplada desde la óptica clásica del dominio, sino desde la perspectiva de una nueva realidad económico-social.

La praxis fundiaria altomedieval viene a confirmar esta situación. La ausencia del Estado y la estructura corporativa de la sociedad desembocan en un fenómeno de desindividualización acentuado por el cambio de atención del ordenamiento del sujeto a la cosa y la general «realización» de las situaciones jurídicas.

GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, 1974, pp. 790 ss.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, 1965, pp. 8 ss.; J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, t. IV, vol. 1.º, 1979, pp. 106 ss.; D. DE MORATÓ, *El Derecho civil español*, t. II, 1868, p. 426; J. DE SALA, *Derecho Real de España*, 2.ª ed., t. I, 1820, pp. 294-304; I. JORDÁN DE ASSO/M. DE MANUEL RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5.ª ed., 1792, pp. 217 ss.; J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. 1, 1847, pp. 281-284 y 516 ss.; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Estudios de Derecho civil...*, cit., t. IV, pp. 424-433.

² Vid., P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, 1968, pp. 27 ss.; *La locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, 1.93, pp. 47 ss.

La tipología clásica se viene abajo y la distinción romana entre *dominium*, *possessio* y *detentatio*, deviene absolutamente inutilizable.

El problema de la relación del hombre con la cosa, especialmente con la tierra, tiende a resolverse en un esquema nuevo: el de las relaciones reales, que no se conciben como un *numerus clausus* sino como un grupo elástico de figuras amorfas sumaria y libremente configuradas por la costumbre.

En este contexto adquiere una importancia excepcional, en los contratos agrarios, el elemento duración.

La permanencia en la explotación va a provocar que la situación del arrendatario *ad longum tempus* se caracterice por su derecho de duración ilimitada sobre las tierras arrendadas, incluso transmisible a los herederos; en apariencia el contrato sigue siendo un simple arrendamiento, pero en realidad nace aquí un nuevo derecho real.

El régimen jurídico del arrendamiento inscrito no ha sido nunca objeto de un verdadero tratamiento doctrinal. Recién publicada la Ley Hipotecaria, los civilistas que atribuían al arrendamiento inscrito naturaleza real lo asimilaban, en su régimen hipotecario, a los demás derechos reales que accedían al Registro y apenas se preocupaban de analizar los antiguos condicionantes del artículo 2.5.º LH.

No hubo tiempo para una consolidación teórica del estudio de esta figura jurídica: las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos, casi desde principios de siglo, hicieron prácticamente inservible la inscripción del arrendamiento.

Tan sólo en el mínimo ámbito de los arrendamientos excluidos de las leyes especiales tenía interés; entre ellos merece destacarse, por su trascendencia económica y su habitualidad, el arrendamiento de industria, tradicionalmente excluido del ámbito de actuación de las leyes arrendaticias urbanas ³.

³ Vid. F. CERRILLO QUÍLEZ, *Contratos excluidos de la legislación arrendaticia urbana*, t. III, s. f., pp. 11 ss. Sobre los arrendamientos complejos y su exclusión del régimen del T. R. de 1964. Vid. F. CERRILLO QUÍLEZ, «Arrendamientos complejos», *ADC*, 1956, pp. 1195 ss.; J. M. PORCIOLES Y COLOMER, *Arrendamientos complejos en el Código civil y en las legislaciones especiales*, 1950, pp. 23 ss.; J. A. BERNAL SÁNCHEZ, «Ámbito de aplicación del derecho especial de Arrendamientos Urbanos», *ADC*, núm. 9, 1956, p. 1145; J. CASTÁN TOBEÑAS/J. CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos* t. I, 1956, pp. 204 ss.; F. SOTO NIETO, *Supuestos de inclusión y exclusión en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1956, pp. 395 ss.; J. V. FUENTES LOJO, *Nueva suma de Arrendamientos urbanos*, t. I, 1994, pp. 153 ss.; M. BROSETA PONT, «La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento», *R. D. M.*, núm. 107, 1968, pp. 60 ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, t. I, vol. 1.º, 1921, pp. 811 ss.; ROCCO, *Principios de Derecho Mercantil*, 1931, pp. 240 ss.; VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, 1932, pp. 4 ss.; POLO, *vid.* «La empresa como objeto del tráfico jurídico», *R. D. P.*, 1946, pp. 563 ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS/J. CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, *Tratado práctico...*, *cit.*, t. I, pp. 202 ss.; J. DE UDAONDO BARINAGARREMENTERÍA, «El arrendamiento de empresa en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *ADC*, núm. III, 1950, pp. 365 ss.; J. BONET CORREA, «El contrato de arrendamiento de industria con

En la actualidad, pese a estar incluido en la nueva LAU, y no tener ya trascendencia la polémica diferenciación entre arrendamiento de industria y de local de negocios, sigue siendo uno de los arrendamientos donde más utilidad presenta la constancia registral, al ser un arrendamiento de uso distinto al de la vivienda no sometido a período mínimo legal; siendo además habitual que se concierne por un importante período temporal, debido al gran desenvolvimiento patrimonial que implica para el arrendatario y a las finalidades propias de este tipo de contrato, derivadas de la explotación de una unidad patrimonial con vida propia.

La ausencia de regulación legal hace más evidente aún la necesidad de una constancia registral que fije el contenido contractual y le otorgue oponibilidad; siendo además la inscripción requisito necesario para la hipoteca del arrendamiento de empresa.

La implantación de un sistema de subrogación legal y prórrogas forzosas ha sido la causa principal de que al arrendamiento sujeto a las leyes especiales le fuera indiferente la inscripción.

El artículo 9 RDL, de 30 de abril de 1985, suprimió la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos, pero una desacertada interpretación jurisprudencial determinó, en muchos casos, que salvo expresa exclusión siguiera siendo aplicable.

La nueva LAU, en su artículo 9, suprime –salvo en los cinco primeros años– la prórroga forzosa, debiendo entenderse sólo subsistente para los contratos celebrados antes del 9 de mayo de 1985, sometidos al TR de 1964, y contemplados en las DDTT 2.^a, 3.^a y 4.^a LAU, en los que la prórroga forzosa desaparece para los arrendamientos de locales de negocio, con arreglo a los criterios de duración de la DT 3.^a, pero inevitablemente debe mantenerse para los de viviendas, si bien con las limitaciones que para las subrogaciones establece la DT 2.^a

Los contratos celebrados entre el 9 de mayo de 1985 y la entrada en vigor de la nueva LAU no están nunca sujetos al régimen de prórroga forzosa del TR de 1964, pese a las dudas suscitadas por la DT 1.^a LAU.

cláusula de elevación de renta», comentario a la *STS de 29 de diciembre de 1971*, *ADC*, núm. XXV, 1972, p. 629; MORO LEDESMA, «La hacienda comercial», *R. C. D. I.*, 1931, pp. 71 ss; MOTOS, «El arrendamiento de la empresa», *Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues*, t. I, 1971, pp. 479 ss. J. PELLICER VALERO, «La noción jurisprudencial de empresa en la C. E. C. A.», *R. D. M.*, núm. 91, 1964, pp. 370-375; F. LAGUNA IBÁÑEZ, «La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones», *ADC*, núm. 15, 1952, pp. 670-671; C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», *R. D. M.*, núm. 95, 1965, pp. 37 ss.; F. RICO PÉREZ, «La empresa como objeto del derecho», *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, 1978, pp. 674 ss.; A. CALVO ALFAGEME, «La empresa como objeto de negocios jurídicos», *A. A. M. N.*, núm. 1.º, 1943, p. 519; J. MUÑOZ CAMPOS/E. CEREZO CARRASCO, «Concepto jurisprudencial de la empresa a efectos arrendaticios», *R. D. M.*, núm. 55, 1955, pp. 284-285.

Tampoco es posible, ni para estos últimos contratos, ni para los celebrados bajo el imperio de la nueva LAU, pactar el sometimiento al sistema de prórrogas forzosas de la legislación derogada.

La resurrección convencional de un régimen legal derogado es posible al amparo del artículo 1255 CC, pero tiene los límites que del mismo precepto se desprenden y así no es posible aplicar una norma derogada imperativa y excepcional que atenta contra otra de orden público vigente, cual es la de la temporalidad del contrato de arrendamiento consagrada en el artículo 1543 CC que configura el arrendamiento como un contrato temporal de duración más o menos extensa, pero determinada o determinable –por los tribunales, con arreglo a las reglas generales de las obligaciones, si se deja al arbitrio de una de las partes esa determinación (art. 1128 CC), o supletoriamente, aplicando los plazos legales establecidos en los artículos 1577 y 1581 CC, respectivamente, para los arrendamientos urbanos y rústicos, si no se pactó tiempo determinado–.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias, al establecer un período mínimo de duración legal del contrato de cinco años, elimina también las prórrogas forzosas en relación con los arrendamientos rústicos sometidos a la LAR, subsistiendo sólo para los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley.

El estudio del arrendamiento inscrito, desaparecida la legislación excepcional, resulta ahora de evidente trascendencia teórica y práctica. Habiéndonos ocupado de la inscripción del arrendamiento en nuestro ordenamiento jurídico y del régimen jurídico del Ordenamiento inscrito ⁴ nos parece de especial interés en este momento el estudio de algunos Ordenamientos comparados, concretamente el Ordenamiento suizo y el austríaco en los cuales la constancia registral del Ordenamiento presenta coincidencias y puntos de contradicción en relación con nuestro Derecho nacional que adquieren particular interés teniendo en cuenta la afinidad de las regulaciones civil e hipotecaria entre los Ordenamientos comparados.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS COMPARADOS

El papel principal de la ciencia del Derecho comparado ⁵ es el de comparar los órdenes jurídicos para descubrir sus elementos

⁴ Vid. nuestro trabajo sobre *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

⁵ Concebido como una «disciplina dogmática independiente», en tesis de Arminjón/Nolde/Wolf, quienes señalan que: «*Le droit comparé n'est pas seulement un*

determinantes, a fin de poder ordenarlos y clasificarlos en sistemas jurídicos de acuerdo con su parentesco real ⁶.

La comparación de cualquier institución jurídica en otros Ordenamientos debe realizarse teniendo en cuenta los grandes sistemas jurídicos a cuyo modelo responden los Ordenamientos comparados; sólo de este modo habrá coincidencia entre la problemática planteada y las soluciones adoptadas en los diversos órdenes jurídicos podrán ser tenidas en consideración.

Esta circunstancia tiene especial relevancia en el ámbito civil. En los Derechos que forman parte de la familia romano-germánica todos los Códigos se han establecido sobre una base de Derecho comparado, de un modelo de Código ⁷. Destacando la tradicional clasificación entre el modelo latino o romano-francés, y el modelo germánico ⁸.

Resulta especialmente difícil establecer los Ordenamientos extranjeros cuyo análisis tiene interés en el tema de la inscripción del arrendamiento.

Por una parte nuestro Código Civil, y nuestra regulación arrendaticia, son de clara inspiración romano-francesa; por otra nuestro sistema registral inmobiliario tiene un evidente, si bien matizado, influjo germánico.

En este contexto hemos excluido, en el análisis comparado de la inscripción arrendaticia y su régimen jurídico, aquellos Ordenamientos como el francés o el italiano que, pese a tener una regulación del contrato de arrendamiento muy similar a la establecida en nuestro Código Civil, y prever la constancia de los arrendamientos de determinada duración en el Registro de la Propiedad, tienen un sistema inmobiliario registral de transcripción muy alejado de nuestro sistema hipotecario ⁹.

Tampoco el modelo alemán del Registro de la Propiedad puede servirnos como referencia; pese a la clara inspiración germánica de nuestro sistema hipotecario en muchos aspectos, su extraña concepción del negocio real abstracto hace que se aleje

moyen de mieux comprendre les institutions juridiques et les lois nationales et étrangères. En raison de son caractère normatif [...] c'est une discipline autonome au même titre que l'histoire et la philosophie» (vid. Traité de droit comparé, t. I, 1950, p. 23).

⁶ Vid. L. J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho comparado*, t. I, 1981, p. 76.

⁷ Vid. RÉNÉ DAVID, *Les grandes systèmes de droit contemporains*, 7.^a ed., 1978, pp. 66 y 11-112.

⁸ Vid. ARMINJÓN/NOLDE/WOLF, *Traité...*, cit., t. I, pp. 55 ss.; RÉNÉ DAVID, *Les grands systèmes...*, cit., pp. 69-70. RÉNÉ DAVID, *Traité élémentaire de Droit civil comparé*, 1950, pp. 245 ss.

⁹ Vid. L. GARCÍA GUIJARRO, *Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada*, 1911, pp. 86-92.

en gran medida, de nuestro causal sistema inmobiliario registral^{10, 11}.

Por el contrario, estimamos de gran interés, en este punto, el análisis de los Ordenamientos austríaco y suizo.

El estudio de la codificación en Austria nos revela, de un modo inequívoco, la razón de la semejanza, en la regulación de muchas instituciones jurídico privadas –entre ellas el contrato de arrendamiento– entre nuestro Código Civil, inspirado en el francés, y el *Osterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, o *ABGB*.

En Austria, la emperatriz María Teresa se propuso dar a sus súbditos un Código general de leyes movida por el objetivo de que unas mismas normas generales rigiesen en todos los países hereditarios de la monarquía.

En 1753 se crea una comisión compiladora, cuya misión fue reunir y mantener las disposiciones vigentes que fuesen más naturales y equitativas, y complementarias en lo necesario, de acuerdo con el Derecho natural y de gentes, según lo que «una sabia previsión indicase y conforme a los consejos de la libre razón»¹².

¹⁰ Vid. L. GARCÍA GUIJARRO, *Bases del Derecho inmobiliario...*, cit., pp. 95 ss.

¹¹ Por otra parte, la regulación del contrato de arrendamiento en el *BGB* se aleja también de nuestra concepción del contrato: los §§ 572 ss. *BGB* consagran en principio *Kauf bricht nicht Miete*, al establecer que el contrato de arrendamiento produce efecto bajo determinados presupuestos asimismo a favor y en contra del tercer adquirente del inmueble arrendado y de algunos otros sucesores a título particular del arrendador. Señalando D. Medicus que con ello se puede ver incluso una cierta «realidad» del arrendamiento. El efecto contra tercero aproximaría la posesión del arrendatario a un derecho real (vid. *Tratado de las relaciones obligacionales*, t. I, ed. española de A. MARTÍNEZ SARRIÓN, 1995, p. 486).

¹² En 1766 terminó la Comisión sus trabajos y el *Codex Theresianus* fue presentado a la emperatriz. El consejo de Estado informó en contra del proyecto y la emperatriz no lo sancionó. En 1772 se encargó de modo especial, a la Comisión a la que se confiaba la reforma del *Codex Theresianus*, que no se vinculasen al Derecho romano y que procurasen simplificar las leyes todo lo posible. En 1785, bajo el reinado de José II, se concluye su primera parte (Derecho de las personas) y ella, con algunas modificaciones, fue publicada independientemente, como «Código Josefino», el 1 de noviembre de 1786 (con vigencia en las provincias alemanas, en 1 de enero de 1787 y 1 de mayo en Galitzia). El emperador Leopoldo II, en 1790, encarga la dirección de los trabajos codificadores a Von Martini, profesor de Derecho natural en Viena, discípulo de Wolf y vicepresidente del Tribunal Supremo. Aunque se recogen los trabajos anteriores, Martini les da una nueva dirección, utilizando el proyecto prusiano y aplicando las ideas de Wolf. Se termina el proyecto en 1796 y se da como Código a la Galitzia occidental el 13 de febrero de 1791. Después de haberse separado de la dirección de estos trabajos; V. Martini, prosigue la Comisión, bajo el influjo de Von Zeiller, profesor de Derecho natural y discípulo de Martini, con una doctrina claramente influenciada por Kant y partidaria de la separación entre la moral y el Derecho.

El proyecto se sancionaba el 7 de julio de 1810, con excepción de algunas materias del contrato de préstamo. Es sancionado en general el 26 de abril de 1811, después de reformadas las disposiciones sobre el contrato de mutuo, y, por patente de 1 de junio de 1811, se declaró vigente el Código en todas las provincias austríacas (no en los territorios de la Corona húngara), con vigencia desde 1 de enero de 1812 (vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, pp. 142-143).

El Código Civil general austríaco, aunque aprobado y en vigor después que el Código napoleónico, se gesta con anterioridad y está por completo dentro del pensamiento de la escuela *ius-naturalista* del individualismo alemán, preservado del influjo de las ideas revolucionarias francesas.

El Código consta de una introducción –sobre las leyes civiles– y de tres partes: derecho de las personas, derechos en las cosas y disposiciones comunes a los derechos personales y derechos en las cosas. La segunda parte, después de una introducción –de las cosas y su división jurídica–, se divide en dos secciones: la primera de los derechos reales en las cosas –*dingliches Sachenrechte*–, que comprende a los derechos reales propiamente dichos y el Derecho hereditario; la segunda sección, de los derechos personales en las cosas –*persönliches Sachenrechte*–, que comprende al Derecho de obligaciones con inclusión de los pactos con ocasión de matrimonio. La tercera parte comprende la doctrina general aplicable a las dos primeras.

El influjo kantiano parece señalarse en la unión de los derechos reales y de obligación, como derechos en las cosas, frente a los derechos de la persona. El *ABGB* acepta gran número de reglas del Derecho romano; el Derecho germánico se admite bajo las ideas del Derecho prusiano y de los tratadistas; ambas tendencias son acogidas para formar una obra «ajustada a los tiempos»¹³.

En cuanto al Código Civil suizo, su promulgación reviste para nosotros, como esfuerzo legislativo moderno, excepcional importancia y nos ofrece, sobre todo en lo relativo al sistema inmobiliario, detalles utilísimos, tanto por las especiales circunstancias de la propiedad territorial, que se hallaba en aquel país, igual que en España, muy dividida, recargada de derechos reales arcaicos, provista de titulación deficiente y falta del apoyo topográfico del catastro, como por las múltiples variedades de las instituciones de derecho privado que se trataba de armonizar¹⁴.

La Confederación suiza aparece formada por veintidós Cantones –tres de los cuales están divididos en semicantones, lo que eleva a veinticinco los Estados–, entre los cuales existen profundas diferencias de lengua, raza, religión, instituciones jurídicas, vida, desenvolvimiento social, organización agrícola e industrial, etc., al

¹³ Vid. F. CASTRO Y BRAVO, quien destaca el indiscutible valor interno y externo del Código civil austríaco (*Derecho civil de España...*, cit., t. I, p. 143); R. B. Schleinger/H. W. Baade/M. R. Damaska/P. E. Herzog, destacan su originalidad y su influencia en las codificaciones posteriores (vid. *Comparative Law*, 5.^a ed., 1988, pp. 546, nota 2, y 328-329).

¹⁴ Vid. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, p. 149.

lado de las cuales se desvanecen las características regionales contra las cuales fracasaron los intentos codificadores en España.

Proclamada al contacto con la Revolución francesa la República helvética, fueron acentuándose las tendencias centralizadoras, y en la sesión de su Consejo legislativo celebrada el 5 de diciembre de 1798, se aceptó la propuesta del Directorio relativa a la formación de un Código Civil general.

No estaba todavía preparado el terreno para la unificación jurídica y se necesitaba, ante todo, obtenerlo dentro de los mismos Cantones. Contribuyeron a este fin los dos grandes cuerpos de Derecho civil que aparecieron en las fronteras occidental y oriental, el Código napoleónico de 1804, que extendió su influencia a los Cantones franceses, y al de Tesino, y el Código austríaco de 1811 que atrajo a Berna y a los Cantones de lengua alemana ¹⁵. Con estas influencias, y tras un complicado proceso codificador se logra la promulgación del ZGB el 10 de diciembre de 1907 ¹⁶. Posteriormente se promulgaría el 30 de marzo de 1911 el Código de las Obligaciones.

En lo referente a los sistemas hipotecarios en los Ordenamientos suizo y austríaco, nos hallamos en ambos casos ante un sistema inmobiliario registral semejante al nuestro, aunque más enérgico al adoptarse el sistema de inscripción constitutiva.

¹⁵ Vid. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario...*, cit., t. I, p. 150.

¹⁶ Zurich promulgó un Código (1853-1855) original y técnico, en donde el derecho cantonal se modelaba sobre construcciones romanas y germánicas. La Constitución de 1848 estrechó los lazos políticos más que los propiamente jurídicos, al convertir la federación de Estados en Confederación. De ahí que la asociación de Juristas suizos abogara por una revisión constitucional que se llevó a cabo en 1872, bajo la divisa: un ejército y un solo derecho. En los diez años siguientes se promulgaron algunas leyes comunes sobre las materias económicas que reclamaban con mayor apremio la unificación, y entre las cuales merece especial mención el Código de Obligaciones de 24 de junio de 1881.

Todavía se consideraba necesaria otra modificación constitucional para codificar el derecho penal y el civil, y mientras se acordaba, se encargó al profesor Dr. Eugenio Huber, que ya había publicado en 1898 cuatro volúmenes sobre el *Sistema e historia del Derecho privado suizo*, la redacción de un proyecto de Código. El trabajo se hallaba casi terminado cuando se votó la reforma del pacto constitucional el 13 de noviembre de 1898, y fue presentado en 1900 e inmediatamente publicado para su conocimiento y discusión por el Gobierno, con las aclaraciones o motivos redactados por el mismo profesor.

Una vez del dominio público, el anteproyecto se sometió al examen de una Comisión de peritos que a modo de parlamento y asesorado por Huber lo discutió detenida y luminosamente de 1901 a 1903, formando el llamado proyecto del Consejo federal que este organismo envió a la Asamblea, con un título final de introducción en los diversos Cantones. La mesura y sabiduría demostrada por los representantes del pueblo suizo en la tramitación parlamentaria, así como la especie de tregua pactada por los más radicales partidos, dieron como feliz resultado la promulgación del Código civil suizo (vid. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario...*, cit., t. I, p. 150).

III. REGULACIÓN EN EL DERECHO SUIZO

1. BREVES INDICACIONES SOBRE EL SISTEMA HIPOTECARIO SUIZO

Está regulado por el *ZBG* y por la Ordenanza sobre el Registro Inmobiliario de 22 de febrero de 1910. Aunque el sistema es de inspiración germánica y tiene bastante parecido con el sistema alemán, tiene una serie de especialidades respecto al mismo, alguna de ellas de carácter fundamental, como la configuración causal y no abstracta de las transmisiones ¹⁷.

Podemos destacar los siguientes caracteres fundamentales del sistema registral suizo ¹⁸:

1.º LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Como en el sistema alemán, la inscripción en el sistema suizo es constitutiva del dominio y derecho reales inscritos ¹⁹. La diferencia es que el sistema suizo sigue la teoría del título y el modo, y no el acuerdo real abstracto del sistema alemán. Pero el modo, tratándose de bienes inmuebles es la inscripción en el Registro y no la tradición posesoria ²⁰.

El artículo 971.1 *ZGB* dice: «Todo derecho cuya constitución se halla legalmente subordinada a una inscripción en el Registro no

¹⁷ Sobre el sistema registral suizo destaca especialmente la obra de I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo comparado con el Derecho español*, 1934; Vid. también, J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, prólogo al libro de I. SERRANO Y SERRANO, *Estudios de Derecho hipotecario...*, cit., t. I, pp. 152-181

¹⁸ Vid. A. MANZANO SOLANO, *Derecho Registral Inmobiliario*, t. I, 1991, pp. 156-158.

¹⁹ I. Serrano y Serrano juzga muy positivamente el valor constitutivo de la inscripción en el sistema registral suizo y considera que en el Derecho español debería regularse la inscripción como constitutiva en los términos que ya diseñara Luzuriaga, en su famosa base 52 del proyecto de 1843, en virtud de la cual: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público»; de manera que los derechos reales no inscritos en el Registro no produjeran sino efectos meramente obligacionales. Si bien entiende el autor que en los sistemas como el suizo, de inscripción constitutiva, no es la inscripción sola la que da origen a los derechos reales, es preciso que esta inscripción esté válidamente hecha, es decir, que se funde sobre un título jurídico válido. De modo que «las inscripciones llamadas constitutivas, en las que el derecho real no nace hasta el momento de la inscripción en el libro Mayor, no despliegan plenos efectos si no están basadas sobre un título válido» (vid. *El Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 4-5 y 165).

²⁰ Sin embargo, señala J. M. García, hay una serie de supuestos en que la inscripción de bienes inmuebles no es constitutiva en el sistema suizo. La inscripción constitutiva se da en los casos de adquisiciones por negocio jurídico. En cambio, según el artículo 656, párrafo 2.º, *ZGB*, «el que adquiere un inmueble por ocupación, sucesión, expropiación forzosa o sentencia deviene propietario antes de la inscripción». Sin embargo, aun en estos supuestos, la inscripción es requisito necesario para poder disponer (vid. *Derecho inmobiliario*, t. I, p. 403).

existe como derecho real más que cuando la inscripción se realiza»; y, conforme al artículo 972 ZGB: «Los derechos reales nacen [...] con la inscripción».

2.º EXISTE EL NEGOCIO REAL, DIFERENCIADO DEL OBLIGACIONAL, PERO CON CARÁCTER CAUSAL Y NO ABSTRACTO

Al igual que en el Derecho alemán, en el Derecho suizo existe el negocio real, dispositivo o de transmisión efectiva del derecho, aparte del negocio obligacional previo. Pero la esencial diferencia respecto al sistema alemán, es que en el Derecho suizo existe una total conexión entre el negocio real y el obligacional. El sistema suizo se basa en un negocio real o dispositivo totalmente apoyado en el negocio obligacional y comunicado con él. Si el negocio obligacional no existe o está viciado, ello repercute en el negocio real o dispositivo (art. 975 ZBG)²¹.

3.º LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL²²

La presunción de existencia *iuris tantum* en que consiste el principio de legitimación registral está proclamada por el artículo 937 ZGB, según el cual «tratándose de bienes inmuebles inmatriculados en el Registro de la Propiedad, la presunción del derecho y las acciones posesorias solamente corresponden a la persona inscrita».

La legitimación registral es fundamental en el Derecho suizo, a efectos de destacar que sólo el titular registral tiene legitimación de la facultad de disponer. Por eso el Registrador debe calificar este importante aspecto, lo que viene a significar el cumplimiento del tracto sucesivo, pero desde la perspectiva de un requisito de legitimación material o sustantiva de la facultad de disponer²³.

4.º LA FE PÚBLICA REGISTRAL

La presunción de exactitud *iuris et de iure*, en que consiste el principio de fe pública registral, en beneficio del tercer adquirente de buena fe, se encuentra regulada en el artículo 973 ZGB conforme al cual: «El que adquiera la propiedad u otros derechos reales

²¹ Existe además de los negocios obligacional y real, en el sistema suizo el consentimiento a la inscripción, que es una especie de consentimiento formal, pero con la importante diferencia respecto al sistema alemán, de que no está desligado ni del negocio real ni del obligacional. Respecto a este consentimiento y su diferenciación con la petición de inscripción, *vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, pp. 43 ss.

²² *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, p. 96.

²³ *Vid.* J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 404.

fundándose de buena fe sobre una inscripción del Registro, será mantenido en su adquisición».

No se hace la distinción entre tercero a título oneroso o gratuito; ambos son objeto de protección por la fe pública registral; si se exige la buena fe, añadiéndose la nota especial de la diligencia en la buena fe ²⁴. Merece destacarse la expresión «será mantenido en su adquisición» que coincide con la que posteriormente adoptó nuestro artículo 34 LH.

Otra de las especialidades interesantes del Derecho suizo en materia de fe pública registral consiste en que ésta se extiende también a los datos de linderos y planos de las fincas ²⁵.

5.º EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Una característica muy importante del sistema suizo, que le diferencia del sistema alemán, es la existencia en aquél y no en el Derecho alemán del Libro Diario de presentación de documentos. Al lado de él, existe también el Libro Mayor, que es propiamente el Libro de Inscripciones.

La fecha de prioridad la da la presentación en el Libro Diario y no el lugar que ocupa el derecho en el Libro como en el Derecho alemán. Conforme al artículo 972 ZGB: «Los derechos reales nacen, toman su prelación y reciben su fecha por la inscripción en el Libro Mayor. El efecto de la inscripción se retrotrae a la época en que se ha hecho la del Diario [...]».

En cuanto al rango de los derechos reales, existe la teoría del rango fijo ²⁶.

6.º EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Se sigue el sistema de folio real; el historial se inicia con la inmatriculación de la finca, que es una operación independiente de las transmisiones y constituciones de derechos. La inmatriculación se

²⁴ El artículo 974, ZGB, establece: «Cuando un derecho real ha sido inscrito indebidamente, la inscripción no puede ser invocada por el tercero que ha conocido o debido conocer sus vicios. La inscripción se entiende hecha indebidamente cuando ha sido extendida sin derecho o en virtud de un acto jurídico no obligatorio. Aquel cuyos derechos reales hayan sido perjudicados puede invocar directamente contra el tercero de mala fe la irregularidad de la inscripción. Sobre esta exigencia, *vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, p. 134.

²⁵ *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, p. 129.

²⁶ I. SERRANO Y SERRANO, señala que en este punto se ha superado en el ZGB el antiguo criterio de los cantones que seguían el sistema romano de avance de rango, que, a juicio del autor no era práctico ni justo (*vid.* *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, pp. 138 ss.).

práctica de oficio, individualizando la finca en un plano y en plena coordinación con el Catastro ²⁷.

Existe un *numerus clausus* de derechos inscribibles, siguiendo en los libros la forma del encasillado ²⁸.

7.º EL PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL

La calificación es mucho más amplia que en el sistema alemán, como consecuencia de ser un sistema causal y no abstracto ²⁹. Las facultades calificadoras del Conservador suizo se amplían con elementos no resultantes de los documentos presentados, y que resulten del conocimiento de circunstancias por el propio Conservador, lo que se justifica por estar a su cuidado la exactitud del Registro ³⁰.

8.º LAS ANOTACIONES O ASIENTOS PROVISIONALES

Con objeto de dar mayor apertura al Registro respecto a determinadas situaciones especiales que, aunque no constituyan derechos reales, merecen protección registral, el *ZGB* ha regulado en los artículos 959 a 961 las anotaciones o asientos provisionales. El efecto de estas anotaciones es hacer oponible *erga omnes* esos derechos personales; pero no convierten en real el derecho personal ³¹ —a diferencia de lo que ocurre en el Derecho austríaco—. El

²⁷ Existe una plena coordinación entre Registro y Catastro; la Exposición de Motivos del *ZBG* señala que: «los datos catastrales son, ante todo, el elemento necesario de la designación registral del inmueble, porque constituyen una garantía muy seria del contenido real»

²⁸ Vid. I. Serrano y Serrano, quien señala las ventajas de adoptar el sistema de *numerus clausus*, al uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados; evitándose de esa manera la riquísima floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho, se facilita la labor del Registrador, en cuanto a su deber de calificación; se adquieren unos moldes fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas; se facilita en alto grado la gestión del Registro, y se deja expedito el camino de los derechos personales, para la satisfacción de las nuevas exigencias jurídicas (*El Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 165-166).

²⁹ Señala J. González y Martínez, que: «La íntima unión entre el título de adquisición y el consentimiento inscribible, extiende desmesuradamente la función calificadora del encargado del Registro, que retrocede a la relación causal, como en las antiguas legislaciones basadas en el principio de legitimidad» (vid. *Estudios...*, cit., t. I, p. 160). Por su parte, I. Serrano y Serrano manifiesta que: «Puede decirse que la legalidad es uno de los principios fundamentales del sistema inmobiliario suizo, de no serlo no se justificarían los enormes esfuerzos para poseer un Registro casi perfecto» (vid. *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 96).

³⁰ Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 410; J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios...*, cit., t. I, pp. 160 ss.

³¹ Señala I. Serrano y Serrano, que el derecho sigue teniendo naturaleza personal, aunque, en virtud de la anotación preventiva en el Registro tenga efectos *erga omnes* (vid. *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 74). Vid. también, J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios...*, cit., t. I, pp. 164-166).

primero de estos preceptos contempla anotación preventiva del derecho de arrendamiento junto a otros derechos personales, entre los que deben incluirse: el derecho a adquirir un inmueble por un precio determinado, el derecho de retracto convencional, el de opción de compra, el derecho de retorno de la cosa donada a poder del donante en caso de premoriencia del donatario y el derecho de avance en el rango de un acreedor pactado con el propietario, en el caso de existir una casilla hipotecaria libre ³².

2. ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En el Derecho suizo, se establece, como regla general, el principio «compra rompe arrendamiento» (*Kauf bricht Miete*). En efecto, el artículo 259 CO señala que, si después de la conclusión del contrato, el arrendador enajena la cosa arrendada y el comprador no se ha obligado contractualmente a ello, el arrendatario no tiene derecho a imponer a los terceros adquirentes la continuación del arrendamiento; pudiendo solamente exigir del arrendador la ejecución del contrato, o la indemnización de daños y perjuicios.

Por tanto, el adquirente no está obligado a continuar la relación contractual hasta el transcurso del término pactado, sino que puede proceder al desahucio. Si no lo hace se le considera subrogado en la relación de arrendamiento ³³.

El artículo 281 CO establece la misma solución para el arrendamiento rústico: En caso de enajenación de la finca, el precepto permite al adquirente desahuciar al arrendatario, pero si no lo hace, se entiende que ha asumido la continuación del arrendamiento ³⁴.

La LPR (*Loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale*) de 12 de junio de 1952, en su artículo 26 introdujo en el artículo 281 *bis et ter* CO, estableciendo que cuando se arrendaran fincas agrícolas, si la finca es enajenada por el arrendador después de

³² Estudia con detalle estos supuestos I. SERRANO Y SERRANO, *vid. El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, pp. 75 a 85.

³³ Con arreglo al párrafo segundo del artículo 259: «*Toutefois, dans les baux d'immeubles, et à moins que le contrat ne permette de les résilier plus tôt, le tiers acquéreur doit respecter le bail jusqu'au plus prochain terme légal de congé, et il est réputé en avoir assumé la continuation, s'il ne le dénonce pas*».

³⁴ Señalando literalmente el precepto que: «*1. Si, après la conclusion du contrat, le bailleur aliène la chose affermée, ou qu'elle soit enlevée par l'effet de poursuites ou de sa faillite, le preneur n'a pas le droit d'imposer au tiers acquéreur la continuation du bail, à moins que ce dernier ne s'y soit obligé; il peut seulement exiger du bailleur l'exécution du contrat, ou des dommages-intérêts.*

2. *Toutefois, à moins que le contrat ne puisse être résilié plus tôt, le tiers acquéreur doit observer, en donnant congé, le délai fixé par la loi, et in est réputé avoir assumé la continuation du bail s'il ne le dénonce pas [...]*».

haberse celebrado el contrato de arrendamiento, el adquirente se subrogaba en los derechos y deberes derivados del contrato de arrendamiento.

Tales menciones, sin embargo, han sido suprimidas por el artículo 253 de la LF, de 4 de octubre de 1985 (*sur le bail à ferme agricole*).

Resultando pues, que en Derecho suizo y con bastante antelación al español, ha desaparecido la subrogación legal del adquirente del inmueble arrendado en las leyes especiales, proclamándose, con carácter general, la inoponibilidad del arrendamiento si no consta en el Registro de la Propiedad.

Tal constancia se produce no mediante inscripción, sino mediante anotación preventiva, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, en el que el arrendamiento ingresa en el Registro mediante el asiento de inscripción.

Postura criticada en nuestro país por algunos autores, que consideran útil y conveniente la constancia registral del arrendamiento pero no estiman adecuado el asiento de inscripción, sino el de anotación preventiva. Tesis sostenida fundamentalmente por Roca Sastre³⁵, para quien la procedencia de la anotación preventiva de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles hubiera sido más razonable que el actual asiento de inscripción. Además, la anotación preventiva, es el asiento adoptado por el artículo 959 del Código civil suizo para dar publicidad registral a los derechos de arrendamiento de inmuebles, que califica de personales.

Siendo evidente, ante un sistema de Registro como el nuestro que excluye radicalmente del mismo a los derechos personales, que resulta mucho más lógico emplear la anotación preventiva, por cuanto causa extrañeza que el artículo 98 de la Ley Hipotecaria niegue efectos y facilite la expulsión de los derechos personales que hayan logrado infiltrarse en los Registros de la Propiedad, cuando por excepción, que este precepto no señala, se permite inscribir los contratos de arrendamiento o de opción de compra.

Además, debe tenerse en cuenta que, en opinión del hipotecarista, lo inscribible en materia de títulos de formación voluntaria no es propiamente el contrato aislado, sino en cuanto contemplado por la tradición, o por negocio jurídico constitutivo de derecho real inmobiliario, formando el título propiamente inscribible³⁶.

³⁵ Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, p. 533.

³⁶ Del mismo modo, para I. de Casso Romero la Ley Hipotecaria, al declarar inscribibles los arrendamientos, en ciertas circunstancias, y las resoluciones judiciales sobre incapacidad o ausencia, erige «una excepción técnica del acto inscribible». Si el arrendamiento es un derecho real, no hay que aludirlo expresamente, por estar ya comprendido en el número 2.º del artículo 2 LH. Y si, como parece, no lo es, sino un derecho personal, no debiera permitirse su inscripción, sino, cuanto más, su anotación (*vid.*

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la anotación preventiva del derecho de arrendamiento en el Derecho suizo, a que alude Roca Sastre, no puede equipararse en sus efectos a los generales que tiene la anotación preventiva en nuestro Derecho ³⁷.

No existe en nuestro Ordenamiento inmobiliario un concepto unívoco de anotación preventiva ni tampoco de sus efectos. Apenas puede señalarse, como caracteres comunes a todos los tipos de anotación, que se trata de un asiento de menor solemnidad y más simple que la inscripción, con efectos en general más reducidos y además con duración legalmente limitada; cuyas características más sobresalientes son, en consecuencia, su transitoriedad y pendencia ³⁸.

La gran variedad de anotaciones preventivas con eficacia y regulación diferentes –anotaciones con eficacia temporal de otro asiento al que representan, anotaciones de derechos en litigio o en formación, y entre ellas contradictorias de una situación real inscrita o percursoras de un cambio real, anotaciones en función de garantía o de valor puramente negativo– hace evidente la escasa comprensión y la gran extensión de un concepto general de anotación preventiva. De ahí, que decir que el asiento adecuado para la constancia registral del arrendamiento es la anotación preventiva sin señalar qué clase de anotación preventiva y con qué efectos no es decir gran cosa ³⁹.

Por otra parte su carácter de *numerus clausus* impide la práctica de una anotación no expresamente prevista en las leyes, por analogía ⁴⁰.

El artículo 260 CO señala que: «Las partes pueden estipular la anotación del arrendamiento de inmuebles en el Registro de la Propiedad. Esta anotación obliga a todo adquirente a permitir al poseedor, de conformidad con el arrendamiento, el disfrute de la cosa arrendada».

Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad, p. 205); B. Méñchez Benítez opina también, que una anotación preventiva, al estilo del Código civil suizo, sería vehículo propio y suficiente para llevar el arrendamiento al Registro y garantía completa del arrendatario que quisiera tener la seguridad y firmeza de un derecho real (*vid.* «La inscripción de arrendamiento de inmuebles rústicos», *R. C. D. I.*, núm. 141, 1940, p. 191); M. Albaladejo García entiende que, por excepción, son inscribibles en el Registro de la Propiedad algunos hechos relativos a derechos personales, entre los que se sitúan los arrendamientos, y censura a la Ley Hipotecaria el haber dado acceso al Registro a los arrendamientos mediante inscripción, en vez de mediante anotación preventiva (*vid. Derecho civil*, t. III, vol. 2.º, 8.ª ed., 1994, p. 435). En la misma línea, señala J. Rams Albesa, que es de lamentar que no se haya recogido la crítica, por lo acertado de la misma, que al artículo 2.5.º LH formulara en su día Roca Sastre, sobre la inscripción del arrendamiento (*vid. Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, VV. AA., Madrid, 1995, p. 640).

³⁷ *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 218 ss.

³⁸ *Vid.* J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, 1984, t. III bis, p. 215.

³⁹ *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 219.

⁴⁰ *Vid.* J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. III bis, p. 218.

Y con arreglo al artículo 282 CO, el arrendamiento rústico puede ser anotado en el Registro de la Propiedad en las mismas condiciones y con los mismos efectos que el urbano.

El artículo 260 CO ha venido, sin embargo, a oscurecer la claridad del efecto «oponibilidad» que el arrendamiento tiene frente al nuevo adquirente del inmueble, cuando dicha oponibilidad viene dada por el Registro de la Propiedad.

En efecto, con arreglo al citado artículo 259 CO, en el caso de que el adquirente no proceda a desahuciar al arrendatario, la «oponibilidad» se produce mediante la subrogación legal, en los mismos términos del contrato, asumiendo el adquirente la posición de arrendador. Pero ¿cómo debe entenderse ese «obligar al propietario a dejar al arrendatario el disfrute de la cosa de acuerdo con el contrato»?

El significado de la oponibilidad que la anotación preventiva otorga al arrendamiento ha sido objeto de un profundo debate doctrinal en Suiza.

Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 959 *ZGB* se limita a decir que los derechos personales, como el arrendamiento, pueden ser anotados en el Registro de la Propiedad, en los casos expresamente previstos en la ley. «En este caso los derechos serán oponibles a todo adquirente posterior del inmueble».

A la hora de determinar los efectos de la anotación en el Registro la doctrina suiza se ha desenvuelto, tradicionalmente, entre dos concepciones. La controversia se ha desenvuelto sobre si debe considerarse si todo adquirente del inmueble se convierte en sujeto de la relación de derecho personal anotada; o si, por el contrario, el adquirente del inmueble –como los titulares de derechos reales limitados posteriores a la anotación– solamente está obligado, en virtud de la restricción de su derecho a disponer, a sufrir la ejecución de la obligación concerniente al inmueble; obligación en la cual el sujeto pasivo continúa siendo el deudor primitivo ^{41, 42}.

⁴¹ Vid. P. PIOTET, «Des effets de l'annotation au registre foncier de rapports de droit personnels», *Rev. Dr. Suisse*, julio de 1960, p. 401.

⁴² En opinión de D. Scacchi, el fin de la anotación prevista en los artículos 260 y 282 CO, es asegurar la protección del arrendatario, y, concretamente, su disfrute del inmueble. El problema es ver por qué vía se asegura esta protección; cuestión estrechamente relacionada con los efectos de la anotación en el Registro de la Propiedad. La solución a este problema permite también resolver la cuestión de si por la anotación del arrendamiento se crea o no una verdadera obligación real. Dos son las soluciones posibles: o bien el nuevo adquirente no tiene sino la obligación de tolerar la continuación del arrendamiento por el arrendatario hasta el fin del contrato concluido con el antiguo propietario del inmueble, o bien la relación jurídica de arrendamiento se transfiere al adquirente con la propiedad del inmueble (vid. *L'obliteration «propter rem» el les droits personnels annotés au Registre Foncier*, 1970, p. 111).

Conforme a la teoría más antigua ⁴³, fundada en el artículo 260 CO, el adquirente del inmueble tiene que tolerar simplemente que el arrendatario se quede en el inmueble de su propiedad; pero el transmitente sigue siendo arrendador aunque haya vendido la finca, haya transmitido la propiedad del inmueble y haya entregado la posesión; los derechos y obligaciones que nacen del contrato no incumben al nuevo adquirente: no le es debida la renta, ni está obligado a las reparaciones; el arrendatario tendría que dirigirse a su arrendador-transmitente ⁴⁴.

Sucedería entonces, que la transferencia de las obligaciones del arrendamiento sólo se produciría con el consentimiento del arrendatario, que no está obligado a prestarlo; aun en este caso, si hay consentimiento, eso no significa que el antiguo arrendador se libere, salvo declaración o comportamiento concluyente del arrendatario en este sentido. De no existir, responderá también el antiguo arrendador de la violación del contrato por el nuevo arrendador ⁴⁵.

Una segunda teoría consideraba, en base fundamentalmente, a los artículos 259 CO y 959 ZGB, que si el adquirente no puede desahuciar a causa de la anotación preventiva, por ser el arrendamiento «oponible» a aquél, debe darse el mismo efecto que la ley establece para el caso de que el adquirente pueda ciertamente desahuciar, pero no lo haga: se le considera subrogado en la relación arrendaticia ⁴⁶.

Esta concepción parte de que, junto al efecto típico de las anotaciones de restricción de la libertad de disposición, existe otro, el efec-

⁴³ Defendida principalmente por H. DESCHENAUX, *vid.* «Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier», *R. N. R. F.*, núm. 43, 1962, p. 291.

⁴⁴ *Vid.* P. Liver, que —de manera ejemplificativa y para resaltar la imposibilidad de cumplimiento de muchas de estas obligaciones del transmitente— señala que el arrendatario tendría así que dirigirse al transmitente cuando fueran necesarios trabajos de mantenimiento, reparaciones o renovaciones necesarias para la conservación de la finca en el estado adecuado, o cuando los pasillos de acceso a la vivienda no se limpian, o se funden las luces de la escalera, o la calefacción no calienta bastante, o no funciona la lavadora, o el agua caliente o el aire acondicionado. Pero, añade, el transmitente puede haber cambiado su lugar de residencia y encontrarse lejos, o por otros motivos no se preocupa de la finca arrendada de la que se ha librado. Ni siquiera está ya facultado para tomar medidas en relación con la ejecución de reparaciones o trabajos de mantenimiento de la cosa vendida; podría simplemente ser demandado por daños y perjuicios, pero es inviable mantener la relación arrendaticia en los términos pactados entre arrendador y arrendatario y compatibilizar esta situación con el dominio del adquirente («Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs un Grundrech», *R. N. R. F.*, núm. 43, 1962, pp. 268-269). También D. Scacchi resalta esa imposibilidad de cumplimiento del transmitente de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento después de la transmisión de la propiedad; siendo mucho más lógico que que las obligaciones de conservación, reparación, limpieza, etc., corran de cuenta del propietario del inmueble, cosa que sólo puede ocurrir si este último se convierte en parte del contrato de arrendamiento (*vid. op. cit.*, p. 116).

⁴⁵ *Vid.* H. DESCHENAUX, *loc. cit.*, p. 291.

⁴⁶ *Vid.* HOMBERGER, *Commentaire zurichois*, t. IV, 1938, comentario al artículo 959 CC. núm. 59.

to de *rattachement*, que implicaría que el adquirente del inmueble retoma la relación jurídica que ha sido objeto de anotación; esa relación esta unida a la propiedad del inmueble, existe *propter rem* ⁴⁷.

Se considera así, que sólo por haber ignorado la teoría de la obligación real, ha llegado el legislador a una regulación como la establecida en el Código de las obligaciones; además de por impedimentos dogmáticos, que entendían que no es conciliable con la esencia de la obligación, la cual no se quiere debilitar y mucho menos abandonar, el que los derechos y obligaciones nacidos con el contrato de arrendamiento queden vinculados a la propiedad de la cosa arrendada y con ello pasen al eventual adquirente de la misma ⁴⁸.

Por contra, si el legislador hubiera tenido presente la figura de la obligación real, habría acertado con la solución clara y simple: la subrogación del adquirente en los derechos y deberes del contrato de arrendamiento en virtud de la anotación preventiva en el Registro ⁴⁹.

Parte esta teoría de considerar que el único efecto de las anotaciones preventivas de derechos personales, es la restricción del poder de disposición, consistente en que el derecho o la relación jurídica anotados, tendrán, necesariamente, prioridad sobre los derechos posteriormente adquiridos sobre el inmuebles; la restricción no impide al propietario transferir su dominio o gravarlo con derechos reales limitados ⁵⁰.

Pero la moderna doctrina discute hoy que haya subrogación, y se inclina por la oponibilidad en los términos del asiento; como ya señalara Piotet ⁵¹, «antes de elegir entre la antigua teoría –restricción del derecho a disponer– y la moderna –restricción del derecho a disponer y cualidad *propter rem* de parte en el contrato–, es necesario considerar la posibilidad de una teoría, en alguna medida intermedia, según la cual el adquirente quedaría únicamente obligado por la obligación *propter rem* concerniente al inmueble, sin por ello convertirse en parte en el contrato» ⁵².

⁴⁷ Vid. P. H. STEINAUER, *Les droits réels...*, cit., t. I, p. 220; P. PIOTET, *Des effets de l'annotation...*, loc. cit., p. 407; D. SCACCHI, op. cit., pp. 117 ss.

⁴⁸ Vid. P. LIVER, loc. cit., p. 270.

⁴⁹ Vid. P. Liver, que concluye su argumentación con una defensa incondicionada de la obligación *propter rem*, como solución al problema planteado por los efectos de las anotaciones de derechos personales, diciendo que son precisamente las relaciones jurídicas a las que por escrúpulos dogmáticos y por una actitud escéptica ante esta figura, se ha negado el carácter de obligación real, las que más urgentemente exigen, en interés de la claridad y del sentido práctico, su tratamiento como obligaciones reales (loc. cit., pp. 270-271).

⁵⁰ Vid. P. H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. I, 1993, pp. 217-218; D. SCACCHI, *L'obligation «propter rem»...*, cit., p. 59.

⁵¹ Vid. P. PIOTET, «Des effets de l'annotation...», cit., p. 415.

⁵² Más recientemente, P. Piotet ha defendido ya abiertamente la oponibilidad conforme al Registro. Vid. «L'annotation au registre foncier d'une créance pécuniaire», *R. N. R. F.*, núm. 61, 1980, p. 269.

Cabe deducir de todo ello que, tampoco en Derecho suizo, cabe defender la subrogación en los términos del contrato, sino la oponibilidad en los términos del Registro. De modo que, en el contrato de arrendamiento pudieron introducirse cláusulas, obligaciones y derechos que vinculen solamente al primer arrendador y al arrendatario; cláusulas que no accedieron al Registro por carecer de trascendencia real.

Todo ello viene a rebatir la tesis de Roca Sastre ⁵³, que considera la oponibilidad del arrendamiento en virtud de su constancia registral, como una subrogación legal con apoyo en la inscripción, en base precisamente, al Derecho suizo.

En efecto, para este autor, como el arrendamiento es un derecho personal, no cabe su oponibilidad extrarregistral. Y, precisamente por no ser un derecho real no es correcto que acceda al Registro por la vía de la inscripción, sino de la anotación preventiva, y no puede otorgársele la oponibilidad registral propia de las inscripciones de derechos reales, sino que la ley viene a establecer que por la inscripción el arrendamiento se hace oponible a todo posterior adquirente, o sea, produce los efectos ordinarios de toda anotación preventiva de mera publicidad; quedando por determinar la posición del adquirente frente al arrendamiento inscrito.

En este punto se discute acerca de si este adquirente sólo está constreñido a tolerar o soportar el ejercicio o actuación del arrendamiento, siendo exigibles al anterior dueño las obligaciones contractuales, o bien si queda subrogado totalmente en la relación arrendaticia, o sea, en todas las obligaciones o derechos derivados de ella. Y citando las palabras de la Exposición de Motivos en que se dice que el «comprador de buena fe que entra en el contrato con conocimiento de la obligación de que es *sucesor*», se inclina por entender que nuestro legislador sigue el criterio de la subrogación legal, si bien operada con el auxilio de la inscripción ⁵⁴.

En este punto, nuestro sistema seguiría, a juicio del hipotecarista, el criterio del Derecho suizo; concretamente el del Código civil suizo, en el cual la afección, en el tercer adquirente, de la relación arrendaticia opera por la vía de la subrogación ⁵⁵. Sin embargo, tal

⁵³ Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario* t. I, 1.ª ed., Barcelona, 1942, p. 391; y *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 538.

⁵⁴ Tesis también sostenida por B. Pérez González/J. Alguer, al señalar que: «En el supuesto de arrendamiento inscrito, en el hecho mismo de establecer su inscripción va implícita la previsión de que se subroga en el contrato cualquier adquirente ulterior de la finca y, por tanto, que todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato a favor y a cargo del arrendador pasen automáticamente al adquirente ulterior, en cuanto se trate de derechos y obligaciones que consten en el Registro» (vid. *Notas al tratado de Derecho civil de Ennecerus*, t. II, 1.ª ed., Barcelona, 1944, p. 188).

⁵⁵ Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 539.

solución no es correcta en el Derecho suizo, como hemos tenido ocasión de examinar; y, por tanto, ni siquiera alegando esas influencias del Derecho suizo en nuestro Ordenamiento inmobiliario, cabe defender la subrogación en los términos del contrato, sino la oponibilidad en los términos del Registro.

De modo que, en el contrato de arrendamiento pudieron introducirse cláusulas, obligaciones y derechos que vinculen solamente al primer arrendador y al arrendatario; cláusulas que no accedieron al Registro por carecer de trascendencia real.

Tiene, pues, especial importancia la determinación hecha de las cláusulas que como «extensión del derecho», en expresión del artículo 9 LH, debe contener la inscripción arrendaticia; como ya dijera Vallet⁵⁶ con gran acierto: «en el arrendamiento inscrito, al igual que en el usufructo o en la hipoteca, el registrador deberá distinguir lo que forme parte del contenido y configuración del derecho a inscribir, incluyendo aquellas obligaciones, verdaderamente *propter rem*, que formen parte del mismo, y separándolas de las obligaciones y pactos de carácter puramente personal que se adicionan. Para inscribir, como contenido del Derecho, solamente las primeras»⁵⁷.

El adquirente será ahora el nuevo arrendador, pero no en los términos del contrato tal y como fue concertado por los contratantes originarios, sino en los términos que publica el Registro de la Propiedad.

La oponibilidad del arrendamiento inscrito no se materializa en la subrogación del comprador en la posición contractual de arrendador, que implicaría una cesión del contrato necesitada del consentimiento del arrendatario, a no ser que viniera impuesta por ley—supuesto del artículo 57 TR de 1964, o del artículo 74 LAR—. Mientras la «subrogación legal» se produce en los términos del contrato, la «oponibilidad registral» se produce en los términos del asiento. Sin que esa oponibilidad tenga el carácter de una cesión del contrato que exija el consentimiento del arrendatario; consentimiento que, en cualquier caso, se presumirá al ser el arrendatario quien inscriba el contrato. El arrendatario no es un acreedor que pueda temer por la insolvencia del nuevo deudor, como en el caso de cualquier cesión de contrato; su derecho de crédito no se hace efectivo sobre todo el patrimonio del deudor, la inscripción con-

⁵⁶ Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio*, 1951, p. 39.

⁵⁷ Al establecer el artículo 98 LH que: «Los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derecho susceptibles de inscripción especial y separada y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal, no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley, y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada».

vierte a las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento en verdaderas obligaciones reales, que recaen sobre el inmueble con independencia de su titular; y ello no porque el derecho del arrendatario recaiga directamente sobre la cosa arrendada, sino por aplicación del principio hipotecario de especialidad ⁵⁸.

Así, no podemos entender que esa «oponibilidad» se materialice en la subrogación del comprador en la posición de arrendador, en los mismos términos en que transmitente y arrendatario concertaron el contrato de arrendamiento ⁵⁹.

Esa subrogación implicaría una cesión del contrato que necesitaría el consentimiento del arrendatario a no ser que viniera impuesta por la ley, supuesto en que la cesión se verifica *ope legis* apenas se den en concreto los presupuestos previstos por la norma, sustituyendo la voluntad del contratante cedido ⁶⁰; como era el caso de quien «sucedió al arrendador en sus derechos y obligaciones», en virtud del artículo 57 TR de 1964 ⁶¹, y sigue siéndolo del comprador de una finca con arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 –artículo 74–, o a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos –artículo 14–, si bien solamente durante el período mínimo de duración legal del contrato.

Como consecuencia del principio de oponibilidad, el adquirente de un inmueble arrendado se subroga en el arrendamiento, *con la extensión que figura en el Registro*; no se subroga en sentido estricto en el arrendamiento, sino que el arrendamiento le es oponible en los términos en que ha sido inscrito. La subrogación se produce *en los términos del contrato*, la oponibilidad se produce *en los términos del asiento* ⁶².

La oponibilidad «en la forma determinada por el asiento», en el caso del arrendamiento inscrito no equivale ni a mera tolerancia por parte del adquirente, en el sentido de que esté constreñido a tolerar o soportar el ejercicio o actuación del arrendatario, siendo exigibles al anterior dueño las obligaciones contractuales; ni a

⁵⁸ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 390.

⁵⁹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *op. cit.*, pp. 385 ss.

⁶⁰ Vid. M. ANDREOLI, *La cesión del contrato*, trad. de F. J. Osset, Madrid, E. R. D. P., 1956, p. 138; G. MARTY/P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. I, *Les sources*, 2.^a ed., París, 1988, pp. 353-354; A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. II, trad. de W. Rocas, Madrid, Reus, 1934, pp. 321-322; M. GARCÍA AMIGÓ, *La cesión del contrato en el Derecho español*, Madrid, 1964, p. 146.

⁶¹ Vid. sobre la subrogación en virtud del artículo 57 TR de 1964, M. AMORÓS GUARDIOLA, «El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación», *R. C. D. I.*, núm. 491, 1972, pp. 994 ss.

⁶² Contraposición resaltada muy acertadamente por A. Pau Pedrón, de ahí que, si la oponibilidad actúa en los términos del asiento, se elimina la posibilidad de subrogación en sentido estricto (*vid. La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, Civitas, 1995, p. 56).

subrogación total del adquirente en la primitiva relación contractual entre arrendador-transmitente y arrendatario ⁶³.

Esta «oponibilidad» que actúa en los términos del asiento, elimina precisamente la posibilidad de subrogación en sentido estricto. Los autores que restringen, con carácter general, la eficacia de la inscripción del arrendamiento, defienden la subrogación: se habla entonces de una «subrogación legal operada con el auxilio de la inscripción» ⁶⁴.

Con todo, no deja de resultar atractiva la tesis de Liver ⁶⁵ defendiendo la subsistencia de una responsabilidad del transmitente, por incumplimiento de las obligaciones por parte del adquirente, sin que por ello el arrendamiento anotado perdiera el carácter de obligación real. Todo ello fundado en una defensa del carácter obligacional y por tanto relativo del contrato de arrendamiento que, pese a su anotación en el Registro de la Propiedad, continuaría conservando.

Esa subsistencia de responsabilidad del primer-arrendador transmitente, también parece ser sostenida por Huber ⁶⁶, al decir que: «El nuevo propietario está ligado al contrato de su predecesor en la propiedad, pero los efectos de la relación contractual permanecen sin variación [...]. El propietario anterior no se libera sin más de las consecuencias de la relación de derecho. La ley prevé sólo la consecuencia de que el tercero, que ha adquirido desde la anotación un derecho real en la cosa objeto del contrato, está obligado por el contrato como el primer arrendador» ⁶⁷.

Sin embargo, estas consideraciones, que a juicio de los citados autores, tendrían base legal en el Ordenamiento suizo, no serían transportables al Derecho español. En efecto, esta subsistencia de la responsabilidad del transmitente, acompañada de la transmisión de la relación arrendaticia al nuevo adquirente, nos llevaría a una compleja relación tripartita donde sería muy difícil establecer el contenido de la relación contractual de arrendamiento, que no encontraría, por otra parte, base legal en nuestro ordenamiento jurídico.

La determinación de la naturaleza jurídica del arrendamiento constituye el presupuesto básico y el punto de partida ineludible

⁶³ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *op. cit.*, p. 386.

⁶⁴ Vid. A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, *cit.*, p. 56.

⁶⁵ Vid. P. LIVER, *loc. cit.*, p. 269.

⁶⁶ Vid. E. HUBER, *Estudio sobre la publicidad en el derecho privado*, 1919, p. 20.

⁶⁷ Esta tesis es también mantenida por H. Deschenaux, para quien, la liberación del transmitente de la relación contractual supondría atribuir a la anotación de los arrendamientos la misma importancia que la cesión pura y simple del contrato, prevista en el anterior artículo 281 bis CO. Se olvida el autor de la aplicación al arrendamiento anotado en el Registro de la Propiedad de una oponibilidad en los términos publicados por el asiento, sin tener que acudir a la subrogación legal en los términos del contrato (*vid. loc. cit.*, p. 291).

para el estudio de la inscribibilidad del contrato y del régimen jurídico del arrendamiento inscrito ⁶⁸.

En nuestro país, un análisis de las tradicionales notas distintivas de los derechos reales ⁶⁹ y de su posible aplicación al arrendamiento evidencia el carácter personal del derecho del arrendatario ⁷⁰.

Carece éste de la nota más característica de los derechos reales: la immediatividad. El arrendatario, además de tenedor de la cosa, es poseedor de su derecho, goza de la protección interdictal, encontrándose incluido en el supuesto del artículo 446 CC; pero ello no quiere decir que posea verdaderamente la cosa, o al menos que su posesión sea autónoma, es un simple mediador posesorio de su causante, un poseedor *nomine alieno*; no sólo carece del *ius possidendi*, sino también del *ius possessionis*.

No tiene acciones independientes contra las perturbaciones de derecho que afecten a la titularidad del arrendador, y en cuanto a las de mero hecho, el artículo 1560 CC sólo se explica como consecuencia del hecho de la posesión, pues todo poseedor, aunque no tenga título puede ejercitar los interdictos de retener o recobrar contra las perturbaciones o el despojo.

El arrendatario se aprovecha de la cosa gracias a la prestación continuada del arrendador, al *far godere*, conforme a la norma

⁶⁸ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *op. cit.*, pp. 76-115.

⁶⁹ Vid. sobre la problemática actual de la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito, A. GUARNERI, *Diritti reali e Diritti di crédito: valore attuale di una distinzione*, 1979, pp. 3 ss.; M. FAIRÉN, «Derechos reales y de crédito» *R. D. N.*, 1959, pp. 152-153; L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Patrimonial*, 1993, vol. 1.º, pp. 60-61; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral», *R. C. D. I.*, 1961, p. 165; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, 1973, pp. 275 ss.

⁷⁰ Sobre la polémica en torno a la naturaleza personal o real del arrendamiento en base a las tradicionales notas distintivas de los derechos reales, *vid.* FUBINI, *El contrato de arrendamiento de cosas*, 1930, pp. 54 ss.; J. VALLET DE GOYTISOLO, *La hipoteca del derecho arrendaticio*, *R. D. P.*, 1951, pp. 275 ss.; A. COSSÍO/C. RUBIO, *Tratado de arrendamientos urbanos*, 1949, t. I, pp. 481 ss.; POTHIER, *Traité du contrat de louage*, núm. 4.º, *Ouvres de Pothier*, 1861-1862, núm. 1.º; F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 3.ª ed., 1878, t. XXV, pp. 25 ss. *Vid.* E. HUBER, *Estudio sobre la publicidad en el derecho privado*, 1919, pp. 7 ss.; J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, «El esquema básico de la protección posesoria en el Código Civil español», *R. D. P.*, mayo 1995, pp. 425 ss.; R. ÁLVAREZ VIGARAY, «Introducción al estudio de la inoponibilidad», *Estudios en homenaje a J. Vallet de Goytisoló*, t. I, pp. 94 ss.; J. VALLET DE GOYTISOLO, «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», *Estudios sobre derecho de cosas*, 1973, pp. 30-31; I. SERRANO GARCÍA, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, 1975, pp. 246 ss.; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. II, vol. 2.º, pp. 120 ss.; F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, 1946, t. IV, vol. 2, p. 193; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, *cit.*, t. II, vol. 1.º, p. 77; R. M. ROCA SASTRE/L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, t. I, pp. 571 ss.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, 1905, t. X, pp. 459-460; I. NART, «Ex-arrendamientos», *ADC*, 1951, pp. 918-920; J. M. FONCILLAS, «La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad», *RCDI*, 1928, pp. 678 ss. I. NART, «Ex-arrendamientos», *ADC*, 1951, pp. 917 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1942, t. I, pp. 383 ss.; F. PUIG PEÑA, *Compendio...*, *cit.*, t. IV, p. 193.

romana de *prestandi conductori frui vel uti licere* ⁷¹. Por eso el Código Civil establece que es el arrendador el que debe: mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento (art. 1554.3.º); hace las reparaciones necesarias a fin de conservar la cosa en estado de servir al uso a que ha sido destinada (art. 1554.2.º); responder de los vicios y defectos de la cosa (art. 1553) y remover las perturbaciones de terceras personas con tal de que no sean de mero hecho (art. 1560 *sensu contrario*).

Y por ello está el arrendatario obligado a poner en conocimiento del arrendador toda perturbación (art. 1559.1.º); o la necesidad de las reparaciones (art. 1549.2.º). Todo lo cual evidencia la poca autonomía del goce del arrendatario.

En respuesta a las tesis realistas que fundan la inmediatez en preceptos como el artículo 1556 CC. que declara aplicables al arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa, cabe decir que parece más acertado entender que la obligación de garantía que la ley impone al arrendador es consecuencia lógica de su obligación de prestar al arrendatario el goce pacífico y útil de la cosa arrendada, que tratar de ver en ello una equiparación entre el contrato de arrendamiento y la compraventa que, acompañada de la entrega de la cosa, constituye un derecho real; otra cosa implicaría desconocer la teoría del título y el modo.

No es necesario, tampoco, considerar que el arrendatario adquiere un derecho real para explicar la percepción inmediata y automática de los frutos, sino que la misma puede fundamentarse en la obligación de proporcionar el disfrute ⁷².

No es tampoco admisible considerar al arrendamiento como un derecho real *in faciendo*, en el sentido de que la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada consistiría en un *facere* y no obstaría a la inmediatez del arrendatario sobre la cosa arrendada, de modo similar a que ocurriría en las servidumbres positivas (art. 533 CC) o en el censo enfiteútico (art. 1604 CC); ya que, quienes defienden la figura del derecho real *in faciendo* sostienen que el dueño de la cosa gravada no está «personalmente» obligado al *facere*, sino que es el fundo el propiamente gravado; la prestación, como incrustada en el derecho real, *ambulat cum dominio* ⁷³.

Por ello no es posible asimilar el arrendamiento a los derechos reales de goce; frente a quienes sostienen la similitud entre el goce del arrendatario y el del usufructuario es necesario destacar que el usufructuario, aun por contrato, adquiere un verdadero derecho real.

⁷¹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 79-86.

⁷² Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 82-83.

⁷³ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 86 ss.

El usufructo origina una desmembración del dominio del propietario que, al constituirlo, se desprende de su facultad de goce, de ahí que el nudo propietario sólo pueda transmitir su nuda propiedad a los sucesivos adquirentes de la cosa ⁷⁴.

El arrendatario en cambio no ha adquirido sino un derecho personal a usar o disfrutar la cosa por medio del arrendador; las facultades dominicales sobre la cosa arrendada son plenas porque en ningún caso las ha limitado; si enajena la cosa sólo incumple su contrato.

Mientras el usufructo sólo obliga al nudo propietario a «dejar gozar» al usufructuario, el arrendamiento obliga al arrendador a «hacer gozar» al arrendatario de la cosa ⁷⁵.

Tampoco goza, en principio, el arrendatario de la nota de absolutividad u oponibilidad *erga omnes* propia de los derechos reales ⁷⁶.

Nuestro Código Civil consagra el principio creado por la *Lex Emptorem* al decir en el artículo 1571 que: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Sin que la circunstancia de que el comprador conozca la existencia del arrendamiento le obligue a respetarlo; carece éste de la esencia vindicativa de los derechos reales, de su energía reipersecutoria.

No puede admitirse el argumento de que la eficacia *erga omnes* no es sino la expresión del deber general de respeto a las situaciones jurídicas ajenas, en sí predicable tanto a los derechos reales como a los de crédito, dándose la circunstancia de que en ciertas ocasiones el orden jurídico libera de su deber de respeto a determinadas personas, lo que ocurriría en el caso del adquirente de la finca arrendada según la *Lex Emptorem*; ya que no cabe identificar la oponibilidad propia de los derechos reales con el genérico *neminem laedere* ⁷⁷.

Pero el carácter personal del arrendamiento no puede fundarse en la sola inoponibilidad, ya que en los casos en que el contrato sea oponible habrá que concluir tiene carácter real; lo que sucede en caso de pacto en contrario a la subsistencia del arrendamiento, en los arrendamientos sometidos a la legislación especial anterior y a las nuevas Leyes especiales durante los cinco primeros años de duración del contrato, y en los arrendamientos inscritos.

Sin embargo, en ningún caso puede hablarse de una oponibilidad *in natura* sino que es consecuencia de una cesión del contrato

⁷⁴ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 108 ss.

⁷⁵ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 110.

⁷⁶ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 87-94.

⁷⁷ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 93-94.

en el primera caso, de la subrogación legal en el segundo y de la aplicación de algunos preceptos hipotecarios –especialmente el de la oponibilidad en los términos publicados por el asiento de inscripción– en el tercero ⁷⁸.

Por ello incurrieron en un notable error los primeros hipotecaristas y los civilistas próximos a la codificación que, identificando derecho real con derecho oponible y con base en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que expresamente señalaba: «[...] La Comisión no debe ocultarlo: en ellos se ha establecido implícitamente un verdadero derecho real [...]», establecieron una distinción sustancial entre arrendamientos no inscribibles que atribuirían un derecho personal y arrendamientos que reunieran los requisitos del artículo 2.5.º LH que generarían un derecho real ⁷⁹.

Tesis sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta tiempos relativamente recientes en que se habla de que la inscripción atribuye al arrendatario cierto «efecto real».

No parece razonable mantener esta escisión que, en todo caso, sería entre arrendamiento inscrito y no inscrito; lo que implicaría que el mismo derecho es personal en un determinado momento y real a partir de otro, en virtud de la arbitraria voluntad de quien decide inscribirlo, así como atribuir a la inscripción la virtualidad de mutar la naturaleza jurídica de un derecho ⁸⁰.

⁷⁸ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 88-90.

⁷⁹ Vid. B. OLIVER Y ESTELLER, *Derecho Inmobiliario español*, textos manuscritos para el t. II, p. 6, citado por A. PAU PEDRÓN, *La protección del Arrendamiento urbano*, 1995, p. 150; J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1925, t. I, pp. 352 ss.; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 1899, t. IV, pp. 770 ss.; J. A. COBACHO GÓMEZ, *La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil*, 1989, pp. 72-74; F. DE CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el Proyecto de Código Civil», separata de *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, t. XI, 1852, p. 377; F. DE CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, t. I, 1884, p. 195; L. GALINDO Y DE VERA/R. DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA (vid. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1880, t. I, pp. 455-456); F. BERAUD/M. LEZÓN FERNÁNDEZ, *Tratado de derecho inmobiliario*, 1927, t. I, pp. 190 ss.; BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho hipotecario y notarial*, 1910, t. I, pp. 21-22; C. LÓPEZ DE HARO, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, 1918, pp. 17 ss.; F. CAMPUZANO Y HORMA, *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecarias*, 1925, pp. 134 ss.; L. MORENO Y GIL DE BORJA, *Novísima Legislación hipotecaria de España*, 3.ª ed., 1879, pp. 141 ss.; D. DE MORATÓ, *El Derecho civil español*, 1868, t. II, p. 420; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, *cit.* t. III, p. 12; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, 1909, t. XXIV, pp. 300 ss.; D. DE BUEN, *Derecho civil español común*, 1922, pp. 486 ss.; C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 1937, t. III, p. 465; L. G. ARANGO Y CANGA, «Hipoteca del arrendamiento de inmuebles», *R. C. D. I.*, 1948, pp. 561-562; L. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, 1944, t. II, undécima revisión por H. Lehmann, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PÉREZ GONZÁLEZ/J. ALGUER, 1.ª ed., p. 324; J. M. BLOCH, «Arrendamiento de inmuebles», *R. C. D. I.*, 1948, núms. 243-244, pp. 506 ss.

⁸⁰ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 95 ss.

Más coherente es la postura de quienes sostienen, como Vallet, que el arrendamiento es oponible en sí, si bien la falta de inscripción supone una amortiguación de sus efectos reales, ya que, si el arrendamiento inscrito puede adquirir una oponibilidad de la que, en principio, carecía, es porque puede tenerla; porque era un derecho real débil o mal configurado pero capaz de recibir fuerza por la inscripción.

Pero de ser así, el arrendamiento no inscrito sólo sufriría la misma ineficacia que los demás derechos reales no inscritos sufren frente al tercer adquirente registral, lo que no sucede en absoluto ⁸¹.

Tampoco entendemos razonable la opinión de A. Pau Pedrón ⁸², que no considera indispensable determinar la naturaleza jurídica del arrendamiento a efectos de establecer el régimen jurídico del arrendamiento inscrito y termina por considerarlo un derecho «hipotecariamente real».

Con todo, la posición del arrendamiento en el Registro de la Propiedad es peculiar, habiendo sido calificado como un «audaz polización» en el conjunto que integran los verdaderos derechos reales.

No se incluye entre los derechos reales enumerados expresamente en el artículo 2.2.º LH, ni entre los «otros cualesquiera reales» de ese mismo número; tampoco se identifica con otras situaciones personales que tienen acceso al Registro –como las sentencias de incapacitación o el retorno arrendaticio–; acaso su régimen sea similar al del derecho de opción cuando se configura como derecho personal ⁸³.

No resultan tampoco coherente pensar que en la mente del legislador hipotecario estuviera –pese a considerar que se había establecido un derecho real– dotar al arrendamiento del mismo régimen hipotecario que a los demás derechos reales inscritos; una observación más meditada de las palabras de la Comisión acusa una falta de convicción a favor de la naturaleza real del derecho del arrendatario.

Se hace necesaria en consecuencia una cuidadosa labor de deslinde entre aquellos preceptos que dentro de la Ley Hipotecaria van referidos a los derechos reales en cuanto derechos oponibles y que serán aplicables también al arrendamiento y aquellos otros que son de aplicación exclusiva a los derechos reales ⁸⁴.

Más dudosa era la naturaleza del arrendamiento en las Leyes especiales ⁸⁵, que imponían la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario una vez concluido el término contractual (art. 57 TR, de 24 de diciembre de 1964, y art. 74 LAR,

⁸¹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 99.

⁸² Vid. A. PAU PEDRÓN, «La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles», *B. C. R. E.*, núm. 1.º, 1995, p. 8.

⁸³ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 101.

⁸⁴ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 333.

⁸⁵ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 110 ss.

de 31 de diciembre de 1980), así como la subrogación legal del adquirente de la finca arrendada en la posición de arrendador, originando una permanencia de la situación arrendaticia difícilmente conciliable con la naturaleza personal de un derecho y dotando al arrendatario de una publicidad legal mucho más protectora que la que el Registro de la Propiedad le podía proporcionar.

Con todo, la legislación especial nunca decretó la perpetuidad; el TR de 1964 imponía un tiempo indefinido y la LAR fijaba, en todo caso, un tiempo más o menos prolongado; además, la estabilidad no implica inherencia ni dota al arrendatario de inmediatez.

Tampoco la atribución de los derechos de adquisición preferente al arrendatario alteran, pese a su carácter real, la naturaleza del derecho de arrendamiento; y, en cualquier caso, la polémica ya no tiene cabida ⁸⁶.

En Suiza, el derecho arrendaticio tiene también naturaleza personal, y su constancia registral no lo convierte en un derecho de naturaleza real ⁸⁷.

Sin embargo, un autor de tanta trascendencia en el ámbito de los Derechos reales y del Derecho inmobiliario registral en particular, para el Derecho suizo, como E. Huber ⁸⁸, entiende que en virtud de las previsiones del ZGB y del CO, «el arrendamiento puede ser hecho eficaz frente a cualquier propietario, *si se le reviste de fuerza real*».

Si bien, estima que sería ir más allá del efecto real, previsto en la ley, pensar que toda relación jurídica de arrendamiento así anotado encierra un carácter real.

Más bien continúa siendo una relación del derecho de obligaciones, y se hace real sólo en cuanto el arrendatario puede hacer valer los derechos constituidos mediante un contrato contra cualquier adquirente posterior de derechos reales en la cosa, quedando aquél igualmente obligado frente a éste en los efectos del contrato. Habría, por consiguiente, sólo una «parte pequeña de *realidad*» ⁸⁹.

III. REGULACIÓN EN EL DERECHO AUSTRÍACO

1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA REGISTRAL AUSTRÍACO

De gran similitud con el sistema suizo, se encuentra regulado en el ABGB, y en la Ley federal sobre el Registro de la Propiedad,

⁸⁶ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 113.

⁸⁷ En opinión de E. Huber, en el caso del arrendamiento «nos encontramos frente a una relación personal, puesto que no afectará a un sujeto distinto del arrendador el contrato celebrado entre éste y el arrendatario» (*vid. Estudios sobre la publicidad en el derecho privado...*, *cit.*, p. 18).

⁸⁸ Vid. E. HUBER, *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado...*, *cit.*, pp. 18 ss.

⁸⁹ Vid. E. HUBER, *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado...*, *cit.*, p. 20.

GBG (Grundbuchgesetz) de 25 de julio de 1871, actualizada por la vigente de 2 de febrero de 1955, que complementa al Código Civil, no sólo en lo que pudiera denominarse técnica y procedimiento registral, sino en algunos aspectos sustantivos.

Las dos disposiciones citadas constituyen el Derecho común, de aplicación general sobre la materia, pero no puede olvidarse la existencia de algunas particularidades existentes en los distintos *Länder*, derivadas del carácter federal de la República austríaca ⁹⁰.

El sistema austríaco, aunque tiene bastante en común con el suizo, y –por el carácter constitutivo de la inscripción–, parece remitirnos o reflejarnos un sistema germánico, la impresión que inmediatamente se advierte al conocerlo, es que se trata de un sistema original y de gran perfección ⁹¹, digno quizá de figurar como sistema tipo, como lo pueden ser el francés o el australiano ⁹².

Sus características esenciales son las siguientes:

1.º INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

El § 431 *ABGB* dice: «Para la adquisición de la propiedad inmueble tiene que inscribirse el negocio de adquisición en los libros públicos, determinados a este efecto». El § 4 *GBG* recoge el mismo principio, al decir que: «la adquisición, transmisión, limitación y extinción de los derechos registrales sólo se obtiene mediante su inscripción en el Registro (Libro Mayor)» ⁹³.

2.º SISTEMA CAUSAL Y NO ABSTRACTO

Los documentos inscribibles deben contener una causa o fundamento válido del derecho (§ 26 *GBG*). No basta indicar, *p. ej.*, que la propiedad ha sido transferida a otro, sino que tiene que indicarse el título de la adquisición (compra, permuta, donación, etc.). Solamente para la cancelación de derechos inscritos se prescinde de la indicación del fundamento de Derecho, que, sin embargo, en la práctica también se menciona ⁹⁴.

⁹⁰ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Austria», *R. C. D. I.*, núms. 428-429, 1964, p. 2.

⁹¹ Vid. R. B. SCHLESINGER/H. W. BAADER/M. R. DAMASKA/P. E. HERZOG, *Comparative law...*, cit., p. 685.

⁹² Vid. J. LÓPEZ MEDEL, «Sentido social de las instituciones inmobiliario-registrales de la propiedad en Austria», *R. D. P.*, núm. XLVII, 1963, p. 229.

⁹³ Señalan C. Álvarez Romero/J. López Medel, que se exceptúan los supuestos de adquisiciones a título hereditario, por expropiación forzosa, adjudicaciones judiciales y accesión (vid. «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, pp. 3 y 4). En el mismo sentido, vid. A. MANZANO SOLANO, *Derecho Registral...*, cit., t. I, pp. 150-160.

⁹⁴ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 17.

3.º RIGE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

El primero lo constituye el acuerdo de transmitir, que por sí sólo no produce más que un acto obligacional. Para la constitución de un derecho real se necesita que ese acuerdo se complete con el modo que es la inscripción en el Registro ⁹⁵.

4.º SISTEMA DE *NUMERUS CLAUSUS*

Existe una lista cerrada de derechos reales inscribibles; tales serían los derechos de propiedad, hipoteca, servidumbres, cargas reales y el derecho de superficie, además de los derechos de tanteo y opción y el derecho de arrendamiento, previstos en el § 9 *ABGB*.

5.º USUCAPIÓN TABULAR: LA INSCRIPCIÓN LLEVA CONSIGO LA POSESIÓN

El § 441 *ABGB* dice: «Tan pronto como los documentos sobre el derecho de propiedad se inscriben en los libros del Registro, entra el nuevo propietario en la posesión jurídica». De aquí deriva la figura de la usucapión tabular, típica del sistema austríaco, en la que sólo se tiene en cuenta la inscripción y el transcurso del plazo ⁹⁶.

6.º FE PÚBLICA REGISTRAL

Los derechos adquiridos por terceras personas confiadas en el Registro no pueden ser impugnados aunque exista nulidad, falsedad del título o vicio del consentimiento, si el tercero adquirió de buena fe. No rige la distinción entre adquirentes a título oneroso y gratuito, pues ambos son protegidos ⁹⁷.

Para que la fe pública proteja plenamente al tercero sólo se requieren dos circunstancias: una de carácter objetivo, consistente en que del propio Registro no resulte su inexactitud ni se haya anotado demanda de impugnación; otra de carácter subjetivo, que atañe a la buena fe del tercero ⁹⁸.

7.º TRACTO SUCESIVO

En virtud de este principio, sólo puede practicar su inscripción en el Registro quien traiga causa del titular registral. A los efectos

⁹⁵ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 6.

⁹⁶ Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 412.

⁹⁷ Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 412.

⁹⁸ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, pp. 6-7.

de facilitar la mecánica registral, se permite al tracto abreviado, mediante aseveración de las titularidades intermedias. Regulan esta materia los §§ 21 a 25 *GBG* ⁹⁹.

8.º SISTEMA DE FOLIO REAL Y ESPECIALIDAD

El Registro se lleva por fincas, que constituyen la base del mismo. Los derechos de garantía deben expresar con concreción la suma que garanticen y sus intereses ¹⁰⁰. La inscripción de un derecho en copropiedad habrá de expresar en cuotas determinadas, en relación con el todo, la parte que corresponda a cada copropietario (§ 13 *GBG*) ¹⁰¹.

9.º PRIORIDAD POR EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN EN EL LIBRO DIARIO Y REGULACIÓN DEL RANGO, QUE SE CONFIGURA COMO NEGOCIABLE, ADMITIÉNDOSE SU ALTERACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS Y DEL PROPIETARIO DE LA FINCA (§ 30 *GBG*)

10.º COORDINACIÓN PERFECTA ENTRE REGISTRO Y CATASTRO ¹⁰²

11.º LLEVANZA DEL REGISTRO POR FUNCIONARIOS JUDICIALES, QUE REALIZAN UNA CALIFICACIÓN SOBRE FORMA Y EL FONDO

12.º ADMISIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS, CON FIRMAS LEGITIMADAS

Los documentos privados, precisamente por su carácter están sujetos a requisitos más rigurosos, precisando el reconocimiento judicial o notarial de las firmas de las personas cuyos derechos se transmiten, limiten, graven o cancelen (§§ 26 y 27 *GBG*) ¹⁰³.

Esta admisión de documentos privados puede entenderse por la distinta reglamentación, concepto y selección del Notariado en Austria ¹⁰⁴.

En este punto existe una clara diferenciación con el Ordenamiento registral español, que se ha manifestado de manera

⁹⁹ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 7.

¹⁰⁰ Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 412.

¹⁰¹ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 7.

¹⁰² Vid. A. MANZANO SOLANO, *Derecho Registral...*, *cit.*, t. I, p. 161.

¹⁰³ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, pp. 18-19.

¹⁰⁴ Vid. J. LÓPEZ MEDEL, «Sentido social...», *loc. cit.*, p. 235.

muy particular, recientemente en el ámbito del arrendamiento, dadas las peculiaridades de su régimen formal¹⁰⁵.

En efecto, cuestión muy debatida recientemente es la del acceso al Registro de los contratos privados de arrendamiento. Pese a que alguna enmienda a la DA 2.^a del Proyecto de 30 de diciembre de 1992 proponía la adición de un segundo párrafo al artículo 3 LH para hacer inscribibles los arrendamientos que constasen en documento privado, lo cierto es que –por fortuna– no se modificó el artículo 3 LH, en cuya virtud sólo son títulos formales para la inscripción los que consten en documento público notarial, judicial o administrativo.

Sin embargo, el párrafo segundo de la DA 2.^a LAU, al establecer, en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de la ley, una previsión de desarrollo reglamentario de los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad, suscitó profundos –y acaso muy justificados temores– por parte de algunos autores que veían en esta previsión legal una puerta abierta para que en el desarrollo reglamentario se diera entrada en el Registro a los contratos de arrendamiento consignados en documento privado, sin más o con legitimación notarial de firmas¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Vid. A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, 1934, t. I, trad. de W. ROCES, pp. 168 ss.; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. MARTÍN PÉREZ, s/d., pp. 98 ss.; F. C. C. CARNELUTTI, *Sistema del Diritto procesuale civile*, 1938, t. II, pp. 175 ss.; R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp., 1895, t. II, núm. 7, pp. 9 ss.; A. SANTORO-PASSARELLI, «Atto o forma del negozio giuridico». *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, 1988, pp. 729 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de derecho privado* 1948, t. I, pp. 85 ss.; F. C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*. Trad. J. MESÍA-M. POLEY, t. II, 2.^a ed., s. d., capítulo III, § CXXX, pp. 289 ss.; F. HERNÁNDEZ GIL, *Introducción del Derecho hipotecario*, 1963, pp. 4 ss.; TAYLOR VON MEHREN/J. GORDLEY (vid. *The Civil Law system*, 2.^a ed., 1977, pp. 894 ss.; F. DE CASTRO/Y BRAVO, *El negocio jurídico*, 1985, pp. 278-279; K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, versión española de J. SANTOS BRIZ, 1958, t. I, pp. 92 ss.); R. NÚÑEZ LAGOS, «Hechos y derechos en el documento público», en *Estudios de Derecho notarial*, 1986, t. I, pp. 489-490; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil...*, cit. t. II, vol. 2.^o, p. 145; A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil, Parte general; obligaciones y contratos*, 1988, pp. 26 ss.; J. L. DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, pp. 393 ss.; J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, reimpression de la 1.^a ed., 1992, pp. 31 ss.). L. F. REGLERO CAMPOS, «Comentario a los arts. 1278-1280 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XVII, vol. 1.^o, B, pp. 681-682.

¹⁰⁶ Vid. J. M. CHICO Y ORTIZ, «El arrendamiento urbano y el Registro de la Propiedad», *Gazeta de los Notarios*, núm. 63, 1994, p. 5; J. J. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos...*, cit., p. 890; J. RAMS ALBESA, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, cit., p. 639; J. León Castro/M. de Cossío, señalan «suponemos y nos tememos que en el correspondiente desarrollo reglamentario del número 5.^o del artículo 2 LH se consagre el acceso al Registro del arrendamiento en documento privado, multiplicándose de ese modo los problemas y la gravedad de los mismos con semejante solución» (vid. *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1995, p. 541); en parecidos términos decía M. E. Fraile, que: «De momento», la única forma posible de que los contratos accedan al Registro de la Propiedad es que esos contratos se otorguen en escritura pública, salvo

No faltando quienes consideraron que ésta es la única manera de hacer factible la inscripción arrendaticia ya que, a fin de evitar los gastos derivados del otorgamiento de la escritura, a cargo del arrendatario (art. 1555.3.º CC), la mayoría de estos contratos se extienden en documento privado ¹⁰⁷.

que esa "pretendida reglamentación" conlleve la modificación del artículo 3 de la Ley Hipotecaria y del artículo 33 de su Reglamento» (*vid. Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por F. PANTALEÓN PRIETO, 1995, p. 416). En el mismo sentido, *vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por BERCOVITZ, 1995, p. 687; J. RAMS ALBESA, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, *cit.*, p. 641; N. DÍAZ MENDEZ/E. LEGIDO LÓPEZ/ M. A. LOMBARDÍA DEL POZO, *Visión judicial...*, *cit.*, pp. 164 y 166; J. J. Marín López, quien, sin embargo encontraba a favor de la inscripción por documento privado los siguientes argumentos:

1.º La mayor agilidad en la práctica de las inscripciones y el abaratamiento de costes.

2.º La remisión de la DA 2.ª LAU al reglamento en orden a la regulación de los «requisitos de acceso» de los arrendamientos al Registro, lo que permite entender que el Gobierno está habilitado para exigir una forma de documentación distinta de la del artículo 3 LH, pues difícilmente puede negarse que la expresión empleada en la LAU comprende, incluso primariamente, la propia forma de documentación del contrato.

3.º El hecho comprobado de que el artículo 3 LH no regula una materia absolutamente reservada a la ley en la que no sea posible intervención reglamentaria; lo demuestran preceptos como los artículos 15, 208 ó 216 RH, que permiten, sin claro soporte en la LH o en cualquier otra norma con rango de ley, el acceso al Registro de documentos privados. Merced a lo que, en la propia materia arrendaticia, el artículo 15 RH no ha sido tachado seriamente de ilegal por permitir, sin cobertura legal y frente a lo dispuesto en el artículo 3 LH que esa constancia proceda de documento privado.

Termina el autor señalando que, en su opinión, los argumentos contrarios a que el desarrollo reglamentario prevea la inscripción de los arrendamientos por documento privado son tan válidos como los favorables; correspondiendo al Gobierno decidir sobre la base de un criterio de oportunidad, si esa posibilidad debe o no ser admitida. Si así fuera los documentos privados de arrendamiento deberían contar con la legitimación notarial de las firmas de los intervinientes (*vid. Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, *cit.*, pp. 891-892).

¹⁰⁷ *Vid. M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valencia, 1994, p. 379). En el mismo sentido, *vid. J. V. FUENTES LOJO, Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, 1995, p. 206; T. Torres García entiende que el número dos de la disposición adicional segunda —que establece un plazo de nueve meses para el desarrollo reglamentario de los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad— puede tener por finalidad establecer una vía intermedia que respetando el rigor formal que requiere la calificación registral no convierta en utopía el acceso al Registro, añadiendo a las excepciones de los artículos 147, 155 y 208 RH, la del arrendamiento de bienes inmuebles, considerando al documento privado fehaciente título para inscribir (*vid. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1994, p. 590). Señalando A. Parra Martín que «se anuncia, no obstante lo que parece que va a permitir evitar la escritura pública para practicar la inscripción registral». Y, como si la exigencia de titulación pública para practicar inscripciones lejos de constituir garantía inigualable de autenticidad registral y base de actuación de los principios hipotecarios, fuera un estorbo que entorpeciera la verdadera eficacia de las inscripciones añade: «de momento, de poco sirve el nuevo artículo 37, que establece que las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento. Por ahora no basta el otorgamiento por escrito para la práctica de la inscripción. Pero el precepto parece indicio de

No hubiera sido admisible que esta habilitación legal se materialice en suprimir la exigencia de escritura pública; a ello se opondría la literalidad del artículo 3 LH que no podría, en ningún caso, ser derogado por una disposición de inferior rango, máxime cuando se desestimaron los intentos de modificación del artículo 3 LH por una norma de rango legal.

Si existen algunas excepciones a la exigencia de titulación pública, tienen un carácter abiertamente excepcional y —a juicio de la mayoría de la doctrina hipotecarista— no existen verdaderamente en el asiento de inscripción.

En efecto, en lo referente a la admisión de documentos privados en el Registro prevista en algún precepto del RH, debe señalarse que en ningún caso se permite el acceso de documentos privados mediante el asiento de inscripción, siendo evidentes las diferencias en relación con los efectos hipotecarios existentes entre el asiento de inscripción y todos los demás.

No pueden compararse, pues, estos aislados casos previstos en el RH y sus consecuencias —en especial la constancia del derecho de retorno que accede al Registro por nota marginal y cuyos efectos son muy limitados—¹⁰⁸ con las que tendría la inscripción del contrato de arrendamiento¹⁰⁹.

que el legislador piensa en breve autorizar el acceso registral de los contratos de arrendamiento, otorgados en documento distinto de la escritura pública» (*vid. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *cit.*, p. 468). En el mismo sentido, entienden D. Lozano Romeral/J. de Fuentes Bardaji, que, a tenor de la DA 2.ª LAU, se habilita al Gobierno para excepcionar los requisitos de inscribibilidad de los títulos hoy contenidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria (*vid. Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos urbanos*, 1994, p. 58). Idea que también parece estar en la mente de A. la Chica al señalar que «es de esperar que estos requisitos [de acceso de los arrendamientos al Registro establecidos por el desarrollo reglamentario a la DA 2.ª] no lleguen a hacer muy restringido el acceso, puesto que esto dejaría sin sentido la modificación del artículo 2.5.ª LH» (*vid. Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos comentada*, 1995, p. 207). J. J. Marín López, pese a haber expuesto argumentaciones en pro y en contra, del documento privado y resaltar que hay tantos argumentos en favor como en contra concluye afirmando que «el mantenimiento de la titulación pública para la inscripción de los arrendamientos es la solución más óptima, pues abrir la puerta a los concertados en documento privado no sólo supone privar a estos contratos de la garantía que siempre propicia la intervención notarial, cubierta de un modo muy parcial e insuficiente por el trámite de legitimación de firmas, sino que, además, se presta a confabulaciones de todo tipo (*p. ej.*, postdatación de la fecha del contrato), difícilmente controlables (*vid. Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, *cit.*, p. 896). J. LEÓN CASTRO/M. DE COSSÍO, *Arrendamientos urbanos...*, *cit.*, p. 542.

¹⁰⁸ *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 260 ss.

¹⁰⁹ *Vid.* E. J. PÉREZ POLO, «Los arrendamientos urbanos. Comentario de su nueva normativa», *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 172, 1995, p. 1340. Señala J. L. Lacruz Berdejo, que la exigencia general de documento público contenida en el artículo 3 LH, tiene algunas excepciones: así, en materia de inscripciones (aparte del art. 298 LH, que no constituye excepción propiamente dicha, pues no se trata de títulos inscribibles, sino de documentos puentes o auxiliares, y a lo sumo —el núm 10— de documento privado incorporado a acta de notoriedad) existe la posibilidad

Tampoco podría haberse admitido la legitimación notarial de firmas en los contratos privados de arrendamiento, pues siguen siendo documentos privados los así intervenidos; además, conforme a nuestra legislación notarial, en ningún caso es posible legitimar firmas en estos contratos, pues es un supuesto expresamente prohibido por el artículo 258 RN, que sólo admite dicha legitimación de firmas en los documentos que no estén comprendidos en el artículo 1280 CC o en otra norma legal que exija la escritura pública como requisito de existencia o eficacia.

En este sentido, son plenamente aplicables las valiosas conclusiones obtenidas por A. Rodríguez Adrados ¹¹⁰ en su estudio de la naturaleza documental de la póliza intervenida, estableciendo que: La póliza intervenida no es un documento unitario, sino que resulta de la yuxtaposición de dos documentos distintos: la póliza de los

de inscribir los cuadernos particionales formados por comisarios o contadores partidores [art. 80.1.a) RH]. En cierto modo constituye también excepción la instancia –documento privado– del heredero único, en la cual se haga relación de bienes cuando no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, y consten los bienes inscritos a nombre del causante (arts. 14.3.º y 16 LH, y 79, 80,1 y concordantes del RH). Sólo hasta cierto punto es excepción porque título sigue siendo el testamento o declaración de herederos, y la descripción de los bienes se hará tal como conste registralmente hecha a nombre del causante; la instancia, pues, con relación de bienes, en último análisis, no pasa de ser un documento auxiliar o complementario.

En materia de anotaciones la anotación preventiva del crédito refaccionario puede practicarse en virtud de contrato privado que conste por escrito (arts. 59 LH y 155 RH).

En materia de cancelaciones pueden considerarse excepciones las contenidas en los artículos 156 LH, 208 y 238 RH; por lo demás, los documentos complementarios pueden ser privados. Si bien, concluye el autor, se trata siempre de supuestos excepcionales que carecen de una especial significación (*vid. Elementos, cit.*, t. III bis, p. 289). En parecidos términos, señalan R. M. Roca Sastre/L. Roca-Sastre Muncunill, que en materia de inscripciones puede afirmarse que, en rigor, no existe excepción alguna a la regla de exigencia de titulación pública. En materia de anotaciones preventivas, añaden que en el caso de las anotaciones de legados (arts. 147 y 148 RH), así como en las a favor de los acreedores en casos de adjudicaciones para pago de deudas (art. 172 RH), no hay tal excepción, pues las solicitudes privadas en que se piden aquéllas, se apoyan, respectivamente, en testamentos, en escritura pública o sentencia en que se consignan los créditos (*vid. Derecho hipotecario...*, *cit.*, t. I, pp. 451-454). En parecidos términos se manifiesta J. M. CHICO y ORTIZ, *vid. Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, 1994, pp. 500-502. La exigencia general de titulación pública como garantía de legalidad y veracidad del Registro es también consignada por M. Peña BERNALDO DE QUIRÓS (*vid. Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed. 1986, p. 542); M. Villares Picó entendió que los documentos privados podían ser objeto de asiento de presentación, pues ningún precepto los excluye expresamente; con lo que, la inscripción que se practicase cuando fuesen elevados a públicos, gozaría de la prioridad que le correspondería a aquel asiento (*vid. «El documento privado...»*, *loc. cit.*, pp. 420 ss.); en contra se ha manifestado la mayoría de la doctrina hipotecaria, así como la *STS de 17 de febrero de 1955*, que admite el asiento de presentación sólo en los supuestos excepcionales en que las disposiciones legales les atribuyen eficacia registral; las *SSTS de 24 de mayo de 1982* y *20 de octubre de 1976*, que han declarado que los títulos inscribibles son únicamente los del artículo 3 LH, ninguno de los cuales es documento privado.

¹¹⁰ Vid. A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «Naturaleza documental de la póliza intervenida», *L. L.*, marzo 1995, p. 49).

contratantes y su intervención por el Corredor. La póliza es un documento contractual, con las declaraciones y firmas de las partes: el Corredor es ajeno a la póliza, al menos *ex officio*; la póliza es, pues, un puro documento privado.

La intervención es otro documento que se adiciona a la póliza, cuando ésta ya está perfeccionada y firmada. Las partes, a su vez, son ajenas a la intervención de su póliza, que se limitan a solicitar, pero sin tener en ella actuación alguna: ni declaran nada, ni firman nada; sus declaraciones y sus firmas están ya en la póliza y no se reiteran. El contenido fundamental de la intervención es la declaración del Corredor colegiado de que se ha asegurado la legitimidad de las firmas de la póliza, de la identidad de los firmantes, y de su capacidad legal para contratar. La intervención es, por tanto, un documento público probatorio de esos tres extremos del documento adicionado, de la póliza; no puede ser nunca documento público dispositivo porque las declaraciones y firmas de los contratantes no están en él, en la intervención, sino en la póliza.

Póliza e intervención no se funden, ni deben confundirse. En virtud de su intervención, la póliza ha dejado de ser un puro y simple documento privado, pasando a ser un *documento privado intervenido*. La principal consecuencia de esa legitimación es la concesión a la póliza de efectos ejecutivos ¹¹¹.

Con total claridad se manifiesta acertadamente la Circular núm. 1/95 de la Junta de Decanos, Madrid, enero 1995, pp. 14-15, que termina con las siguientes conclusiones:

1.º El artículo 3 LH exige para el acceso de los arrendamientos anteriores o posteriores a la nueva LAU la escritura pública, por lo que todos habrán de constar en esta última, surgiendo la correspondiente acción (art. 1279) para exigir su otorgamiento entre partes. Parece evidente que donde hay acción para exigir la elevación a escritura pública hay prohibición para legitimar notarialmente la firma (art. 258 RN).

2.º El artículo 258 del RN prohíbe legitimar firmas en documento privado de arrendamiento de inmuebles.

¹¹¹ Señalando de modo concluyente L. Díez PICAZO: «El documento intervenido, privado en su origen, privado continúa siendo» (*vid.* «Fe Pública y documento privado», en *La Fe Pública*, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado, 1994, p. 218). En contra, y con escasos fundamentos, V. Domingo González, señalando que la actuación fedataria del Corredor en la póliza intervenida no puede equipararse a una legitimación notarial de firmas, ya que la intervención no puede separarse del otorgamiento de la póliza por las partes. Para afirmar, en base a ello, la naturaleza de documento público de la póliza intervenida por Corredor de Comercio (*vid.* «La función notarial de los Corredores de Comercio colegiados», *L. L.*, 12 y 13 de octubre de 1995, p. 25).

3.º El artículo 214 del RN sí permite, en cambio, la mera protocolización con los limitados efectos de simple conservación y autenticidad de la fecha. Pero habrá que advertir expresamente que no adquiere valor de escritura pública ni, por tanto, en lo que ahora interesa, es título adecuado para la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

Permitir el acceso de documentos privado, de arrendamiento hubiera producido perniciosas consecuencias sobre la seguridad del sistema inmobiliario al dispensar a los documentos que llegan al Registro del control de legalidad realizado por el Notario que no puede sustituirse, sin más, por la calificación registral, propiciando todo tipo de falsedades documentales ¹¹².

Si es evidente, en nuestro Derecho, que la inscripción del arrendamiento en condiciones normales de acceso al Registro, *ex* artículo 3 LH no puede producir los mismos efectos que la inscripción de los Derechos reales, ¿qué valor puede tener la inscripción de un arrendamiento cuyo título formal es un documento privado?, ¿cómo defender la actuación de los principios de inoponibilidad de lo no inscrito, prioridad o algunos aspectos de la legitimación registral sin una verdadera garantía de control de legalidad? En estas condiciones sí sería inútil la inscripción del contrato.

El tardío desarrollo reglamentario por RD 297/1996, de 23 de febrero, que regula las condiciones de acceso al Registro de los arrendamientos sujetos a la LAU, produciendo una absurda bifurcación entre estos últimos –que se rigen por el RD– y los demás contratos –que se regirán por las reglas generales de nuestro sistema hipotecario–, resultado que es fruto de la previa incorrección que supone modificar la LH mediante la LAU, ha tenido sin embargo la fortuna de seguir exigiendo titulación pública para el ingreso en el Registro (art. 2), estableciendo como medida mucho más lógica para fomentar la inscripción arrendaticia una rebaja del 25 por 100 en los aranceles registrales y notariales, que lamentablemente sólo se refiere a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación del RD y cuya generalización a todos los arrendamientos inscribibles sería muy deseable ¹¹³.

2. CARACTERES ESENCIALES DE LA REGULACIÓN DEL MIETVERTRAG Y DEL PÄCHTVERTRAG Y SU INSCRIPCIÓN EN EL GRUNDBUCH

El *ABGB* regula el arrendamiento después del concepto de contratos de «larga duración» –*Bestandvertrag*–, configurándolo

¹¹² *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 176.

¹¹³ *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 178.

como la cesión del uso de una cosa a cambio de un precio (§ 1.090 *ABGB*)¹¹⁴.

Sigue el Derecho austríaco, la tendencia de la pandectística decimonónica a distinguir, entre los dos subtipos de *locatio rerum*, el *Miet* y el *Pächt*; ambos comprendidos bajo la denominación común de *Bestand*¹¹⁵.

Mieter –arrendamiento de uso, equivalente a nuestro arrendamiento de cosas y arrendamiento urbano, ya que puede recaer sobre cosa mueble o inmueble– y *Pächter* –arrendamiento de uso y disfrute, equivalente a nuestro arrendamiento rústico–¹¹⁶.

Así pues, *Mieter* será la cesión remunerada de una cosa mueble o inmueble para su uso; y *Pächter* será la cesión remunerada de una cosa inmueble fructífera para su uso y disfrute¹¹⁷.

Conforme al § 1.091 *ABGB*, existe *Miet* cuando la cosa sea susceptible de uso sin necesidad de actividad alguna por parte del arrendatario; mientras que, existe *Pächt*, cuando sólo por medio de la diligencia y el trabajo puede ser utilizada¹¹⁸.

Se establece en el Código austríaco, una regulación del contrato bastante próxima a la nuestra: el arrendador está obligado a entregar la cosa y mantenerla en estado de servir al uso a que ha sido destinada (§ 1.096 *ABGB*)¹¹⁹; son también semejantes a nuestro derecho las obligaciones del arrendatario, así como la regulación en materia de conservación y mejoras¹²⁰, renta¹²¹, transmisión del contrato (§ 1.098 *ABGB*)¹²², riesgos¹²³, causas de extinción¹²⁴, etc.

Si bien, y precisamente por su carácter de contrato de larga duración, la nota de temporalidad no aparece tan claramente definida como en nuestro ordenamiento jurídico en el que tradicionalmente se ha venido considerando como elemento característico del

¹¹⁴ Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Fünfter Band, §§ 1.090-1.092*, 1954, pp. 6-25.

¹¹⁵ Vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. de C. FADDA/E. BENZA, t. II, vol. 2.º, 1904, p. 136.

¹¹⁶ Entiende B. Windscheid que frente a las opiniones que entienden que el criterio distintivo entre *Miet* y *Pächt*, es subjetivo y consiste en la diversa amplitud del derecho de goce conferido al arrendatario, hay *Miet* cuando el objeto arrendado es un inmueble urbano, en tanto que hay *Pächt*, por el contrario, cuando el objeto del contrato consiste en *beni rustici* (vid. *Diritto delle pandette...*, cit., t. II, vol. 2.º, p. 136).

¹¹⁷ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, t. I, 1985, p. 323.

¹¹⁸ Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 26.

¹¹⁹ Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, pp. 40-41.

¹²⁰ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Recht...*, cit., t. I, pp. 330 ss.

¹²¹ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, pp. 333 ss.

¹²² Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, pp. 51-62.

¹²³ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 336.

¹²⁴ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, pp. 336 ss.

contrato de arrendamiento, junto a su carácter consensual, bilateral, y conmutativo, su temporalidad ¹²⁵.

De hecho, el elemento tiempo se convirtió históricamente en la clave de distinción entre el arrendamiento y otros derechos reales; incluso dentro del contrato de arrendamiento la llamada *locatio ad longum tempus* tuvo la consideración de derecho real, transmitiendo el dominio útil.

El Código Civil introduce el «tiempo determinado» al definir en contrato de arrendamiento de cosas en el artículo 1543 ^{126, 127}; el artículo 1565 establece la conclusión del arriendo el día *prefijado*, sin necesidad de requerimiento, requisito éste preciso en los demás casos; los artículos 1566 y 1567 recogen y aplican la doctrina de la tácita reconducción, que sólo nos interesa en este momento en cuanto complemento de la temporalidad que el Código atribuye al contrato de arrendamiento ¹²⁸.

Si bien hay que entender la exigencia del tiempo determinado en el sentido de que sea el arrendamiento temporal y no perpetuo,

¹²⁵ Sobre la temporalidad del arrendamiento y su tratamiento doctrinal, *vid.* FUBINI, *op. cit.*, pp. 334-336. J. M. Manresa y Navarro señala que el arrendamiento es, por su naturaleza, temporal; de ahí que el Código al definir el de cosas en el artículo 1543 haya tenido en cuenta la noción del tiempo (*vid. Comentarios...*, *cit.*, t. X, p. 410). Para Q. Mucius Scaevola el requisito del tiempo determinado o cierto constituye un elemento connatural del arrendamiento; de modo que la temporalidad es condición para la existencia de aquel (*vid. Código civil...*, *cit.*, t. XXIV, p. 414). Señala A. Trabucchi que la concesión *temporal* del goce de una cosa a cambio de un precio constituye un tipo de contrato de frecuente aplicación en la práctica y que se conoce tradicionalmente con el nombre de locación-arrendamiento (*localizzazione-conduzione; locatio-conductio*) (*vid. Instituciones de Derecho civil*, t. II, p. 295).

¹²⁶ El artículo 1709 del Código francés habla de tiempo cierto y determinado.

¹²⁷ Para J. M. Manresa y Navarro hubiera sido mejor sustituir las palabras «por tiempo determinado», por la de «temporalmente», que hubiera respondido mejor a las necesidades de la práctica (*vid. Comentarios...*, *cit.*, t. X, p. 411).

¹²⁸ Para J. M. Manresa y Navarro la tácita reconducción es un nuevo contrato de arrendamiento que se celebra en virtud del consentimiento tácito que se manifiesta en virtud de la permanencia en el disfrute durante el tiempo señalado –15 días– del arrendatario, y mediante la aquiescencia en ese mismo período del arrendador; siempre que no haya mediado requerimiento. El principal efecto de la tácita reconducción sería para el autor, la creación de un nuevo contrato de arrendamiento, lo que la diferencia de la prórroga legal o voluntaria del arrendamiento. Las relaciones jurídicas creadas por la tácita reconducción se regirán por lo pactado en el contrato que a la reconducción da lugar, por ser esta lo verdaderamente querido por los contratantes. Este nuevo contrato tendrá la duración determinada en los artículos 1577 y 1581 (*vid. Comentarios...*, *cit.*, t. X, pp. 548-560). Para A. Cossío/C. Rubio: «Si el arrendatario, después de haber expirado el término del contrato, continúa en la posesión sin que a ello se oponga el arrendador se tendrá por revocado el arrendamiento, que será en este caso regido, en lo que a su duración se refiere, por los preceptos relativos a los que fueron concertados sin determinación de tiempo (*vid. Tratado...*, *cit.* t. I, p. 368); Para Q. Mucius Scaevola tácita reconducción es un nombre de tradición jurídica antigua, que, etimológicamente, equivale a volver a arrendar, pues uno de los modos de designarse el arrendamiento en otros tiempos era el de conducción, llamándose *conductor* al arrendatario; y *actio conducti*, una de las concedidas para hacer efectivos los derechos y obligaciones estipulados con el arrendador (*vid. Código civil...*, *cit.*, t. XXIV, pp. 589-595).

ya que el propio Código admite el supuesto en que no se pacta tiempo determinado, como los demuestran los artículos 1577 y 1581 ¹²⁹, al establecer reglas sobre la duración del contrato para aquellos casos en los que las partes no hayan fijado plazo ¹³⁰.

Adentrándonos en el régimen jurídico del contrato en el Derecho austríaco, nos interesa especialmente la relación del tenedor de la cosa (*Bestandnehmer*) con los terceros. El arrendatario tiene derecho a la posesión de la cosa y puede proceder en esta cualidad contra los terceros con acciones semejantes a nuestros interdictos de retener y recobrar ¹³¹.

Existe, además alguna opinión doctrinal que atribuye al arrendatario acciones de naturaleza real, más allá de las puramente interdictales ¹³².

Tal consideración estaría basada en el hecho de que el propietario de la cosa no puede, durante el término de duración de la relación de arrendamiento, reclamarla al arrendatario; ya que en el arrendamiento de inmuebles el derecho de uso corresponde al arrendatario. Siendo la posición del arrendador semejante a la del propietario de una cosa mueble ignorada, que no puede reclamarla ¹³³.

¹²⁹ La Compilación navarra, en su ley 589, 1.º, dispone que: «A falta de pacto, se entenderá que el plazo de duración del contrato es igual a la unidad de tiempo a que corresponda la retribución fijada».

¹³⁰ Vid. Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, cit., t. XXIV, p. 27; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. II, vol. 2.º, p. 125. Para Fubini las hipótesis de los artículos 1577 y 1581 no constituyen arrendamientos a los que le falta un elemento esencial o cuya duración sea indeterminada, sino que deben estimarse como contratos en los que las partes se han remitido al plazo legal, que en el caso del primer artículo *se entenderá por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos*, y si es de tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, *se entienden por tantos años cuantas sean éstas*; mientras que si no se hubiese fijado plazo en el arrendamiento urbano, el segundo de los artículos citados señala *que se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario* (vid. op. cit., p. 348). Para J. Castán Tobeñas/J. Calvillo de Arenaza, es de esencia en el contrato de arrendamiento la duración temporal, si bien también es connatural al contrato ser una relación jurídica permanente, duradera o de tracto sucesivo; la duración temporal sería incompatible con la perpetuidad del arrendamiento, pero no con la indefinición del día del vencimiento del plazo contractual (vid. *Tratado práctico...*, cit. t. II, p. 198). L. Díez Picazo señala que el significado de la exigencia temporal del 1543 debe entenderse en el sentido de rechazar el arrendamiento a perpetuidad claramente, pero no obliga a que se haga constar necesariamente la duración del contrato (vid. *Sistema...*, cit., t. II, p. 363). Para M. R. Valpuesta Fernández el artículo 1543 CC, excluye la posibilidad de que el arrendamiento sea a perpetuidad o con vigencia indefinida; en caso de que no hay sido dispuesto nada al respecto será de aplicación el artículo 1581 CC (vid. *Derecho de obligaciones y contratos*, 1994, p. 618).

¹³¹ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 342.

¹³² Vid. A. PATHY, *Der possessorische Schutz gegenüber Eigenmächtigkeiten eines Miteigentümers*, J. B. I., 1978, p. 341, cit. por H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, t. II, 1985, p. 81.

¹³³ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. II, p. 82.

Además la jurisprudencia, en alguna sentencia, otorga al arrendatario, junto a las acciones posesorias contra perturbaciones de hecho, una acción *quasi-negatorische* ¹³⁴.

Con todo, tampoco puede hablarse de una admisión generalizada de la atribución al arrendatario de acciones reales directas contra perturbaciones de derecho, fuera del ámbito registral ¹³⁵.

Esta posición se defiende con mucha mayor claridad en nuestro ordenamiento jurídico ¹³⁶, en el cual el arrendamiento no inscrito no goza de prioridad frente a ningún otro derecho, ni es oponible a nadie más allá del ámbito de actuación del artículo 1257 CC; el arrendador puede imponer sobre la cosa un derecho real incompatible con el disfrute del arrendatario y éste no podrá, en ningún caso, prevalerse de acción real alguna, para utilizar su derecho de exclusión, contra el titular real posterior; el contrato se resolverá y el arrendatario sólo tendrá acción personal, por incumplimiento contractual, contra el arrendador que gravó ¹³⁷.

En el Derecho austríaco rige, como regla general, la regla *Kauf die Miete bricht*, en los § 1.120 ¹³⁸ y 1.121 ¹³⁹ *ABGB*.

El primero establece que el propietario del inmueble arrendado puede vender la cosa y entregarla al nuevo adquirente, siempre que el derecho arrendaticio no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad conforme al § 1.095 *ABGB*, pudiendo el comprador desahuciar al arrendatario tras el debido preaviso para desalojar el inmueble.

En este caso el arrendatario tiene derecho a reclamar del arrendador la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, y a la percepción, en su caso, de los frutos pendientes.

El segundo establece también para las enajenaciones de carácter forzoso, el derecho del adjudicatario a que finalice el arriendo vigente al verificarse la enajenación, con la excepción de que se haya inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

Por la compra, el arrendamiento se convierte o puede convertirse en un contrato por tiempo determinado, con posibilidad de resolu-

¹³⁴ Cf. *Klage nach § 372 Dazu in Bd II S 35 f.*

¹³⁵ Vid. H. KOZIO/LR. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 343.

¹³⁶ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 356 ss.

¹³⁷ A excepción de los arrendamientos aun sujetos a prórrogas forzosas, o durante el período legal mínimo de duración del contrato, en las leyes especiales.

¹³⁸ «*Hat der Eigentümer das Bestandstück an einen Andern veräußert, und ihm bereits übergeben; so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§ 1.095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtigt, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden, und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugung zu fordern.*».

¹³⁹ «*Bei einer zwangsweisen gerichtlichen Veräußerung ist das Bestandrecht, wenn es in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, gleich einer Dienstbarkeit zu behandeln. Hat der Ersteher das Bestandrecht nicht zu übernehmen, so muß ihm der Bestandnehmer nach gehöriger Aufkündigung weichen.*».

ción legítima antes del transcurso del plazo de duración pactada. Lo cual no significa abandonar su concepción como contrato «de larga duración»; ya que es una relación jurídica intermedia –la venta– la que provoca la resolución del contrato anticipadamente ¹⁴⁰.

No se modifica, pues, la concepción del contrato de arrendamiento como *Bestandvertrag*, la venta sólo supone un incumplimiento contractual, y el arrendatario podrá exigir del arrendador la correspondiente indemnización.

Sin embargo, la regla *Kauf die Miet bricht* no rige de manera absoluta; en principio, y en virtud del principio de relatividad del contrato, el arrendatario no ostenta ningún derecho hacia el adquirente, pero cabe la posibilidad de que éste asuma la relación arrendaticia –en virtud de pacto expreso para dejar sin efecto el principio de resolución del contrato en caso de venta, o en virtud de la aceptación posterior del contrato por parte del adquirente– ^{141, 142}.

Puede también, el contrato ser oponible, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad –*Grundbuch*–.

Conforme al § 9 *GBG*: «En el Registro de la Propiedad sólo pueden inscribirse derechos reales y cargas, además de los derechos de retracto y opción, así como el derecho de arrendamiento».

El contrato de arrendamiento se inscribe en el Registro de la Propiedad, en el mismo folio donde esté inscrito el inmueble, gravándolo ¹⁴³.

Señalando el § 1.095 *ABGB*, que si el contrato de arrendamiento –en sus dos variantes– estuviera inscrito en los Registros públicos, deberá considerarse el derecho del arrendatario como un derecho real cuyo ejercicio por el tiempo que quede no podrá impedirse ni aun por quien suceda en la posesión ¹⁴⁴.

En el documento en cuya virtud se realiza la inscripción debe determinarse exactamente el objeto del contrato, la duración del mismo ¹⁴⁵ y la remuneración pactada ¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 343.

¹⁴¹ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 343.

¹⁴² En las leyes especiales se invierte la regla *Kauf die Miete bricht*, pero con una regulación más sana que la establecida en nuestra anterior legislación especial (vid. § 2.1 M. R. G.).

¹⁴³ Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 344.

¹⁴⁴ «Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Rechts des Bestandnehmers als ein diglinches Rechts zu betrachten, welches sich auch der nachfolgenden Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß».

¹⁴⁵ En virtud de la precisión temporal del § 1095, *ABGB*, «welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß», ha entendido la jurisprudencia que es inadmisibles un arrendamiento indefinido o sin plazo señalado. Vid. O. G. H. in S. Z. 32/124; S. Z. 33/68; En el mismo sentido se han manifestado A. DENGLE, *Der Bestandvertrag auf unbestimmte Dauer im Grundbuch*, (El contrato de duración indeterminada en el Registro de la Propiedad), N. Z., 1950, p. 56); Señalando H. KLAN/F. GSCHNITZER, que conforme al § 4 *GBG*., es esencial la determinación del tiempo de los contratos. Vid. *Kommentar...*, cit., t. V, p. 37.

¹⁴⁶ Vid. H. KLANG/ F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 37.

De manera semejante, en nuestro país, las circunstancias de la inscripción serán, las generales de los artículos 9 LH y 51 RH y las especiales procedentes. Si bien, como la arrendaticia será «posterior inscripción» y en virtud del artículo 51 RH, las circunstancias referentes a la naturaleza, situación, medida superficial y nombre de la finca, no se repetirán, ya que constarán en la primera inscripción.

Concretamente, la inscripción puede expresar: el importe de la renta, si ésta consiste en dinero o en frutos, el tiempo y forma de pago, el uso al que debe destinarse la cosa y demás limitaciones que consten en el contrato –*p. ej.*, la prohibición de subarrendar–, la duración, el pacto de prórroga o reconducción.

En caso de que el arrendamiento sea otorgado por el titular de un derecho real limitado deberá hacerse constar esta circunstancia, así como que el derecho del arrendatario se extinguirá al término del derecho del arrendador ¹⁴⁷.

El *ABGB*, no exige el consentimiento del arrendador para la inscripción, pudiéndose realizar por la sola iniciativa del arrendatario; pero del *GBG* se deduce que sería necesario tal consentimiento ¹⁴⁸.

En nuestro país, rigen para el arrendamiento las reglas generales sobre legitimación para pedir la inscripción, de acuerdo con el principio de rogación; así, podrá solicitarla tanto el arrendador como el arrendatario, por sí o por sus representantes legales o voluntarios. Si bien lo normal es que lo haga éste último incluso sin conocimiento o intervención del arrendador, ya que ha desaparecido la necesidad de convenio expreso para la inscripción, a diferencia de lo que ocurría con la redacción anterior del artículo 2.5 LH ¹⁴⁹.

El Derecho austríaco permite también la inscripción de los derechos derivados del contrato de arrendamiento –subarriendos y cesiones arrendaticias–, requiriéndose siempre el consentimiento del arrendador; de manera que deberá denegarse la inscripción de las cesiones o traspasos de los derechos arrendaticios sin consentimiento del arrendador ¹⁵⁰.

No está permitida, en cambio, la inscripción de una prórroga del tiempo de duración del contrato; siendo necesario practicar una nueva inscripción que no conservará el rango de la primera, viniendo

¹⁴⁷ Vid. *La inscripción del derecho de arrendamiento...*, cit., pp. 349-352.

¹⁴⁸ Vid. H. KLANG/ F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 37.

¹⁴⁹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 331-333.

¹⁵⁰ Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

do determinada la prioridad del nuevo asiento por la fecha de la segunda inscripción del contrato prorrogado ¹⁵¹.

También en nuestro Ordenamiento junto a la inscripción del contrato de arrendamiento es necesario tener en cuenta la de los subarriendos, cesiones y subrogaciones arrendaticias. Si en el Código Civil puede admitirse como regla general la transmisibilidad de la posición contractual del arrendatario mediante el subarriendo –si no hay prohibición expresa– o la cesión –si hay consentimiento del arrendador–, no sucede lo mismo en las leyes especiales; si bien la nueva LAU mantiene un criterio más permisivo para los arrendamientos de uso distinto al de la vivienda; restringiéndose mucho, en cambio, los supuestos de subrogación legal, ante la notoria reducción de las derivadas del régimen de prórrogas forzosas.

La trascendencia práctica de estas figuras radica en la consideración del derecho del arrendatario como un derecho con valor patrimonial autónomo y susceptible de comercio; lo que ocurre en los supuestos de arrendamiento de local de negocio o de industria, ámbito en el que tendrán repercusión estas inscripciones, que requieren la concurrencia de dos requisitos: la previa inscripción del arrendamiento –para la inscripción de la retrocesión se exige también la previa inscripción de la cesión– y que no figuren inscritas prohibiciones de subarrendar, ceder o subrogar. Su efecto principal es hacer gozar al titular de tales derecho o facultades de la oponibilidad registral.

La regulación normativa de la inscripción de los subarriendos, cesiones y subrogaciones arrendaticias ha pasado a adquirir rango legal a partir de la reforma que en el artículo 2.5.º de la LH se ha producido por la LAU de 24 de noviembre de 1994. Con anterioridad dicha inscripción se hallaba regulada en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 ¹⁵².

Los reglamentos de 21 de junio de 1861 ¹⁵³ y 29 de octubre de 1870 ¹⁵⁴ consagraron en su artículo 5 que los subarriendos, cesiones,

¹⁵¹ Vid. H. KLANG/ F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

¹⁵² Todavía vigente, aunque salvo en la referencia a las retrocesiones constituye una reduplicación del artículo 2.5.º LH, conforme al cual: «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo 5.º del artículo 2 de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso».

¹⁵³ El Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861 estableció en su artículo 5: «Lo dispuesto en los párrafos 5.º y 6.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria respecto a la inscripción de los contratos de arrendamiento será aplicable también a los subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de arrendamientos siempre que tengan las circunstancias expresadas en dichos párrafos, pero debiendo hacerse, en tales casos, no una inscripción nueva, sino un asiento de nota marginal a la inscripción que ya estuviere hecha del arrendamiento primitivo».

¹⁵⁴ El artículo 5 sufrió una modificación con el RH de 29 de octubre de 1870, para acomodarlo a la modificación que del artículo 2.5.º LH se había hecho por la Ley de 1969, en el sentido de refundir los núms. 5.º y 6.º del artículo 2 LH referentes a la inscripción del arrendamiento en un sólo núm. 5.º, permaneciendo por lo demás invariable.

subrogaciones y retrocesiones no fueran objeto de inscripción sino que sólo ocasionaran una nota al margen de la inscripción arrendaticia; del mismo modo, mientras las retrocesiones se inscribían en todo caso, los subarriendos, cesiones y subrogaciones debían reunir los requisitos del artículo 2.5.º LH para ser inscribibles.

Esto equivalía a declarar tales actos inscribibles, ya cuando así lo estipulasen expresamente los interesados, ya cuando se constituyesen por más de seis años, ya cuando se anticipasen las rentas de tres o más años.

El precepto recibió la crítica de la mayoría de los hipotecaristas de la época, que consideraron que hubiera sido más fácil y claro establecer que una vez inscrito el arrendamiento, serían inscribibles los actos de cesión, subrogación o retrocesión de este derecho, sin traspasar, no obstante, en caso alguno, los límites del arriendo primitivo.

Coinciden también estos autores en que si bien es lógico exigir para los subarriendos, cesiones y subrogaciones arrendaticios los mismos requisitos que para la inscripción, no ocurre igual en el caso de las retrocesiones, ya que éstas, por su propia naturaleza de readquisición de lo cedido, deberían considerarse inscribibles, aun cuando no concurren en ellas ninguna de las circunstancias exigidas para la inscripción de los arrendamientos, puesto que esa retrocesión viene a ser la cancelación de la cesión, e inscrita ésta no puede negarse al arrendatario el derecho de hacer constar en el Registro su extinción ¹⁵⁵.

Salvando tales críticas, el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915, que regula la constancia registral de subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones en su artículo 20 ¹⁵⁶ no somete a las retrocesiones a tales requisitos.

¹⁵⁵ Vid. J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación hipotecaria...*, cit., t. I, p. 388. En el mismo sentido se manifiestan F. BERAUD/M. LEZÓN FERNÁNDEZ, *vid. Tratado de Derecho inmobiliario...*, cit., t. I, p. 192. Ejemplificando más su argumentación de que ninguna de las circunstancias del artículo 2.5.º LH debe exigirse a la inscripción de las retrocesiones nos exponen L. Galindo y de Vera/R. de la Escosura y Escosura el caso de un arrendatario que cede a otro el arriendo hecho por siete años, y a los cuatro le hace retrocesión dejando sin efecto la cesión; aquélla no tiene tiempo determinado, por no ser más que la anulación del contrato anterior, y si se sostuviera que al retrocederse se vuelven a ceder los tres años que faltan, como no son más que tres, no debería inscribirse y resultaría en el Registro, como vigente, un contrato revocado; con derechos una persona que los había perdido, y engañado el que contratase con él, fiándose en la publicidad que la Ley proclama como indispensable. Lo mismo ha de decirse de la falta de pacto expreso en la retrocesión, por parecer contrario al espíritu de la Ley Hipotecaria excluir del Registro el contrato de retrocesión, cuya inscripción no se pacta expresamente, porque no se comprende cómo estando inscrita la cesión, no puede el retrocesionario hacer constar la cancelación de aquel contrato, si no ha precavido pactarlo expresamente, ya que la causa eficiente de la cancelación no nace de este pacto accesorio, sino del principal en el que convinieron los interesados en dejar sin efecto la cesión otorgada (*vid. Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. I, p. 459).

¹⁵⁶ Señalando este precepto que: «Lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 2 de la ley respecto a la inscripción de los contratos de arriendo, serán también aplicable a

También establece, como modificación respecto a la legislación anterior, que el asiento adecuado para los subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones arrendaticias es la inscripción.

En cualquier caso hoy resulta superflua la referencia que el artículo 13 RH hace al cumplimiento de las circunstancias expresadas en el artículo 2.5.º LH, ya que, si ninguna circunstancia se exige para inscribir los arrendamientos ninguna se exigirá para inscribir estos actos.

Desapareciendo por consiguiente la diferencia de trato entre subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones.

La inscripción de subarriendos, cesiones y subrogaciones exige la concurrencia de dos requisitos:

1.º Previa inscripción del arrendamiento a que se refiera ya que, aunque no se trate de un caso de derecho real inscrito, es necesario cumplir el principio hipotecario de tracto sucesivo (art. 20 LH) ¹⁵⁷.

La falta de este requisito puede suplirse, en el caso de cesión, si concurre a ella el arrendatario y consiente ¹⁵⁸.

Para la inscripción de la retrocesión se exige la previa inscripción, tanto del arrendamiento como de la cesión ¹⁵⁹, ya que, si sólo se exigiese la inscripción del arrendamiento se prescindiría del tracto sucesivo y se llegaría al absurdo de que el derecho que publicaría la retrocesión sería el mismo que ya publicaba el arrendamiento inscrito ¹⁶⁰.

los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento, siempre que tengan las circunstancias expresadas en dicho párrafo y *las retrocesiones en todo caso*»

¹⁵⁷ Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 535. En contra, señala J. Rams Albesa que no debe entenderse necesariamente que para la inscripción de los subarriendos y cesiones del derecho arrendaticio expresa y singularmente autorizadas por el arrendador, se deba de partir de la previa inscripción del arrendamiento, ya que el tracto sucesivo no tiene un perfil específico para los derechos de naturaleza personal, aunque en el título en que se reflejen las nuevas posiciones deberán intervenir como partes, el propietario y el arrendador primitivo. Si se requiere la inscripción del arrendamiento inicial cuando no se requiere la intervención del propietario, aunque deberá constar que se le ha notificado fehacientemente el nuevo contrato de disfrute personal, así como el cumplimiento de las demás circunstancias previstas en el título y recogidas en la inscripción (participación en el precio de traspaso; incremento, en su caso, en la renta inicial o en la resultante, etc.) (vid. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1995, p. 646).

¹⁵⁸ Tal es la opinión de B. Oliver y Esteller, al afirmar que «la inscripción de éstos [subarriendos, cesiones y subrogaciones] supone la del contrato primitivo. Pero si éste no lo ha sido, podrá inscribirse la cesión del arrendamiento cuando a ella concurra también el dueño y acepte al cesionario en lugar del primer arrendatario, eximiéndole de todas las obligaciones, porque entonces produce un nuevo arrendamiento» (vid. *Derecho inmobiliario español*, textos manuscritos para el t. II, p. 6, citado por A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 147).

¹⁵⁹ En contra se manifiesta I. de Casso Romero, que considera suficiente la previa inscripción del arrendamiento (vid. *Derecho hipotecario...*, cit., p. 367).

¹⁶⁰ Vid. A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 152.

La inscripción de la retrocesión no está prevista en el artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria, pero su admisión –y como tal inscripción¹⁶¹– se encuentra en el artículo 13 RH.

2.º Que no figuren inscritas prohibiciones de subarrendar, ceder o subrogar¹⁶², si bien hay que tener en cuenta en el ámbito de la LAU, para los arrendamientos de vivienda que «son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario [...] las normas [...]» (art. 6); por tanto no cabe que en este ámbito se establezcan las referidas prohibiciones.

Con la nueva redacción del artículo 2.5.º LH ya no es necesario que los subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones se celebren por seis o más años o se anticipen las rentas de tres o más, o exista convenio expreso para que se inscriban¹⁶³; siendo inscribibles en todo caso si cumplen los dos requisitos expuestos.

La inscripción se practicará por medio de la correspondiente escritura pública en que estos actos se otorguen; en los casos de subrogación y cesión el necesario consentimiento del arrendador debe figurar en la misma escritura de subrogación o cesión o en otra separada¹⁶⁴.

Las circunstancias de los asientos de inscripción, serán las indicadas respecto de las inscripciones de arrendamiento, y las especiales que imponga la índole del acto inscribible¹⁶⁵.

El efecto principal de la inscripción es hacer gozar al titular de tales derechos o facultades de la oponibilidad registral¹⁶⁶. Su falta

¹⁶¹ Buena parte de la doctrina hipotecaria considera que la retrocesión es un acto extintivo y que por tanto no debería causar un asiento de inscripción sino de cancelación. Vid. J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria...*, cit., t. I, p. 454; F. BERAUD/M. LEZÓN FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho inmobiliario...*, cit., t. I, p. 192. Para R. M. Roca Sastre, «se trata de un verdadero caso de extinción de una inscripción de la cesión» (vid. *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 536). Para A. Pau Pedrón, esta opinión no es acertada, ya que la retrocesión no extingue el derecho de arrendamiento, que subsiste en el arrendatario primitivo, sino sólo la titularidad del cesionario (vid. *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 152).

¹⁶² Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 536.

¹⁶³ La existencia de alguna de esas circunstancias era requisito exigido por la totalidad de los hipotecaristas para estas inscripciones. F. Campuzano y Horma, considera que esa exigencia era justificada para los subarriendos, porque son arrendamientos establecidos sobre el primer arrendamiento y es justo y lógico que se les apliquen los mismos preceptos. Pero no sucede lo mismo con la cesión y la subrogación, que no se pueden llamar nuevos arrendamientos, sino modificaciones del arriendo ya inscrito, y, por lo tanto, implican modificaciones de un derecho real que ya consta en el Registro y que, en todo caso, deberían tener acceso al mismo para que no se rompiera el paralelismo entre éste y la realidad (vid. *Legislación hipotecaria*, 1942, t. II, p. 199).

¹⁶⁴ Vid. F. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, t. XX, vol. 1.º, 1980, p. 195.

¹⁶⁵ Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 537.

¹⁶⁶ La protección registral de la cesión fue puesta de manifiesto por B. Oliver y Esteller al señalar que: «Creemos que el arrendamiento, una vez inscrito, convierte en real el derecho personal del arrendatario, y por consiguiente deben inscribirse todos los

hará que el derecho no sea oponible a tercero; el adquirente posterior del inmueble podrá ignorar el derecho cedido aunque el arrendamiento conste en el Registro de la Propiedad como vigente, por no coincidir el titular registral con el titular civil ¹⁶⁷.

Para precisar el régimen registral de las prórrogas arrendaticias en nuestro Derecho, es necesario distinguir entre prórroga expresa y tácita del contrato ¹⁶⁸. En relación con las primeras, sólo vinculan a terceros si acceden al Registro antes que los títulos de dichos terceros, con independencia del momento en que se hubieran pactado. La previsión inicial de prórroga tácita en el contrato de arrendamiento no hace oponible esa prórroga frente a tercero; sería necesario que dejase de ser tácita y figurase ya inscrita cuando el tercero accede a él para que le perjudicase. Tampoco puede producir efectos frente a terceros la tácita reconducción ¹⁶⁹.

Vemos, pues, como en Austria el Registro de la Propiedad permite un refuerzo de los contratos de arrendamiento mediante su inscripción, viniendo a derogar la regla establecida con carácter general en el § 1.120 ABGB ¹⁷⁰. Admitiéndose con carácter general que el derecho de arrendamiento, de naturaleza personal, se transforma en real desde el momento en que ingresa en el Registro ¹⁷¹.

actos por los que éste se desprende de semejante derecho, a fin de que el arrendador no pueda perjudicar por una segunda cesión al primer cesionario» (vid. Derecho inmobiliario español, textos manuscritos para el t. II, p. 6, citado por A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 150).

¹⁶⁷ Para A. Pau Pedrón, en el caso del subarriendo, la falta de inscripción beneficia al cesionario posterior del arrendamiento (que podrá ignorarlo *ex art.* 32 LH), pero no afecta al adquirente posterior del inmueble (porque el subarriendo no implica un gravamen directo del inmueble (lo que excluye la aplicación del art. 32 LH). Además, el subarriendo no perjudica civilmente al arrendador; no produce efectos contrarios a sus intereses. Sus únicos efectos son favorables a él: el arrendatario continúa respondiendo del cumplimiento del contrato (art. 1550 CC), está obligado al uso y conservación de la cosa arrendada conforme al contrato de arrendamiento (art. 1551), actúa como garante de las deudas que el arrendatario hubiera contraído frente al arrendador (art. 1552) (vid. *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 148 y nota 168).

¹⁶⁸ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 504 ss.

¹⁶⁹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., p. 505.

¹⁷⁰ Vid. H. Klang/F. Gschnitzer, para quienes tal efecto de la inscripción es conforme a la justicia y unánimemente admitido por la doctrina. Planteándose, en cambio, y dado que el ABGB no exige un período mínimo de duración del contrato para que éste sea susceptible de ser inscrito en el Registro de la Propiedad, si lo que es criterio de justicia para el arrendamiento de larga duración –la derogación del principio «*Kaut bricht Miete*»–, lo es también para los concertados por módico tiempo (*Kommentar...*, cit., t. V, p. 38).

¹⁷¹ Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», loc. cit., p. 26; Señalando H. KOZIOL/R. WELSER, que, en el caso de arrendamiento inscrito, el nuevo propietario no conserva ningún derecho de resolución del contrato –*ex & 1120 ABGG*–, convirtiéndose el arrendamiento en una carga que grava el inmueble de modo similar a una servidumbre –*ex § 1.121 ABGB*– (*Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 344). En el mismo sentido se manifiesta J. M. GARCÍA GARCÍA, vid. *Derecho inmobiliario...*, cit., t. I, p. 412.

De modo que una vez inscrito gozaría de todos los efectos que la inscripción otorga a los derechos reales, aplicándose todos los principios hipotecarios¹⁷², en perfecta coherencia con nuestra idea preliminar según la cual la naturaleza jurídica del arrendamiento determina los efectos de su inscripción. Aunque se parta de la teoría, ya superada en nuestro Derecho, de que la inscripción puede cambiar la naturaleza de un derecho.

En coherencia con esta concepción, la constancia registral posibilita al arrendatario la utilización de las acciones reales pertinentes en defensa de su derecho inscrito¹⁷³.

Posiblemente la mayor rigidez del sistema hipotecario en este ordenamiento jurídico impide un trato tan sutil como el que necesita el régimen jurídico de un derecho que, inscrito en el Registro, conserve su naturaleza personal.

En ambos criterios: conversión de derecho personal a derecho real como consecuencia de la inscripción y, subsiguientemente, aplicación del régimen hipotecario de una manera íntegra en sus principios y efectos al arrendamiento, nuestro Ordenamiento difiere profundamente del austríaco.

Hemos visto cómo podemos defender con reiterados argumentos la naturaleza personal del arrendamiento, aun inscrito, y precisamente la naturaleza personal de este derecho hace que sea necesario establecer grandes diferencias de régimen hipotecario entre el arrendamiento y los derechos reales que acceden al Registro de la Propiedad.

En nuestro Derecho son plenamente aplicables al arrendamiento inscrito, si bien con alguna matización, los principios de oponibilidad, prioridad, especialidad y tracto sucesivo¹⁷⁴.

El efecto principal de la inscripción del arrendamiento es dotar al contrato de la oponibilidad propia de los derechos reales, siendo aplicable al arrendamiento inscrito lo dispuesto en los artículos 32 LH y 606 CC, que, en la concepción dualista del tercero hipotecario, manifestación del principio de inoponibilidad de lo no inscrito y no del de fe pública registral¹⁷⁵.

Los autores monistas en la concepción del tercero hipotecario, al establecer una unión indisoluble entre la fe pública, la oponibilidad y la legitimación, se ven obligados a entender aplicables al arrendamiento, íntegramente, los principios de fe pública y legiti-

¹⁷² Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

¹⁷³ Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

¹⁷⁴ Vid. el desarrollo detallado de la aplicación de estos principios hipotecarios al arrendamiento y sus particularidades en el Derecho español en nuestro trabajo «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 333-471.

¹⁷⁵ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 361 ss.

mación si quieren afirmar que el Registro dota al arrendamiento de una oponibilidad de la que carece en el ámbito extrarregistral (tesis sostenida por Pau Pedrón); o bien, ante la racional negativa al arrendatario de la fe pública registral y la legitimación en todas sus manifestaciones, tienen que negarle también la oponibilidad en los términos del asiento (tesis de Roca Sastre, que tiene que negar que la inscripción sea asiento adecuado para la constancia registral del arrendamiento y acudir a una artificiosa construcción –una subrogación legal fundada en la inscripción– para explicar la oponibilidad del arrendamiento inscrito) ¹⁷⁶.

El necesario deslinde de los efectos hipotecarios de un derecho personal puede constituir un nuevo argumento en pro de las tesis dualistas o de la defensa autónoma del principio de oponibilidad ¹⁷⁷.

Este principio debe complementarse con el de prioridad registral. Ambos actuarán en unos casos como preferencia excluyente, cerrando el Registro –caso de tratarse de derechos incompatibles, como el uso, la habitación, el arrendamiento posterior (salvo en el caso del subarriendo), ciertas servidumbres o el usufructo (cuando el usufructuario pretenda disfrutar directamente la cosa arrendada)– y en otros como superioridad de rango entre derechos compatibles ¹⁷⁸.

Entre estos últimos el supuesto de mayor repercusión es el de la enajenación de la cosa arrendada; si la relación arrendaticia se mueve en el ámbito extrarregistral, el arrendamiento no afectará al adquirente (art. 1571 CC, regla general); tratándose de finca inmatriculada y arrendamiento inscrito que preceda registralmente a un cambio de propiedad, el adquirente se verá afectado por el arrendamiento (art. 1571 CC, segunda excepción, 1549 CC y 32 LH); se ha puesto en duda, en cambio, si en el supuesto de que el inmueble esté inmatriculado y el arrendamiento no esté inscrito, el conocimiento extrarregistral del arrendamiento que pueda tener el adquirente le obliga a respetar ese derecho; es decir, si debe exigirse buena fe al tercero para ser protegido por la inoponibilidad registral ¹⁷⁹.

Desde las tesis dualistas también se exige buena fe al tercero del artículo 32, pero no se identifica con la que se exige en el artículo 34 para la actuación de la fe pública registral; el primero requiere buena fe-falta de fraude y el segundo buena fe-desconocimiento.

Sólo en caso de fraude podría entonces privarse al tercero que inscribe de la falta de oponibilidad del arrendamiento no inscrito. Los autores monistas, en cambio, se plantean la posibilidad de que

¹⁷⁶ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 363 ss.

¹⁷⁷ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 370.

¹⁷⁸ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 377.

¹⁷⁹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 381 ss.

exista, en este caso, tercero hipotecario del artículo 34, por el carácter manifiesto que en algunos casos puede tener la publicidad posesoria del arrendamiento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, aun desde esta perspectiva, que en los arrendamientos de fincas rústicas, la exteriorización posesoria del disfrute de una tierra ajena, no indica el título en virtud del cual se realiza el disfrute, pudiendo incluso inexistir título; en los arrendamientos urbanos para uso distinto de la vivienda no se exige que el inmueble esté ocupado y la existencia de ocupantes puede ser ocultada o desfigurada por el transmitente; por otra parte, en las modernas e impersonales formas de contratación no es imprescindible que el adquirente observe *in situ* el inmueble adquirido, siendo suficiente un diligente estudio de la titularidad y situación de cargas del inmueble que proporcionará el Registro, donde no consta el arrendamiento ¹⁸⁰.

La nueva LAU distingue entre enajenación de la vivienda arrendada y enajenación de finca con arrendamiento para uso distinto al de la vivienda. En el primer caso, dispone el artículo 14 que el adquirente quede subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 LH; más allá de ese plazo, el adquirente quedará subrogado salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 LH. Cabe que las partes pacten que la enajenación de la vivienda extinga el arrendamiento, en cuyo caso el adquirente sólo deberá soportarlo los cinco primeros años ¹⁸¹.

En el segundo caso la regulación del artículo 29 LAU es similar a la expuesta, salvo en lo referente a la obligación de soportar el arrendamiento durante los cinco primeros años. La regulación de la LAU en esta materia no puede ser más desafortunada: establece como regla general la subsistencia del arrendamiento frente a los cambios en la titularidad del inmueble arrendado cuando la relación se mueve en el ámbito extrarregistral, en una injustificada inversión de la regla establecida por el Código Civil, coherente con la naturaleza personal del arrendamiento; proclama asimismo la continuidad legal, en todo caso, del arrendamiento, con independencia de su constancia registral, en los cinco primeros años, lo cual merece todas las críticas que con anterioridad se hacían al artículo 57 TR de 1964 únicamente mitigadas por la menor duración temporal; establece como excepción a lo que la Ley parece considerar

¹⁸⁰ *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 383-384.

¹⁸¹ *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 391 ss.

«oponibilidad natural» del arrendamiento, el que el adquirente, más allá de los cinco primeros años, sea tercero del artículo 34 LH, cuando estamos ante un supuesto de oponibilidad y no de fe pública registral; la existencia de este tercero, por otra parte, se ve agravada con la protección registral de los derechos de adquisición preferente del arrendatario, injustificadamente subsistentes (el art. 25.5 LAU impone, para inscribir en el Registro los títulos de venta de viviendas arrendadas, la justificación de la práctica de las notificaciones oportunas para el ejercicio de los derechos de tanto y retracto o, en su caso, declaración de que la vivienda no está arrendada).

Mucho se ha empeñado la LAU, con su defectuosa regulación y pese a sus loables propósitos, en hacer inútil la inscripción arrendaticia; cabe, pese a todo, que exista tercero hipotecario, porque el arrendador pudo incurrir en delito de falsedad en documento público ocultando la situación arrendaticia de la finca; se admite el pacto por el que se renuncia a los derechos de tanteo y retracto en los contratos de más de cinco años; existen supuestos en los que no se atribuyen los derechos de adquisición preferente (art. 25.7 LAU); no es necesario justificar la práctica de las notificaciones cuando el derecho de adquisición preferente del arrendatario quede postergado por retrayentes preferentes, y existen pronunciamientos de las RDGRN en los que, pese a existir silencio sobre la situación arrendaticia de la finca, se ha inscrito la adquisición del inmueble en el Registro de la Propiedad ¹⁸².

En la LAR el artículo 74 dispone que al adquirente de la finca, aun cuando estuviera amparado por el artículo 34 LH, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador. Pero esa subrogación legal, después de la LMEA, sólo debe entenderse referida a los cinco primeros años de duración legal del contrato; después, y ante la situación de evidente desregulación que la supresión de las prórrogas forzosas ha originado en los arrendamientos rústicos, no debe entenderse aplicable la nefasta regulación de la LAU en materia de enajenación, sino la del Código Civil por aplicación de su artículo 4.3: después del quinto año la regla general será la inoponibilidad del arrendamiento salvo que conste inscrito ¹⁸³.

El principio de legitimación también sería aplicable en la inscripción arrendaticia, si bien no en su integridad ¹⁸⁴.

La mayoría de la doctrina hipotecarista ha entendido que la legitimación registral opera solamente respecto de los derechos rea-

¹⁸² Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 402.

¹⁸³ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 406.

¹⁸⁴ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 474 ss.

les inmobiliarios; la Ley Hipotecaria no establece una solución clara: el artículo 38.1 habla de «derechos reales», el artículo 97 de «derecho» y el artículo 1.3 de «derechos inscribibles».

Cabe también aplicar la legitimación registral al arrendamiento, pero no en todos sus aspectos, no en aquellos que sólo tienen cabida en el ámbito de los derechos reales.

En relación con los efectos sustantivos ¹⁸⁵, afectará al arrendamiento la presunción de existencia y pertenencia del derecho en la forma determinada por el asiento del artículo 38.1. LH, «a todos los efectos legales»; es decir, también en el ámbito extrarregistral.

En cambio, sólo entendiendo que, en virtud de la presunción posesoria del artículo 38.1 *in fine* LH, se presume el derecho a poseer del arrendador (*ius possidendi*), a través de la mediación posesoria del arrendatario, podemos entenderla aplicable al arrendamiento inscrito ¹⁸⁶.

La presunción de posesión cualificada a efectos de la prescripción adquisitiva del artículo 35 LH, no es aplicable al arrendamiento, porque la usucapión es instituto exclusivo de los derechos reales; pero puede aplicarse al arrendatario tal presunción a los efectos de lograr la prescripción adquisitiva del derecho de su arrendador ¹⁸⁷.

En cuanto a los efectos procesales de la legitimación ¹⁸⁸, puede el arrendatario prevalerse de la llamada «acción real registral» del artículo 41 LH; se ha esgrimido en contra el que el arrendatario no puede ejercitar acciones en defensa de su derecho, *ex* artículo 1560 CC, y el precepto habla de «acciones reales», y el arrendamiento en cuanto derecho personal no puede general nunca una acción real.

Pero es necesario tener en cuenta que la primera afirmación no es absoluta: si el derecho afectado es la propiedad o el derecho real limitado del arrendador, será a éste a quien incumba la defensa; pero si el derecho afectado es el arrendamiento será al arrendatario a quien corresponda defenderse frente al perturbador.

En relación con la segunda, no podrá nunca el arrendamiento generar una acción reivindicatoria, confesoria o negatoria, pero sí una acción posesoria que debe ser calificada como real; además, el artículo 41 LH cuando habla de acciones reales, habla de acciones ejercitables *erga omnes*, del mismo modo que cuando habla de derechos reales se refiere a derechos oponibles, incluyendo entre éstos al arrendamiento.

¹⁸⁵ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 477 ss.

¹⁸⁶ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 478-450.

¹⁸⁷ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 480-481.

¹⁸⁸ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 481 ss.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 38.2 LH, se exige entablar demanda de nulidad o cancelación de la inscripción de arrendamiento, cuando se ejercita una acción contradictoria del arrendamiento inscrito; de otro modo se produciría la contradicción de que los Tribunales estuvieran a la vez obligados a salvaguardar el pronunciamiento registral –existencia del arrendamiento– y respetar la resolución recaída –inexistencia del arrendamiento–.

También es aplicable al arrendamiento la llamada «tercería registral», del artículo 38.3 LH. La embargabilidad del derecho arrendaticio deriva de la concurrencia en él de los rasgos de patrimonialidad, transmisibilidad y embargabilidad; a pesar de que el artículo 38.3 LH habla sólo de «bienes inmuebles o derechos reales determinados», no existe inconveniente en aplicarlo al derecho arrendaticio, sin tener que acudir a la tercería de mejor derecho, pues no se contraría ni el fundamento de la norma ni la naturaleza personal del arrendamiento ¹⁸⁹.

De modo que, ordenada la traba de un derecho arrendaticio en juicio –o procedimiento administrativo– seguido contra un demandado distinto del titular registral, puede éste obtener, con la sola presentación de la certificación registral en la que se acredite que el arrendamiento consta inscrito a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo, el sobreseimiento del procedimiento de apremio.

Será también aplicable al arrendamiento lo dispuesto en el artículo 313 LH en relación con la inadmisión de títulos no inscritos por los Juzgados y oficinas públicas, en perfecta coherencia con el hecho de que, desaparecidas las prórrogas forzosas –con las salvedades del plazo mínimo en la nueva regulación especial– la oponibilidad del arrendamiento viene dada exclusivamente por la inscripción registral ¹⁹⁰.

Por el contrario, la inscripción arrendaticia no protege al arrendatario, en ningún caso, con la fe pública registral; la mayoría de la doctrina hipotecarista considera que la adquisición *a non domino* constituye un concepto central de la fe pública registral, y, consiguientemente, sólo puede este principio predicarse de los derechos reales, únicos susceptibles de ser adquirido *a non domino* ¹⁹¹.

Por tanto, en el supuesto de que una persona que figure como propietario en el Registro arriende la finca, se inscriba ese arrendamiento y después se anule o resuelva el derecho del arrendador, por

¹⁸⁹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 488 ss.

¹⁹⁰ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 490 ss.

¹⁹¹ Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 492 ss.

causas que no consten en el Registro, el arrendatario no será mantenido en su posición.

El Registro no le protege de la falta de titulación del arrendador; en este caso sólo podrá dirigirse personalmente contra él.

De ahí que resulte, de nuevo, desagradablemente sorprendente el artículo 13.3.º LAU, al establecer que durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad; precepto que no puede considerarse verdaderamente una atribución de fe pública registral al arrendamiento ya que sólo dura cinco años esta adquisición y no es necesario inscribir el arrendamiento, sino de una extraña e injustificada adquisición *a non domino* de base registral limitada a cinco años ¹⁹².

¹⁹² Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 497-498.

