

Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad

SUMARIO: INTRODUCCION.—INSCRIBIBILIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—BREVES NOTAS ACERCA DE SU REGULACION EN DISTINTOS PAISES EUROPEOS.—ARRENDAMIENTO NO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA.—ARRENDAMIENTO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA.—ARRENDAMIENTO POSTERIOR A LA HIPOTECA.—SU INCIDENCIA EN EL AMBITO FISCAL.—CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

La importancia social del arrendamiento de inmuebles para uso de vivienda ha ido en aumento en los últimos decenios: la emigración hacia las grandes ciudades, el encarecimiento progresivo de la vivienda y la escasez de las mismas en relación a la demanda, entre otras causas, han dado lugar a un problema social grave que nuestro Derecho intenta regular de manera que, dando un paso más allá de la libre contratación de las partes, intenta dar entrada en sus normas a valores superiores de justicia social.

Nuestro Código Civil apenas dedica unas pocas normas al contrato de arrendamiento y es por medio de leyes especiales como se regula casi exclusivamente esta materia.

Nuestra Constitución, en su artículo 47, proclama el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada... Norma que, como muchas otras de carácter programático, es de difícil cumplimiento, ya que la dificultad de adquisición de una vivienda, dado su elevado coste económico, la hace accesible en propiedad a muy pocas personas, por lo que la gran mayoría, en especial en las grandes urbes, viven en arriendo o se ven obligadas a constituir una hipoteca que les permite la adquisición de la vivienda de modo inmediato, pero posponiendo su pago en un muy dilatado espacio de tiempo y ocupando durante el mismo una gran parte de

su presupuesto familiar, problema que resulta agravado por los altos tipos de interés vigentes en nuestro sistema financiero.

De hecho podemos afirmar que la institución de la hipoteca ha aumentado en los últimos doce años un 800 por 100, y es hoy día un derecho real que sirve de garantía a unos activos financieros que rondan los tres billones de pesetas.

En 1977 se constituyeron 150.008 hipotecas, por un valor de 200.000 millones de pesetas.

En 1982 se constituyeron 182.913 hipotecas, por un valor de 600.000 millones de pesetas.

En 1989 se constituyeron 295.224 hipotecas, por un valor de 2.695.000.000.000 de pesetas.

Centrándonos en el problema de conjugar de manera adecuada criterios como la seguridad jurídica y la justicia, pasamos al análisis de la aportación que el Registro de la Propiedad puede hacer a través de la conveniencia o no de inscripción del arrendamiento y sus consecuencias jurídicas.

INSCRIBIBILIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Recordemos el texto del artículo 7 del Reglamento Hipotecario: «Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier otro acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en el futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.»

Conforme a este artículo citado, podemos dejar de lado, a efectos de este trabajo, la problemática acerca de la naturaleza jurídica del derecho de arrendamiento si es un derecho real o personal, ya que tanto en uno como en otro caso las consecuencias del contrato, a efectos registrales, serían las mismas y no por ser real o personal se modifica su contenido, que es en definitiva que «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto» (art. 1.543 del Código Civil). Por consiguiente, en este negocio jurídico existe la transmisión del goce o disfrute de un bien inmueble a cambio de una contraprestación económica.

Aunque no podemos negar que parece clara la inclinación de la doctrina por considerarlo un derecho personal (a pesar del esfuerzo de los clásicos de atribuir carácter real al derecho de arrendamiento), la Ley Hipotecaria

así lo concibe al regularlo específicamente en su artículo 2.5 y no quedar incluido en el 2.1 o en el 2.2.

Atendiendo al artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, sólo podrán inscribirse aquellos contratos de arrendamiento de bienes inmuebles.

- a) Por más de seis años.
- b) En los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más años.
- c) Cuando hubiere convenio expreso entre las partes.

Autores como BERAUD, ESCOSURA O GALINDO critican en este punto a la Ley Hipotecaria, por entender que condiciona arbitrariamente la inscripción de los arrendamientos. Está clara la necesidad de realizar una criba, pues no es posible la inscripción de todo arrendamiento, simplemente porque no todos requieren protección registral y que, por tanto, es necesario arbitrar unos requisitos de acceso del contrato de arrendamiento al Registro.

En el Código Civil tratan esta materia los siguientes artículos:

- Artículo 1.549: «... con relación a terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad», de donde *a sensu contrario* parece que los inscritos surten efectos frente a terceros.
- Artículo 1.571: «... 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».

Como hemos visto con anterioridad, la Ley Hipotecaria se limita a establecer la inscribibilidad del arrendamiento en determinadas circunstancias, quedando fuera del mismo los que no cumplan los requisitos del artículo 2.5. Lo que, en principio, nos parece criticable, pues ante la pregunta ¿a quién beneficia la inscripción?, no cabe ninguna duda que la respuesta es «a todos los que en una relación arrendaticia pueden entrar en juego» y además a «los terceros», ya que a todos ellos proporciona protección y seguridad.

La clandestinidad existente en la institución arrendaticia en la actualidad se ha demostrado perjudicial a todas luces. Prueba de ello son las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que, dejando a un lado jurisprudencia menor, demuestran el alto grado de conflictividad motivado por el hecho de que hoy día el contrato de arrendamiento es en su mayoría clandestino, lo que provoca gran cantidad de litigios contenciosos. En efecto, un derecho sobre cosa ajena que goza de una protección jurídica, legal y jurisprudencial, que en ocasiones va más allá de la que se atribuye a la mismísima propiedad plena (piénsese en el retracto, en la prórroga forzosa,

en la exigencia de notificaciones fehacientes, etc.), ha de ser «conocido» por todos aquellos que vayan a entrar en una relación jurídica con la cosa arrendada. De lo contrario puede dar lugar a simulaciones, fraudes, ocultaciones y, en definitiva, inseguridad ilimitada en el tráfico jurídico.

Cabe citar como un pequeño muestreo:

- STS de 20 de octubre de 1975: «Que el contrato de arrendamiento de locales o tiendas celebrado entre La Unión y el Fénix Español, S. A. y Hoteles Reunidos, S. A., en virtud de la carta de 14 de febrero de 1959, es simulado y aparente y, por tanto, nulo e inexistente.»
- STS de 12 de julio de 1983: «Considerando: que en relación al contrato de arrendamiento de vivienda cuya realidad se cuestiona en la litis...»
- STS de 29 de noviembre de 1969: «El demandado negó que el actor fuese arrendatario...»
- STS de 17 de noviembre de 1989, donde se demostró en instancia que no existía arrendamiento y que fue simulado y concertado con el único objeto de frustrar los legítimos derechos de acreedores y de futuros adquirentes.
- STS de 23 de diciembre de 1988, declara que los principios de legitimación y fe pública registral, tras la publicación por el Registro de la hipoteca, viene a excluir la buena fe del arrendador y arrendatario que celebran el contrato en perjuicio del acreedor.
- Circular del Colegio Notarial de fecha 9 de abril de 1992, en la que un Notario de Barcelona comunica al Decano del Colegio Notarial que ha llegado a su conocimiento la falsificación de una escritura de su Protocolo que contiene un pretendido «contrato de arrendamiento», lo que dio lugar a la correspondiente denuncia en el Juzgado de Guardia.

Y, por otra parte, viene al caso citar a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en su *Código de legislación hipotecaria*, nos dice: «Al no ser ya indefinida la duración del arrendamiento, se hace más necesaria la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, para que exista publicidad de su fecha, del plazo de duración y de sus condiciones respecto a terceros, pues en otro caso se produce un sistema prehistórico de clandestinidad.»

A lo que podríamos añadir: Y de ser indefinida su duración, todavía se hace más necesaria.

Tal vez resultaría didáctico para nuestro legislador un breve vistazo a la regulación de la materia que nos ocupa en otros Derechos europeos.

BREVES NOTAS ACERCA DE SU REGULACION EN DISTINTOS PAISES EUROPEOS

En la gran mayoría de países europeos (Francia, Alemania, Italia, Portugal, etc.) está prevista la inscripción del arrendamiento, siendo oponible a terceros desde el momento de su inscripción en el Registro.

Artículo 1.743 del Código Civil francés: basa la no expulsión del arrendatario, en caso de adquisición, en la tenencia por parte del inquilino de un arrendamiento «auténtico» o con «fecha cierta»; no basta un simple documento privado.

Artículo 1.093 del Código Civil austríaco: si el contrato de arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad pasa automáticamente a tener la consideración de derecho real.

Artículo 1.619 del Código Civil portugués: basa la adquisición del derecho por parte del arrendatario en un «título auténtico».

Artículo 1.599 del Código Civil italiano: sigue el mismo principio de los anteriormente analizados, exigiendo fecha cierta anterior a la enajenación.

Como podemos observar en Europa está ya superada la clandestinidad del contrato de arrendamiento, sin que podamos afirmar lo mismo de lo que ocurre en nuestro país: algo similar a la situación de clandestinidad que existía antes de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861 respecto al dominio y demás derechos reales inmobiliarios.

En efecto, veamos cómo trata esta materia nuestra legislación y jurisprudencia y, al efecto, limitaremos nuestro examen a su relación con otro derecho real sobre cosa ajena, pero este público (no clandestino), y como exponíamos *supra*, íntimamente relacionado con la problemática de la vivienda, de necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad previa su constitución en escritura pública (art. 145 de la Ley Hipotecaria).

ARRENDAMIENTO NO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA

Esta es la situación más frecuente en que suelen encontrarse ambos derechos en relación a un mismo bien y el más frecuente origen de conflictividad, dado que no se exige la inscripción de los contratos de arrendamiento y que con anterioridad al «Decreto Boyer» estaban sujetos a la prórroga forzosa.

Resulta obvio que, de exigirse en nuestro Derecho la inscripción del arrendamiento, sólo tendría cabida una hipótesis y esta sería la estricta aplicación del artículo 1.549 del Código Civil, que anteriormente hemos mencionado. Sin que con relación a terceros surta efecto el arrendamiento no inscrito; por tanto, lo no inscrito no puede perjudicar a lo inscrito, y el

arrendamiento que no hubiere sido objeto de inscripción no podrá estar protegido por los privilegios que atribuye el Registro a sus asientos.

De *lege ferenda* parece la solución ideal dar a ambos derechos sobre cosa ajena igual tratamiento, tanto en lo relativo a los requisitos de su constitución como en lo relativo a sus efectos respecto a terceros, sin que a otra conclusión pueda llevarnos una mal entendida justicia social; y así PEDRO AVILA hace la siguiente reflexión: «¿Por qué frente a una ejecución hipotecaria se somete al principio de prioridad registral y se purgan, en su caso, los derechos de usufructo, uso y habitación, generalmente constituidos en favor de personas de escasos recursos y necesitadas de especial protección social y, en cambio, se mantiene incólume un arrendamiento urbano que puede ser de vivienda suntuaria...?»

El acreedor hipotecario no ha podido conocer la existencia del arrendamiento por carecer éste de la publicidad que le otorga la inscripción en el Registro, y no tiene por qué cargar con sus consecuencias. La hipoteca debería ejecutarse libre de cargas; las únicas cargas que el acreedor hipotecario debe asumir son las que consten en el Registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, por conocerlas de antemano y haber tenido el acreedor la elección de constituir o no la hipoteca con pleno conocimiento de la situación jurídica y económica de la finca.

Y este parece el sentido correcto del párrafo primero del artículo 1.571 del Código Civil, referido a la venta de finca arrendada: el comprador sólo verá decaída la libertad de su dominio (y recordemos que el dominio se presume libre) si el vendedor le advirtió de la existencia del gravamen o si tuvo oportunidad de conocer el gravamen en un Registro público.

Parece como si aquí el Código Civil esperara una respuesta satisfactoria de la Ley Hipotecaria en el sentido de hacer valer el arrendamiento que sea preferente a la inscripción de la compraventa, siempre y cuando esté inscrito; *a sensu contrario*, basándonos en este artículo y en la Ley Hipotecaria, no sería preferente el arrendamiento anterior no inscrito, ni el constituido con posterioridad a la realización de la compraventa.

En caso de arrendamiento anterior no inscrito en que se demuestre de manera cierta (difícilmente se demostrará si carece de fecha fehaciente) que la fecha en que se concretó el arrendamiento es anterior a la constitución de la hipoteca, debe prevalecer el arrendamiento; así lo sostiene nuestra jurisprudencia (engañada en numerosas ocasiones con un contrato de arrendamiento de fecha simulada).

El acreedor hipotecario puede en un momento determinado ver disminuido de manera considerable el valor de la finca a causa de un contrato de arrendamiento que no conocía de su existencia, sino en el momento de la ejecución. ¿No sería más honrado poner a su alcance los medios jurídicos suficientes para que en el momento de la constitución de la hipoteca pueda

optar o no a ella, con pleno conocimiento y certeza de la situación jurídica del inmueble?

El artículo 313 de la Ley Hipotecaria tiene una relación directa con el caso que nos ocupa, y debería ser aplicado por los Tribunales en toda su extensión, ya que su inaplicabilidad lesiona derechos adquiridos e inscritos.

Si el arrendamiento es anterior a la hipoteca, pero se cumplen los requisitos de desvalorización prevenidos en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario en relación al 117 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario podrá hacer uso de la acción de devastación, aunque el artículo 219.2 diga: «... *con posterioridad* a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble...», pues a los efectos prácticos si el arriendo fue anterior pero lo conoció el acreedor con posterioridad a la constitución de la hipoteca, estaremos en el caso del 219.2; lo decisivo no es si existía o no el arriendo en el momento de constituir la hipoteca, lo decisivo es si llegó a conocimiento del acreedor con anterioridad a la constitución de la misma.

¿Cómo se podrá demostrar que el acreedor hipotecario conocía de su existencia? Si en la escritura de constitución de hipoteca no se reconoce la existencia del arrendamiento y en el Registro no está inscrito, se presume que no conocía. Recordemos nuevamente que la buena fe del tercero se presume siempre con presunción *iuris tantum*.

ARRENDAMIENTO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA

En virtud del principio de prioridad que informa nuestro sistema registral (arts. 17, 24, 25, 32, etc. de la Ley y concordantes del Reglamento), el arrendamiento inscrito con anterioridad a la hipoteca, aunque la fecha de la escritura de constitución de la hipoteca sea anterior a la fecha de inscripción del arrendamiento, tendrá SIEMPRE preferencia a la hipoteca constituida, es decir, inscrita con posterioridad, sin que pueda plantearse duda alguna acerca de esta afirmación y no sólo porque así lo sea legalmente, sino porque «*moralmente*» también es lo correcto: no puede alegar desconocimiento el acreedor hipotecario y, si lo alega, existirá, por otro lado, una falta de diligencia que nuestro Derecho penaliza.

Este sería el único caso en el que existiría una preferencia absoluta del arrendamiento sobre la hipoteca, partiendo siempre de la inscripción de ambos derechos.

Estaría en juego, en tal caso, en toda su pureza el sistema de prioridad registral; es por ello por lo que defendemos la tesis de la necesidad de la inscripción del arrendamiento, como lo tiene la de la hipoteca, y ello por exigencias de la más elemental seguridad jurídica.

El Catedrático del Derecho civil, José María Miquel, en su conferencia

celebrada en Barcelona el pasado día 4 de junio, siendo su tema «Arrendamiento e hipoteca», mencionó el *desideratum* de que en una futura reforma de la LAU se incluyera la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. No dudó de la purga de los arrendamientos posteriores a la hipoteca. Para ser oponible el arrendamiento a la hipoteca, afirmó el doctor Miquel, es necesario que sea anterior y resistente. Criticó duramente la Sentencia de 23 de febrero de 1991, por no estar conforme con sus planteamientos, diciendo que era objeto de auténticas paradojas. El único arrendamiento protegible para el doctor Miquel es el anterior «en determinadas circunstancias», por lo que cualquier otra solución, según sus palabras, sería doblemente disfuncional con el sistema.

ARRENDAMIENTO POSTERIOR A HIPOTECA

Nuestra legislación enmudece al contemplar esta materia en concreto, y no existe ninguna norma, como sería deseable, que regule lo que ocurre con el arrendamiento celebrado con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Por lo que hay que acudir a otras normas positivas, a los principios hipotecarios, a los principios constitucionales y, en definitiva, a nuestro sentido común.

No distinguimos dentro de este apartado si el arrendamiento está o no inscrito, pues dada su posterioridad a la hipoteca nunca será preferente a ésta, tanto si está inscrito como si no lo está.

Nuestra jurisprudencia sienta doctrinas distintas, así las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, todas ellas referidas a supuestos de arrendamientos urbanos posteriores a hipoteca son claras y rotundas, al afirmar que la ejecución de la hipoteca determina la extinción del arrendamiento constituido con posterioridad a la hipoteca.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1991 considera preferente el arrendamiento no inscrito posterior a la hipoteca, de tal modo que el adjudicatario deberá soportar el arriendo efectuado por el propietario con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Como vemos, trata este tema de manera desafortunada y **conflictiva**, pues de crear jurisprudencia y llevada a sus últimas consecuencias, habría que modificar toda nuestra legislación, empezando por la Constitución y siguiendo por el resto de nuestras leyes.

Dicha sentencia provoca:

- Extorsión grave al actual acreedor hipotecario.
- Favorecimiento del fraude.

- Favorecimiento de la clandestinidad del arrendamiento.
- Desconcierto en los futuros acreedores hipotecarios, etc.

Por el contrario, la STS de 31 de octubre de 1986 decía: «En relación con este problema parece hoy prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución de la hipoteca comporte la purga de los arrendamientos posteriores.»

Y en el mismo sentido la STS de 22 de mayo de 1963 así lo resolvía: «... porque el adjudicatario ha de recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca».

Sin embargo, y a pesar de que según la mayoría de la doctrina en nada afecta a la ejecución hipotecaria la existencia de un arrendamiento posterior, la STC de 16 de enero de 1992 llega a la conclusión de que «la arrendataria no podrá ser lanzada sin haber sido parte en la única vía procesal posible, que no es otra que el proceso declarativo ordinario».

Lo que nos complica aún más la problemática existente. Llevándonos al absurdo de que al acreedor hipotecario ya no le van a ser útiles los dos pilares fundamentales que sustentan la hipoteca: Registro de la Propiedad y acción hipotecaria.

1.^º El Registro de la Propiedad no le va a ser útil, ya que no puede confiar en su contenido, pues puede ser sorprendido en el momento de la ejecución con una carga posterior no inscrita. Y pensemos que no existe ninguna motivación jurídica que impida que se trate de igual modo que al arrendamiento, al usufructo y al uso y habitación, con lo cual no hace falta que se moleste en acudir al Registro para informarse de la situación de la finca: ésta puede llegar a estar de cualquier forma y en cualquier momento.

2.^º Por otro lado, no podrá ejercitar acción hipotecaria, puesto que, de encontrarse con un arrendador en el momento de la ejecución, deberá acudir a un declarativo donde este arrendatario debe ser oído y se oigan también, en virtud del principio de igualdad constitucional, a todos aquellos otros poseedores de derechos reales o personales constituidos con posterioridad a la hipoteca, ya que de lo contrario se iría contra el artículo 24 de la Constitución, creando indefensión al arrendatario.

En este estado de cosas nada más lejos de las palabras utilizadas por los redactores de la Ley de 1861 en su exposición de motivos: «Con esta Ley se pretende superar una situación indeseable en que las normas:

- Ni garantizan suficientemente la propiedad.
- Ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública.
- Ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial.
- Ni dan actividad a la circulación de la riqueza.

- Ni moderan el interés del dinero.
- Ni facilitan su adquisición a los dueños de la **propiedad inmueble**.
- **NI ASEGURAN DEBIDAMENTE A LOS QUE SOBRE ESTA GARANTIA PRESTAN SUS CAPITALS.»**

O sea, que con la promulgación de la Ley Hipotecaria se pretendía evitar lo que con las últimas sentencias se pretende fomentar.

Distinta jurisprudencia se hace eco del problema y aconseja, o deja entrever, la necesidad de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad para evitar que se planteara su extinción por falta de fehacencia, pues en todas ellas se discuten la fecha cierta del contrato de arrendamiento. Lo que ocurre es que incluso otorgándole al contrato de arrendamiento únicamente fecha cierta, aun habiéndose avanzado algo en materia de prueba documental, no terminaríamos con el problema en su aspecto de seguridad jurídica, pues haría falta la PUBLICIDAD que el Registro de la Propiedad otorga a sus inscripciones.

Como la inscripción de la hipoteca es constitutiva, se está dando un trato más privilegiado al arrendatario que al acreedor hipotecario, pues por el juego de la publicidad registral el arrendatario conoce el estado de la finca, sin sorpresas posteriores, pero no ocurre lo mismo con el acreedor hipotecario.

Centrándonos en la problemática que provoca la Sentencia de 16 de enero de 1992, si el arrendamiento es anterior a la hipoteca y está inscrito no hay discusión alguna, pues no puede el arrendatario ser lanzado hasta que su derecho quede resuelto; el nuevo adquirente se subroga en las obligaciones del anterior propietario, pues conocía de la existencia y condiciones del arrendamiento en el momento de constituir su hipoteca, y cabe, por tanto, la concesión de un crédito inferior en base a la existencia del arrendamiento, ya con previsión de la posible desvalorización del inmueble en caso de ejecución.

Si el arrendamiento es anterior, pero sin inscribir, o es posterior, esté o no inscrito, nada podrá hacer o «decir» el arrendatario frente a la ejecución hipotecaria, pues para poder hacer valer su derecho debería haber inscrito con anterioridad a la constitución de la hipoteca.

Pero para poder aplicar estas reglas ajustándonos a la legislación actual tropezamos con los requisitos exigidos en el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, que limitan gravemente en perjuicio del arrendatario la inscripción voluntaria, pues si no se cumple el período de más de seis años o se han anticipado rentas de tres años o más o existe convenio expreso de las partes, nada podrá hacer el arrendatario aunque su deseo sea inscribir el contrato de arrendamiento.

Por su interés voy a transcribir íntegramente una propuesta formulada

por la Federación Andaluza de Cajas de Ahorro a la Federación Nacional para reforma del artículo 131 de la Ley Hipotecaria:

EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA PROPUESTA

«La subsistencia de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca, que en ocasiones y recientemente ha sostenido algún sector de la Jurisprudencia, perjudica gravemente al crédito territorial al introducir un alto factor de inseguridad jurídica en el campo inmobiliario y volver, parcialmente al menos, a un sistema de clandestinidad en las cargas que, a mediados del siglo pasado, pretendió superar la legislación hipotecaria.

Por otra parte, repercute gravemente en los costos financieros que deben soportar los deudores, pues las empresas financiadoras se ven obligadas a incrementar los tipos de interés y superponer garantías con el fin de compensar los riesgos de que una actuación posterior del deudor merme considerablemente la garantía, lo que imposibilita cualquier intento de reducir los tipos de interés en las operaciones hipotecarias.

El sistema de subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca en caso de ejecución de ésta contradice además el principio seguido por la Ley de Arrendamientos Urbanos y por todo el ordenamiento jurídico, pues si bien aquella Ley dispone la continuidad del arrendamiento en caso de sucesión hereditaria o transmisión de la propiedad, dado que el sucesor o adquirente se coloca en la posición jurídica del que antes del hecho había arrendado, establece claramente la extinción del arrendamiento en caso de resolución de su derecho o cuando sus poderes de disposición estuvieran limitados o restringidos. Así sucede con los arrendamientos de bienes de menores, los realizados por herederos fiduciarios, etc.

La situación del arrendamiento y del acreedor hipotecario, ya resultan sobradamente desiguales respecto a los actos anteriores, pues mientras el primero puede con toda seguridad y fácilmente conocer, antes de firmar el contrato, la existencia de hipotecas, el segundo le resulta imposible conocer la de arrendamientos anteriores, dada la no obligatoriedad de la inscripción de éstos en un Registro como el de la Propiedad, organizado para la publicidad. Si a ello hemos de añadir la posibilidad de verse perjudicado por actos del deudor posteriores y fraudulentos (pues fraude es disponer de lo que no se tiene o en distinta forma a como se tiene y constituir un gravamen en perjuicio de los derechos de un acreedor anterior), la injusticia se convierte en sangrante y el perjuicio para el crédito territorial es evidente.

Y en consecuencia: CLAUSULA CUYA REDACCION SE ACONSEJA INTRODUCIR COMO PARRAFO 4.^º DE LA REGLA 5.^a DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA Y REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO HIPOTECARIO:

Los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca y

previos a la ejecución de ésta sólo darán derecho a su titular a ser notificado de la existencia del procedimiento y a ejercitar en el supuesto de remate el derecho de retracto.

En todo caso, los efectos de la ejecución hipotecaria prevalecerán sobre cualesquiera otro derecho de arrendamiento posterior a aquélla.

Fechado en Jerez de la Frontera a 16 de mayo de 1992.»

No existe duda alguna, después de la Sentencia del TC de 16 de enero de 1992, respecto de la necesidad de completar el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, haciéndose eco de esta necesidad distintos sectores jurídicos, dicha propuesta que he transcrito me parece correcta y la introducción de la cláusula acertada, aunque JOSÉ MANUEL GARCÍA apuntó hace ya tiempo una inclusión dentro del 131 LH, en la que se dijera:

«Los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta se extinguirán tanto si están inscritos como si no lo están y serán objeto de la correspondiente cancelación, dando posesión material de la finca el Juez al adjudicatario. El ocupante de la finca habrá de ser notificado en la propia finca hipotecada para que pueda hacer las alegaciones pertinentes respecto a si su contrato es o no posterior a la hipoteca que se ejecuta y respecto a si desea o no ejercitar los derechos de tanteo y retracto que le corresponden, en su caso. Las cantidades sobrantes de la subasta se consignarán a favor de los titulares posteriores, ocupando el arrendamiento el orden que le corresponda por su inscripción en el Registro.»

SU INCIDENCIA EN EL AMBITO FISCAL

Según el artículo 254 de la Ley Hipotecaria: «Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretende inscribir.»

Así pues, el documento deberá ser liquidado previamente o contener el sello de exención de impuestos para que pueda tener acceso a los libros del Registro de la Propiedad.

La exigencia de la inscripción del arrendamiento que propugnamos permitiría un mejor control de los mismos por parte de la Hacienda Pública, acabando con otra bolsa de fraude impositivo. Si sumamos las rentas más los traspasos, puede calcularse que Hacienda tiene una pérdida por esta vía de miles de millones de pesetas.

Actualmente el tratamiento fiscal del arrendamiento se encuentra regulado en el Real Decreto 3050/1980, de 30 de diciembre: La renta está sujeta a IVA (13 por 100).

El contrato de arrendamiento se encuentra regulado del siguiente modo:

- a) Hecho imponible: es la constitución del arrendamiento.
- b) El sujeto pasivo: a título de contribuyente el arrendatario, pero es responsable subsidiario el arrendador si hubiere recibido el primer plazo de la renta sin exigir justificación del pago del impuesto.
- c) Base imponible: servirá de base la cantidad total que haya de satisfacerse por todo el período de duración del contrato. Cuando no constare aquél, se computarán seis años.
- d) Cuota tributaria: para los arrendamientos rústicos procederán los tipos generales según la naturaleza de los bienes (4 por 100). Para los arrendamientos de fincas urbanas el artículo 12.1 TR dice que «podrán satisfacer la deuda tributaria mediante la utilización de efectos timbrados», según la siguiente escala: hasta 5.000 pesetas, 15 pesetas; y a partir de 1.280.000 pesetas, 5.120 pesetas, más 4 pesetas por cada 1.000 más.

Al ser la inscripción necesaria para que tuviera efecto frente a terceros, se declararía la renta real, pues ningún propietario se arriesgaría a contratar e inscribir por menos de lo real y permitir al arrendatario hacerle cumplir por el precio inscrito.

Al solicitar la Inspección de Hacienda certificaciones registrales acerca de los inmuebles arrendados conocería con exactitud de su existencia, precio y tiempo; datos trascendentales no sólo a efectos del impuesto, sino, y sobre todo, a efectos de los impuestos básicos de nuestro sistema fiscal; el de Sociedades y el de la Renta de las Personas Físicas.

El hecho de que la clandestinidad en la que vive el arrendamiento favorece la circulación de «dinero negro», se reconoce en numerosas sentencias que se hacen eco de la problemática. Tenemos un claro ejemplo en las siguientes:

- STS de 2 de junio de 1969, en la que puede leerse en el tercer considerando «... que existía una falta de correlación entre la renta declarada a efectos fiscales y la percibida por el arrendador...».
- STS de 15 de febrero de 1975, en su tercer considerando «... el traspaso que da lugar a la resolución contractual se ha mantenido en forma disimulada o encubierta...».
- STS de 12 de marzo de 1975, en la que puede leerse «... el contrato de subarriendo era simulado para defraudar al fisco en la percepción del impuesto...».

Ya el Real Decreto de 23 de mayo de 1846 impuso la toma de razón

en las antiguas Contadurías de Hipotecas de los contratos de arrendamiento inmobiliario con finalidad predominantemente fiscal.

Con el otorgamiento del contrato en escritura pública y la inscripción en el Registro quedaría constancia fehaciente de datos tan fundamentales para el tratamiento fiscal como:

- a) Si la finca está arrendada o no.
- b) Por cuánto tiempo.
- c) Por qué precio.
- d) Por qué personas.

Al considerarse como gasto necesario, y por tanto deducible, todos aquellos que lo fueran para la conservación del bien (obras necesarias para su conservación, contribuciones, gastos de profesionales o especialistas, gastos de administración, gastos de comunidad de propietarios, etc.) se produciría a su vez una mayor transparencia fiscal, como efecto secundario, en la facturación de estos gastos; lo que implicaría una mayor recaudación tanto de IVA como de IRPF.

Con el «Decreto Boyer» y la desaparición de la prórroga forzosa ha proliferado una nueva profesión, la de rentista; pues si con anterioridad la sujeción a la prórroga forzosa originaba que en muchas ocasiones fuese superior el gasto del propietario al ingreso que percibía, hoy día el aumento del valor de los inmuebles y, por consiguiente, de la renta, unidos a la supresión de la prórroga forzosa ha provocado que numerosas personas inviertan su capital en forma de inmuebles, destinándolo a ser arrendado.

Nuestro Registro de la Propiedad es uno de los que mejor solucionan en Europa el problema para el que ha sido creado: *El problema de la seguridad jurídica en materia inmobiliaria*. Sus técnicas de funcionamiento y la elevada preparación de las personas que se encuentran al frente de los mismos hace que potencialmente tenga una utilidad amplísima (planes urbanísticos, catastros, inmuebles afectados administrativamente...), sin que nuestra legislación aproveche todas las ventajas que pueden obtenerse de dicho Registro.

Es una lástima desaprovechar esta institución, ya creada; sometida a un rodaje de más de un siglo, implantada en la totalidad de la geografía nacional, dirigida por profesionales con una acreditada preparación técnica en su acceso a los mismos y en su preparación posterior, y absolutamente rentable a efectos presupuestarios, no dándole una nueva función que, de una parte, proporcionaría una mayor seguridad jurídica al administrado, y de otra aseguraría una mejor gestión de un impuesto directamente y de otros muchos como consecuencia secundaria, pero indefectible.

CONCLUSIONES

El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles debiera otorgarse en documento público y ser preceptiva su inscripción, y ello para todos aquellos arrendamientos celebrados para el plazo mínimo de duración que para su validez señale la ley.

Dicho precepto tendría las siguientes ventajas, dentro del tema que nos ocupa:

1. El acreedor hipotecario podría conocer si se encuentra o no arrendada la finca, y en base a tal conocimiento decidir si constituye o no la hipoteca (y conscientemente no hemos aludido el problema de si adquiere o no la finca), sin ninguna otra gestión que la de acudir al Registro y solicitar una certificación. Así serían **susperfluas** las cláusulas de no arrendar que contienen las hipotecas y que sólo acarrear problemas acerca de su **inscribibilidad** e incluso de su validez jurídica.

Se produciría una disminución de la conflictividad acerca de la inscripción o no de cláusulas relativas al arrendamiento y que contienen la mayoría de hipotecas, y respecto de las cuales la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado: «No cabe la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones y obligaciones que, como la de no arrendar, atacan más allá de lo necesario su goce, obstaculizando el destino y función social connaturales a las propias fincas.»

2. Favorecería la agilización y concesión de créditos financieros, dando mayor seguridad jurídica a los contratantes y potenciando de este modo el tráfico inmobiliario.

3. Se evitaría la aplicación de lo resuelto por la STC de 16 de enero de 1992, pues el acreedor hipotecario sujeto al arrendamiento sabría que, en caso de ejecución, su hipoteca está supeditada a si consta **inscrita** con anterioridad al arrendamiento, y viceversa, sería el arrendatario el que condicionaría su arrendamiento a la hipoteca si su inscripción es posterior; todo ello a través de un procedimiento rápido y barato cual es el ejecutivo, y sin los trámites y dilaciones de un declarativo y sin que se produzca la indefensión a que en dicha sentencia se alude.

4. Se *acataría* un principio constitucional de igualdad, pues no tiene por qué ser digno de distinta protección jurídica el titular de un derecho de arrendamiento que el de la hipoteca, o viceversa.

5. El vacío legal existente en la materia quedaría resuelto con un solo artículo bien estructurado, que obligaría al otorgamiento de escritura pública y a inscribir para que tuviera efectos frente a terceros. Naturalmente no se evitaría que siguieran quedando multitud de arrendamientos clandestinos, pero nuestro Derecho no los protegería en igual forma que los inscritos; lo

que, al hacer incómoda la situación de sus titulares, obligaría a éstos a dar publicidad a su derecho.

6. Se conseguiría una finalidad que ya nuestros legisladores de 1861 creyeron primordial, al pretender primero y fundamentalmente PROTEGER EL CREDITO TERRITORIAL.

7. Se seguirían criterios doctrinales altamente cualificados, así RODRIGO BERCOVITZ, en su prólogo a la *Legislación hipotecaria*, dice:

«En la exposición de motivos del Real Decreto 3215/1982 sus redactores ponen así de relieve cómo la modificación reglamentaria llevada a cabo con el mismo no es sino un comienzo (urgente) de los sucesivos cambios necesarios para actualizar el Reglamento Hipotecario. Yo creo que esa actualización debe extenderse también a la propia Ley. Pensando en la posibilidad de mejorar la legislación hipotecaria vigente, incrementando así la UTILIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Es el momento adecuado para señalar alguno de los fallos que habría que tratar de subsanar, aun respetando LOS PRINCIPIOS BASICOS de su regulación actual, que tan positivos resultados han proporcionado.»

Pues bien, estos principios básicos que RODRIGO BERCOVITZ considera positivos se están tambaleando con Sentencias como la de 23 de febrero de 1991 o STC de 16 de enero de 1992.

8. Con todos los datos anteriormente expuestos se hace imprescindible la adopción de medidas legislativas para vincular el arrendamiento al Registro de la Propiedad y dotar de fiabilidad a la institución tanto crediticia como arrendaticia a través de la publicidad registral.

9. Estadísticamente se demuestra que la conflictividad en materia de propiedad inscrita es sólo el 2 por 100 de los contenciosos existentes, lo que permitiría descongestionar en gran medida nuestros Juzgados y Tribunales. El único inconveniente a la inscripción del arrendamiento, a que aludió José María Miquel en su conferencia, fue el coste que acarrearía la inscripción en el Registro.

Si esta inscripción se realizara mediante nota marginal, la inscripción de un arrendamiento por dos años y por un importe de 1.400.000 pesetas rondaría las 3.000 pesetas, sin que llegara a superarlas si no incluimos el IVA.

EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA JURIDICO NO EXISTE NADA MAS CARO QUE LA INSEGURIDAD JURIDICA.

PURIFICACIÓN PUJOL CAPILLA
Abogada

BIBLIOGRAFIA

COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA: *La Notaría*, núm. 1, 1992.

O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º, tomo III.

PEDRO AVILA: *La hipoteca*.

ROCA SASTRE: *Legislación hipotecaria*.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: *Comentarios a la Sentencia de 23 de febrero de 1992*.

RODRIGO BERCOVITZ: *Prólogo a la legislación hipotecaria*.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo.