

Protección registral del derecho de retorno

LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON

I. Después de la reforma introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959 el artículo 15 del Reglamento Hipotecario ha quedado redactado del modo siguiente: «Los inquilinos o arrendatarios, que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título constructual, judicial o administrativo, del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad.»

La Exposición de motivos del mencionado Decreto se limita a consignar que en la reforma del R. H. «se regula la inscripción del «derecho de retorno» en los arrendamientos urbanos para dar publicidad, mediante la oportuna nota marginal, a situaciones antes imprecisas, susceptibles de crear graves problemas a la seguridad jurídica y al crédito», añadiéndose en el mismo lugar que, «al darle acceso al Registro, se defenderá por igual al propietario y al inquilino».

Esta nueva regulación del derecho de retorno ha conferido a esta institución un nuevo cariz y dota al estudio de la misma de un profundo interés.

Las notas que a continuación se insertan no pretenden un análisis completo y sistemático del tema. Son sencillamente el guión de la ponencia que su autor hubo de sostener en el Seminario de Derecho Civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. De aquí su carácter necesariamente esquemático y de aquí también el que su finalidad primordial sea más suscitar cuestiones que resolverlas. También por ello se ha despojado al trabajo de todo carácter erudito, de bibliografía y de referencias, lo que le hace aparecer, sin duda, como incompleto. Si se publica es únicamente porque tal vez pueda suponer alguna ayuda para quienes traten de interpretar nuestra ley o de construir, con más preparación y rigor, un complejo institucional que ofrece seguramente un gran interés.

Para comprender debidamente el alcance y la mecánica de este acceso al Registro del derecho de retorno es quizá necesario, o conveniente al menos, meditar, aunque sea ligeramente, sobre cuál es la significación y el sentido de tan peculiar derecho.

Determinar cuál es el conflicto de intereses subyacente en la situación jurídica objeto de nuestro análisis no ofrece graves dificultades de comprensión. Su encuentro aquí, de una parte, el interés del propietario de edificios vetustos ocupados por inquilinos antiguos que pagan rentas generalmente muy bajas. El interés del propietario consiste en derribar el edificio y construir otro que le permita obtener unos ingresos más elevados. De otra parte se encuentra el interés de los arrendatarios, que radica en no verse privados del uso de unas viviendas o de unos locales necesarios para el cumplimiento de funciones vitales (habitación, trabajo, profesión, etc.). Finalmente hay también un interés general de la comunidad, que ha de desear igualmente la modernización del conjunto urbano y la protección de los arrendatarios. La ley ha tratado de resolver este conflicto siguiendo una línea intermedia. Permite, de una parte, el derribo y la reedificación, atribuyendo para ello al arrendador un poder dirigido a obtener la desocupación de los locales arrendados, siempre que el derribo haya sido autorizado administrativamente. Trata, por otra parte, de favorecer el interés de los arrendatarios, atribuyéndoles un poder de instalarse en el edificio reedificado (derecho de retorno).

El conflicto no se presenta sólo entre el arrendador y los arrendatarios. Puede alcanzar también a terceras personas: el adquirente del dominio de la finca, que ignoraba en el momento de adquirir la existencia de los derechos de retorno; los adquirentes de derechos reales sobre ella, en la misma situación; los nuevos ocupantes del edificio reedificado, etc. Este es el conflicto que ha tratado de resolver; luego veremos cómo y en qué medida el Decreto de 17 de marzo de 1959, al regular el acceso al Registro de la Propiedad del llamado derecho de retorno.

II. Este acceso del derecho de retorno al Registro de la Propiedad nos plantea, ante todo, un problema que hasta ahora, había quedado en cierto medida oscurecido o soslayado. Concebido el Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, hay que preguntarse si el derecho de retorno es o no un auténtico derecho real, para explicarse, de alguna manera, su encaje dentro del sistema de la publicidad registral. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho de retorno? No se trata de una simple cuestión teórica, planteada por un puro afán especulativo, sino que tiene una indudable trascendencia práctica. La determinación del régimen jurídico de la institución que estudiamos y la interpretación de las normas que lo regulan, se encuentran en función de la respuesta que a este interrogante demos.

a) El derecho de retorno puede pensarse como un derecho real. Se trataría de un poder jurídico, de un derecho subjetivo atribuido por la ley a una determinada persona, que recae directamente sobre una finca gravándola y que es eficaz frente a los terceros adquirentes de la misma. El razonamiento es semejante al que ya en otras ocasiones se ha hecho para explicar como derechos reales de retracto, el tanteo o la opción.

Este carácter real del derecho de retorno presenta, sin embargo, algunas dificultades. Ante todo, si convenimos en que, en principio, el derecho de retorno se presenta como una especial forma de ser del derecho arrendaticio o, por lo menos, como una situación jurídica instrumental dirigida y encaminada a permitir la creación o el nacimiento de un derecho arrendaticio, no puede por menos de producirnos una cierta extrañeza el hecho de que este derecho —instrumental o en su forma más debilitada— posea un rango superior o una naturaleza más fuerte que la del derecho principal o en su forma más vigorosa, al cual tradicionalmente se viene negando el carácter de derecho real. Más aún: el derecho de retorno tiene siempre abierto el camino del Registro, puesto que es inscribible en todo caso, en tanto que el derecho arrendaticio solo muy limitadamente puede llegar al Registro (cfr. art. 2, 5.º, L. H.). Esta dificultad es muy difícil de resolver dogmáticamente, aunque desde un punto de vista empírico su sentido sea enormemente claro. El arrendamiento no necesita la publicidad registral, porque posee una evidente publicidad posesoria que lo da a conocer, incluso a los terceros adquirentes obligados en virtud de la ley a reportarlo. En cambio, en el derecho de retorno, carente por completo de publicidad posesoria, la publicidad registral se hace necesaria.

Un argumento más en contra de la pretendida naturaleza real del derecho de retorno podría ser el siguiente: si el derecho de retorno fuera efectivamente un derecho real, su acceso al Registro de la Propiedad no haría necesario un precepto reglamentario especial, sino que penetraría en el Registro, de conformidad con la regla general establecida en los artículos primero y segundo de la Ley Hipotecaria. Todavía cabe observar que un verdadero y auténtico derecho real inmobiliario reclama un asiento de inscripción que le dote de una plena protección registral y no una simple nota marginal como la que el nuevo artículo 15 concede al derecho de retorno.

Del derecho real se ha dicho que consiste en un poder directo e inmediato sobre las cosas, aunque no se haya explicado con claridad qué significa esta inmediatividad del derecho real. La inmediatividad parece dar en entender que el conjunto de facultades que se engloba y unifica bajo la idea de derecho real, se concreta en una serie de posibilidades de conducta del titular sobre las cosas; verbigracia: usar, disfrutar, abusar, consumir, etc. La diferencia entre un derecho real y un derecho personal podría, de

esta manera, encontrarse en que el derecho real permite un hacer del propio titular sobre las cosas, mientras que el derecho personal permite beneficiarse del hacer de otro. Pues bien, si esta idea es exacta, también desde este punto de vista la naturaleza real del derecho de retorno aparece horrosa, pues el derecho no se concreta en una conducta directa del titular sobre la cosa, sino en exigir de otro una conducta, esto es, en exigir del propietario la actividad necesaria para obtener la instalación en los locales del edificio reedificado.

El derecho real, en cuanto poder inmediato sobre las cosas, presupone un objeto existente, lícito y determinado. Es cierto que no se ha hecho, ni ha intentado hacerse, una teoría general de los derechos reales, a la manera como se hace la teoría general de los derechos de crédito o de las relaciones obligatorias; pero, aun con esta falta, podemos admitir que la relación jurídico-real necesita como objeto una cosa (en sentido amplio: cosas corporales, bienes inmateriales, etc.) existente, lícita y determinada.

El objeto del derecho real ha de ser siempre una cosa existente. No hay cuestión en este punto. El problema se plantea, sin embargo, al preguntar si las cosas, para poder ser objeto de una relación jurídico-real, han de poseer una existencia actual o si basta simplemente que sean contempladas en cuanto a su existencia posible o futura. Conforme al artículo 1.273 del C. C. «pueden ser objeto de contrato las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras». No cabe duda de que sobre las cosas futuras se puede contratar. Lo que hay que preguntarse es si de este contrato sobre una cosa futura nace inmediatamente un derecho real o una relación jurídico-real. Pensemos, por ejemplo, en la concesión actual del usufructo del terreno cultivable que produzca en el futuro la desecación de una laguna, o en la atribución del dominio de un piso, o de un derecho de paso, de luces o de desagüe sobre un edificio a construir. Estos negocios son indudablemente válidos y eficaces, pero ¿originan una relación jurídico-real inmediata? Aunque admitiéramos como abstractamente atribuido a la persona un poder real típico, esto no podría ejercitarse hasta tanto la cosa no adquiriera existencial real, lo que lleva a pensar en una relación jurídico-real en estado de pendencia o acaso, mejor, en una previa relación obligatoria que prepara el camino de la relación real definitiva.

El derecho real precisa un objeto plenamente determinado. Si el objeto no se encuentra plenamente determinado, pero se han establecido los criterios de determinabilidad, cabe, a semejanza del caso anterior, un contrato lícito y eficaz, pero no una relación jurídico-real inmediata. Un poder real sobre una cosa simplemente determinable no es concebible. Pensemos en la concesión del usufructo de una cualquiera de mis fincas, la que un tercero elija, o en la promesa de prenda sobre una cosa sólo determinada genéricamente. También aquí puede pensarse que lo que

existe es una relación obligatoria previa y preparatoria de una relación real definitiva.

Pues bien, en el derecho de retorno el objeto del supuesto derecho real sería, en todo caso, un objeto sin existencia actual que, además, no se hallaría plenamente determinado. Carecería de existencia actual, porque, por hipótesis, el objeto del derecho de retorno es un local en un edificio aún no construido. Carecería, además, de una plena determinación, porque falta una previa fijación que especifique cuál de los locales, con que el edificio cuenta, ha de ser el concreto objeto de cada particular derecho de retorno.

Todo ello parece conducir a la conclusión de que el derecho de retorno no es un derecho real. Esto, sin embargo, no es óbice para que tenga acceso al Registro y goce de la protección registral. El acceso al Registro no queda, en nuestro ordenamiento jurídico, limitado a los derechos reales, sino que se extiende a las situaciones jurídicas inmobiliarias destinadas a ser eficaces frente a terceros, pudiendo, en este sentido, decirse que la publicidad registral es una condición o requisito para la oponibilidad frente a terceros de las situaciones jurídicas que, de alguna manera, afectan al tráfico inmobiliario.

b) Ahora bien, si el derecho de retorno no es, así parece al menos, un auténtico derecho real ¿cuál es su verdadera naturaleza jurídica? Para resolver este problema acaso el mejor camino sea parar la atención en lo que podríamos denominar la sustancia económica del derecho de retorno. ¿Cuál es esta «sustancia económica»? Parece claro que el resultado práctico perseguido a través del derecho de retorno consiste en la reinstalación del arrendatario en el edificio reconstruido. Este resultado práctico puede obtenerse de dos maneras: bien manteniendo la vigencia de la relación jurídica anterior, o bien suponiéndola extinguida y disponiendo la creación de una nueva. Llegamos así a lo que, a nuestro juicio, constituye el centro mismo del problema, consistente en saber si el derecho de retorno es un derecho que forma parte de la relación jurídica de arrendamiento que continúa o si, por el contrario, se produce la extinción de la relación arrendaticia primitiva y la constitución de una nueva. Más claramente podemos decir que caben estas dos posiciones: 1) La continuación de una única relación jurídica a través de tres fases o momentos, el primero de los cuales comprendería hasta el abandono de los antiguos locales, el segundo desde el abandono hasta la reinstalación y el tercero desde ésta en adelante; se trataría, repitámoslo, de una relación jurídica que atraviesa tres vicisitudes distintas y que, por tanto, tiene en cada una de ellas un contenido diferente. 2) La existencia de tres relaciones jurídicas enteramente diversas entre sí: la primera de arrendamiento sobre los antiguos locales, que se extingue con la denegación de prórroga; la segunda, de retorno, y la tercera de arrendamiento sobre los nuevos locales. Una u otra

solución condicionan la naturaleza jurídica del derecho de retorno, que en el primer caso —única relación jurídica continuada— sería un derecho a una prestación, mientras que en el segundo caso sería un derecho potestativo o de configuración jurídica; es decir, el derecho a obtener la constitución de un nuevo arrendamiento. Tampoco este problema tiene un puro valor teórico y es grande su trascendencia práctica. Muchas cuestiones quedan prejuzgadas por la solución que ahora se dé. Pensemos, por ejemplo, en la situación jurídica del arrendatario en los nuevos locales y nos daremos cuenta de que esta es profundamente diversa si se trata de un nuevo arrendamiento o si se trata de una continuación del arrendamiento anterior. Si la continuación existe el arrendatario penetra en los nuevos locales con las mismas cualidades que ya tenía (v. gr.: arrendatario contratante, segundo arrendatario, sucesor en el arrendamiento, etc.), lo cual posee una gran trascendencia a efectos de determinar la posibilidad de nuevas transmisiones. Si el arrendamiento continúa, el primitivo contrato puede todavía proyectar su eficacia sobre la relación jurídica establecida en torno al nuevo local (v. gr.: eficacia de una renuncia a la facultad de traspasar, determinación del destino de los locales, eficacia de las prohibiciones estipuladas, etc.).

La solución de este problema —una única relación jurídica o tres relaciones jurídicas— es muy difícil de resolver con criterios dogmáticos. Dogmáticamente las dificultades son muy difíciles de superar, para llegar tanto a una como a otra solución. Parece claro que la ley configura el derribo como causa de excepción a la prórroga (art. 62, 2.º) y las excepciones a la prórroga como causas de terminación o de extinción del arrendamiento (art. 114, 11.º). Es indudable que algunas de las consecuencias jurídicas de la extinción del arrendamiento se producen también aquí, v. gr.: la extinción de los subarriendos, y que conceptualmente una identidad y una continuación de la misma relación jurídica después de un cambio del objeto es muy difícil de admitir.

No son, pues, criterios dogmáticos, sino criterios empíricos y de valoración de los intereses en conflicto los que deben determinar la solución del problema. En este sentido no cabe duda que la idea de la continuación de una única relación jurídica responde mejor a las necesidades prácticas, por ejemplo en las cuestiones, ya apuntadas, sobre la pervivencia de las cualidades del arrendatario o sobre la perduración de la eficacia del primitivo contrato. Ello induce, naturalmente con las necesarias reservas, a adoptar esta solución: una única relación jurídica arrendaticia que sufre una serie de vicisitudes modificativas y que atraviesa tres fases o momentos diversos.

Ahora bien, si esto es así, el derecho de retorno constituye sólo el contenido especial de la relación arrendaticia durante una de sus fases y, en este sentido, puede configurarse como un derecho y un deber que recaen sobre una prestación: la prestación

del retorno. El arrendatario tiene derecho a exigir y el arrendador debe de realizar un comportamiento económicamente valioso (prestación). Es, pues, una conducta del titular y una conducta del obligado lo que aquí se toma en consideración: el comportamiento socialmente necesario para proporcionar a¹ arrendatario su reinstalación en el nuevo edificio.

De todo lo expuesto pueden derivarse, por vía de conclusión, las siguientes indicaciones de carácter general:

1.º El derecho de retorno es un derecho de crédito que constituye el contenido especial de una relación obligatoria de arrendamiento en los casos de derribo del edificio arrendado para su reedificación.

2.º Este derecho de crédito y el correlativo deber de prestación forman una obligación que debe ser tomada como una «obligación *propter rem*», puesto que la deuda no recae en una persona individualmente determinada, sino sobre la persona que en cada caso sea propietario del inmueble.

3.º Se trata de una obligación que consiste, fundamentalmente, en un «dare», y que por ello debe, en principio, estar sometida a las reglas particulares dictadas para esta clase de obligaciones.

4.º Se trata de una obligación cuyo objeto no se encuentra plenamente determinado, sino que es solamente determinable a través de unos criterios de determinabilidad (local de condiciones análogas, etc.) previamente establecidos.

5.º Se trata, por último, de una obligación duradera que carece, sin embargo, de un plazo fijo tanto para su cumplimiento como para su determinabilidad.

III. Después de haber intentado analizar la naturaleza jurídica, debemos enfrentarnos con el régimen jurídico del derecho de retorno. Este régimen jurídico presenta, en el estado actual de nuestro ordenamiento, arduos problemas, debido a que las previsiones del legislador se han limitado únicamente a aquellos puntos que le parecieron suficientes para conformar de alguna manera la institución que trataba de establecer. En estos puntos la ley es minuciosa y prolija, pero ha olvidado, en cambio, toda una serie de temas, que la realidad social ha planteado ya, para los cuales la interpretación, la integración y la coordinación de estas normas con el resto del sistema es sumamente difícil.

El estudio de este régimen jurídico puede hacerse agrupando los diversos problemas en tres órdenes de cuestiones que pueden ser, sucesivamente, la estructura, la dinámica y el contenido del derecho de retorno.

La estructura del derecho de retorno es sencilla y no plantea problemas insalvables:

a) Los sujetos del derecho de retorno son, como ya con anterioridad hemos apuntado, dos: uno de ellos el sujeto activo, titular del derecho o acreedor del retorno, según nuestra terminología, y el otro el sujeto pasivo o deudor del retorno. Ambos quedan de-

terminados por su posición en la preexistente relación jurídica.

El titular del derecho de retorno ha de ser una persona que sea previamente arrendatario de un piso o de un local en el inmueble cuyo derribo se va a acometer. Esto resulta claramente de los artículos 81 y 82 de la LAU, donde se habla de «inquilinos y arrendatarios». La misma terminología emplea el artículo 15 del R. H. Con ello quedan excluidos del derecho de retorno todos los ocupantes de la finca que no posean previamente la cualidad de arrendatarios y que se encuentren en ella en virtud de un título distinto. Para los subarrendatarios el derribo es causa de extinción de su contrato sin derecho de retorno. Ningún derecho a reinstalarse en el edificio futuro tienen los precaristas. En cuanto a los titulares de derechos reales de uso (v. gr.: habitacionista, usufructuario) rige la norma que limita el poder del propietario de transformar la casa. La existencia de un derecho semejante impide el derribo, salvo que el propietario llegue a un convenio, del tipo que sea, con el ocupante poseedor de aquel derecho.

El derecho de retorno presupone, además, un arrendamiento protegido por la LAU o, más exactamente, incluido en el radio de aplicación de la LAU. Carecen, pues, de derecho de retorno los arrendatarios cuando el arrendamiento no esté sometido al régimen especial de la LAU. En este caso se encuentran los «arrendamientos de temporada», los arrendamientos de locales para casinos, el uso de viviendas y locales que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tuvieren asignados por razón del cargo que desempeñan, el arrendamiento de casa-habitación en un precio rústico, etc. Por razones especiales quedan excluidos del derecho de retorno, aunque se trate de arrendamientos sometidos a la LAU, los arrendatarios de edificios provisionales (barracones, casetas, chabolas, etc., cfr. art. 91 LAU) y los arrendatarios de edificaciones a que se aplique el artículo 149 de la llamada Ley del Suelo.

Titular de un derecho de retorno es el arrendatario únicamente cuando el arrendamiento se encuentra en fase de prórroga legal. Esto se deduce, a mi juicio, claramente de las normas reguladoras del derecho de retorno, enclavadas precisamente dentro de las normas dedicadas a regular la causa seguida de «excepción a la prórroga». Podrá aducirse que el enclave sistemático no es exacto, pues el poder que al arrendador se atribuye no es un poder de enervar la prórroga y, por tanto, de dar por terminado el arrendamiento, sino un poder de demandar una desocupación que permita el derribo, dejando vivo el arrendamiento, mas, aun siendo esto cierto, parece claro que el campo de aplicación de estas normas queda limitado a los arrendamientos en fase de prórroga legal. Si el arrendamiento se encuentra todavía en el período contractual o en una prórroga del mismo voluntariamente convenida, el arrendador no puede pretender la desocupación ni, consiguientemente, derribar la finca.

Es interesante examinar la situación de los que en sentido amplio podemos denominar «sucesores en el arrendamiento», caso en el cual se encuentran: los adquirentes por sucesión *mortis causa* de una vivienda o de un local de negocio; los cesionarios, mediante traspaso válidamente celebrado de un derecho arrendaticio sobre local de negocio, y los cesionarios *inter vivos* de una vivienda en los casos en que esta cesión se encuentre permitida por la ley (cesión en favor de los parientes, art. 24; cesión consentida o cesión en que haya caducado la acción de impugnación, art. 25, etc.). Los sucesores en el arrendamiento tienen, sin duda, derecho de retorno, aunque la situación jurídica que ocupen, una vez reinstalados, en el nuevo edificio deba ser continuación de la que ostentaban en los antiguos locales, lo cual tiene, como hemos visto, una gran importancia, a efecto de determinar la posibilidad de nuevas transmisiones del arrendamiento.

Cuando los titulares del arrendamiento sean varios; es decir, cuando exista una situación de coarrendamiento, el derecho de retorno debe entenderse atribuído conjuntamente a todos los arrendatarios.

¿Quién es el sujeto pasivo del derecho de retorno? Por lo general no cabe duda que debe ser el propietario del inmueble, puesto, que, como vimos, se trata de una obligación *propter rem*. Cuando el inmueble pertenezca proindiviso a varios condueños, todos los comuneros serán mancomunadamente deudores del retorno. Ahora bien, la LAU, al referirse al sujeto pasivo del derecho de retorno, habla siempre de «arrendador» y no de «propietario», lo cual puede suscitar algún problema cuando las cualidades de arrendador y propietario del inmueble no coincidan en la misma persona. Cabe pensar, por ejemplo, en la hipótesis de un arrendamiento establecido por un usufructuario o de un arrendamiento pactado por el dueño de un único piso, cuando el edificio esté sometido al régimen de propiedad de casas por pisos. En tales casos el derribo podrá acometerse por acuerdo del propietario y del usufructuario o por acuerdo de la Junta de Condueños. Lo que hay que saber es quién es, en tal supuesto, la persona responsable del retorno, la persona contra la cual puede el arrendatario dirigir su pretensión. En la hipótesis de usufructo parece, en principio, que el retorno debe gravar al usufructuario-arrendador, si continúa su derecho de usufructo sobre la nueva edificación. Caso de que el usufructo se extinguiese, la cualidad de arrendador pasa, por regla general, al propietario y con ella el gravamen del retorno. La misma solución parece que debe adoptarse en el caso de arrendamiento por el dueño de un solo piso.

b) El objeto del derecho de retorno es, como ya hemos visto también, una prestación del arrendador. Esta prestación consiste en la conducta necesaria para reinstalar al arrendatario en el edificio reconstruído en condiciones análogas a las que ya tenía

en el edificio derribado. Se trata, decíamos también, de una prestación de dar y de una prestación incompletamente determinada; es decir, determinable con base en unos criterios de determinabilidad previamente establecidos. El criterio de determinabilidad esencial es la analogía entre el local antiguo y el local moderno; analogía no sólo cualitativa, sino también cuantitativa. El arrendatario tiene derecho a ocupar en el nuevo edificio tantos locales independientes cuantos poseyera en el edificio derribado o demolido.

c) La duración del derecho de retorno es, con arreglo a la ley, indeterminada. En el R. H. se señala un plazo perfectamente determinado de cinco años. Pero este plazo no limita la duración del derecho, sino únicamente lo que podemos llamar su «vida registral». El derecho de retorno es, en sí mismo, un derecho de duración indeterminada. Luego veremos las dificultades que esta indeterminación temporal suscita.

IV. Además de analizar la estructura, es necesario intentar un examen, aunque sea somero, de lo que podemos denominar la «dinámica del derecho de retorno», a través, sobre todo, de sus tres principales momentos: su constitución, su transmisión y su extinción.

a) En orden a la constitución del derecho de retorno, la LAU se ha referido únicamente a un derecho de retorno de origen legal. En el R. H., sin embargo, se distinguen claramente dos formas de originación de este derecho, una legal y otra convencional, cuando se habla de tener derecho de retorno, «ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador». Ambos supuestos —constitución legal y constitución convencional— merecen ser analizados detenidamente. Convendrá, sin embargo, efectuar una leve aclaración de orden terminológico. La idea de «constitución» se aplica aquí únicamente respecto del derecho subjetivo del titular y del consiguiente deber jurídico del obligado. Contemplando el fenómeno desde la perspectiva más amplia de la relación jurídica que liga a las partes, no puede sin duda hablarse de un acto o de un supuesto de constitución, sino de un acto o de un supuesto de modificación de la relación jurídica preexistente. El acto modificativo altera el esquema del contenido de la relación jurídica —poderes y deberes de la partes— y produce en ella una vicisitud. El acto de modificación de la relación jurídica es por ello, al mismo tiempo, acto de adquisición o de atribución del derecho de retorno. El retorno puede ser, hemos dicho, legal y convencional. Veámoslo separadamente.

aa) De un «retorno legal» hablamos, sin demasiado rigor, para designar el supuesto de hecho típico de la LAU y para contraponerlo a la hipótesis de creación del derecho de retorno por convenio celebrado entre arrendador y arrendatario. En este sentido parece claro que la denominación «retorno legal» es puramente negativa e indica que el retorno que no es convencional. La

calificación «retorno legal» no es, por esto, demasiado exacta. El derecho de retorno se produce, es cierto, por disposición de la ley, pero la norma no actúa automáticamente, sino que precisa la producción sucesiva de los elementos del supuesto de hecho, entre los cuales existen, sin duda, manifestaciones de voluntad de cada una de las partes. El calificativo de «legal» no excluye de una manera absoluta la intervención de la voluntad de las partes en el nacimiento del derecho de retorno.

La norma, hemos dicho, no actúa automáticamente, sino que precisa la sucesiva producción de los elementos del supuesto de hecho. ¿Cuáles son estos elementos o presupuestos del llamado retorno legal?

1.º En primer lugar se requiere la preexistencia de una relación jurídica de arrendamiento urbano, vigente, sometida a la LAU y en período de prórroga legal.

2.º La decisión del propietario de derribar la finca para reedificarla en las condiciones previstas en el artículo 78 y la autorización administrativa necesaria para que posea eficacia. La decisión de derribar es, en sí misma, un acto jurídico unilateral. Para ser eficaz precisa el complemento de la autorización administrativa y su notificación a los arrendatarios en los plazos y forma señalados por la ley (art. 78, 2.º).

3.º La decisión del arrendatario de reintegrarse en el inmueble reedificado. El artículo 81 distingue según que el inquilino o arrendatario desee o no desee instalarse en el inmueble reedificado (§§ 1 y 4). El arrendatario es entonces titular de una facultad, en virtud de la cual puede optar por la extinción de la relación arrendaticia, obteniendo a cambio una indemnización, o por la continuación de la relación, desalojando los locales con derecho de retorno. Hay aquí un acto unilateral del inquilino de ejercicio de su facultad. Si el inquilino declara expresamente su voluntad, la situación jurídica sucesiva queda claramente configurada. ¿Qué ocurre, en cambio, si el inquilino omite declarar su voluntad? Habrá, en este caso, que interpretar su conducta, según que desocupe el local arrendado o continúe en él. La desocupación del local arrendado debe, a mi juicio, ser interpretada en la duda como voluntad de asumir el derecho de retorno, pues es la decisión de extinguir el arrendamiento la única que debe ser expresa, e incluso documental (cfr. art. 81, 4). La continuación en el local arrendado constituye una oposición a la pretensión del arrendador y da lugar a la acción de lanzamiento. Impuesta judicialmente la desocupación, cabe todavía plantearse el problema de la conservación del derecho de retorno. Puede pensarse que el in ejercicio de la facultad de opción acarrea la decadencia del derecho, pero esta solución carece de una base legal cierta, por lo cual hay que admitir, aun en este caso, el derecho de retorno.

Para el ejercicio de esta opción puede suponer problema la existencia de una pluralidad de arrendatarios. En tal caso, la de-

cisión debe hacerse por mayoría, presumiéndose iguales las partes salvo prueba en contrario.

4.º En relación con la constitución del derecho de retorno, hace la ley especial hincapié en un documento de fijación de condiciones que las partes tienen que suscribir. El carácter y la naturaleza de este documento se presentan sumamente borrosos. Parece, desde luego, claro que es necesario excluir que este documento sea el título constitutivo del derecho de retorno, y que tenga, en manera alguna, carácter de convención. Por lo demás, la ley es sumamente imprecisa al delinear el contenido del documento, que parece destinado a dejar constancia de una serie de datos de puro hecho, como son la extensión superficial, la renta y el número de los locales (art. 81, 1). Hay, pues, fijación de datos de hecho, con objeto de impedir una posterior discusión sobre ellos; pero no existe, en el contenido legal del documento, rastro de disposiciones de tipo negocial. Cabría quizá pensar en un título —ya que no constitutivo, porque el derecho nace *ope legis*— al menos declarativo o de fijación de la situación jurídica establecida entre las partes: declaración o reconocimiento de un derecho de retorno legalmente nacido.

La ley ha considerado la suscripción de este documento como una obligación de las partes, puesto que en el párrafo 2.º del citado artículo 81 se habla del «incumplimiento de esta obligación». Por lo que respecta al arrendador no hay inconveniente en admitir que se trata de una obligación o de un deber jurídico: obligación legal de reconocer la constitución del derecho. Más difícil es pensar en una obligación del arrendatario; para el arrendatario lo que hay aquí es, más que un deber, una carga —carga de constancia— de su derecho. Por esto, la omisión del documento, cuando es imputable al arrendatario ocasiona la pérdida del derecho, y cuando es imputable al arrendador da lugar a una sanción: la limitación de la renta que podrá percibirse en el edificio reconstruído.

La omisión del documento hace, además, necesaria una declaración judicial. La sentencia que recaiga será así el título declarativo del derecho de retorno.

Al hablar de la suscripción de este documento, la LAU ha pensado en la hipótesis de un solo arrendador y un solo arrendatario. La práctica, sin embargo, ha planteado ya el supuesto de que los arrendadores o los arrendatarios sean varias personas. En caso de pluralidad de arrendadores —v. gr. el edificio pertenece a una comunidad de bienes— cabe pensar, en relación con los poderes de gobierno de la comunidad, que la suscripción del documento es un acto de disposición, caso en el cual es necesaria la unanimidad, de administración, bastando la mayoría, de ejercicio de una acción útil, que uno solo puede realizar, o lo que a mi juicio es más exacto, de cumplimiento de una obligación legal. No se ha estudiado el tema de las obligaciones *propter rem*, que tienen

como deudores a una pluralidad de cotitulares. En nuestro caso, parece que debe considerarse como una deuda indivisible y, por tanto, solo realizable procediendo conjuntamente todos los deudores. En la hipótesis de pluralidad de arrendatarios parece, en cambio, que basta la presencia de uno solo para que el derecho de retorno quede reconocido.

bb) De una «constitución convencional del derecho de retorno» no habla la LAU pero no cabe duda de que el pacto de retorno es un pacto posible y perfectamente lícito.

¿En que supuestos es posible el «retorno convencional»? Cabe en los siguientes: 1.º cuando no existe un derecho de retorno de origen legal por no haberse producido los presupuestos necesarios para ello: en especial, cuando el arrendamiento no se encuentra sometido al régimen de la LAU, cuando se halla en período contractual, cuando se trata de arrendamientos para los cuales la ley excluye expresamente el retorno y cuando se acomete el derribo sin acudir al expediente administrativo especial previsto en el artículo 78; 2.º, cuando, existiendo un derecho de retorno de origen legal, las partes prefieren pactar unas condiciones diversas, más o menos completas, puesto que tiene aquí, a mi juicio, pleno campo de acción la autonomía privada; 3.º, cuando, habiendo existido un derecho de retorno de origen legal, éste se ha extinguido.

La naturaleza jurídica del negocio celebrado por las partes constituyendo el derecho de retorno es la de un contrato consensual. Para su eficacia no se exige ninguna forma especial. Unicamente, para hacerlo valer frente a terceros será necesario un documento público (cfr. art. 1.280 C. C.).

Desde el punto de vista de su repercusión en el patrimonio del arrendador parece conveniente decidir si se trata o no de un acto de disposición, lo que puede tener una gran importancia para determinar los poderes de un representante o la concurrencia de interesados en una comunidad de bienes. Los actos relativos a la creación o modificación de derechos arrendaticios sobre bienes propios han recibido tradicionalmente la calificación de actos de administración, pero hoy la similitud de este tipo de actos con los de gravamen hace aconsejable considerarlos como actos de disposición.

b) La «transmisión» es el segundo fenómeno que debe ser estudiado dentro de lo que hemos llamado la dinámica del derecho de retorno. Esta transmisión puede referirse al derecho (transmisión del derecho de retorno) o a la obligación que pesa sobre el arrendador (transmisión de la finca).

aa) La LAU no ha resuelto el problema de la transmisibilidad del derecho de retorno. Para la transmisibilidad del derecho de retorno de origen convencional no existe dificultad alguna, dado que no hay en la ley norma prohibitiva y la regla general (cfr. Civ., 1.112) admite la transmisión de los derechos subjeti-

vos patrimoniales nacidos en virtud de contrato. Mayores problemas plantea el retorno de origen legal. La intransmisibilidad de un derecho de este tipo puede entenderse fundada en una adecuada valoración de las razones, en virtud de las cuales ha sido creado. El derecho de retorno legal se crea para atender a una necesidad muy concreta e individualizada: el interés del inquilino de no quedar sin vivienda o sin local comercial. No parece, por tanto, admisible convertir este derecho, nacido para atender a un interés concreto, en objeto normal del tráfico económico. A lo más que podría, a mi juicio, llegarse es a equiparar la transmisión del derecho de retorno con la transmisión del derecho arrendaticio. Esto quiere decir que por actos inter vivos el derecho de retorno a una vivienda sólo puede transmitirse con consentimiento del arrendador (art. 25), salvo cuando se haga en favor de los parientes señalados en el artículo 24. Una dificultad, que parece puramente literal, supone el hecho de que en este precepto se exige la convivencia habitual y anterior de cedente y cesionario en el local arrendado, lo que en materia de retorno, por hipótesis, no puede producirse. El derecho de retorno a un local de negocio puede transmitirse cumpliendo las prescripciones establecidas para el traspaso: notificación fehaciente al arrendador y derecho de éste a participar en el precio o a redimir el gravamen —mal llamado «retracto del propietario»—. Las reglas de la transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio son, *similia similibus*, aplicables.

bb) El cambio de arrendador, durante la pendencia del derecho de retorno, parece previsto en el artículo 94 de la LAU, el cual dice que «el cumplimiento de las obligaciones a que, conforme este capítulo, queda sometido el derecho de negar la prórroga del contrato de arrendamiento de viviendas y locales de negocio por la segunda excepción que se establece, será obligatorio aún en el caso de que cambie la persona del titular que hubiere comenzado a ejercitarlos». Este párrafo no es, desde luego, un dechado de perfecciones, desde el punto de vista gramatical o literario, pero su sentido parece claro. El derecho de retorno subsiste, aunque el arrendador transmita a otro el dominio de la finca. El adquirente soporta el derecho de retorno y queda obligado a consumir la prestación del retorno. Si adquirió ignorando esta carga podrá pedir a su transmitente el saneamiento; pero esto no afecta al derecho de retorno, que le obliga, como obligación *propter rem*. Más difícil es decidir si el transmitente, primer obligado, se desliga por completo y queda exento de responsabilidad cuando no ha sido expresamente liberado por su acreedor. Una subsistencia de la responsabilidad del primer obligado puede tener una gran importancia práctica en orden, por ejemplo, a la solvencia para una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.

c) La «extinción del derecho de retorno» tampoco ha sido

completamente regulada en la ley y las causas de extinción tienen que ser construídas poniendo en conexión varios preceptos especiales y esporádicos con las normas generales del Derecho civil.

1.º Cabe, en primer lugar, la renuncia del derecho de retorno por su titular, bien se haga gratuitamente o bien por precio, pues se trata, sobre esto no puede existir sombra de duda, de un derecho renunciabile.

2.º Una causa especial de extinción del derecho de retorno se encuentra establecida en el artículo 81, 3, de la LAU. Pierde el derecho de retorno «el inquilino o arrendatario que tenga a su disposición vivienda o local de negocio en el modo previsto en el número 5.º del artículo 62». La norma referida —el artículo 62, 5— permite al arrendador oponerse a la prórroga legal «cuando el inquilino, en un plazo de seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la presentación de la demanda, hubiese tenido a su libre disposición, como titular de un derecho real de goce o de disfrute, una vivienda desocupada y apta para la satisfacción de sus necesidades y de características análogas a la arrendada». La coordinación de ambos artículos, 81, 3 y 62, 5, ofrece alguna dificultad. El artículo 62 habla solamente de viviendas, mientras que el artículo 81 se refiere también a locales de negocio, donde la posesión de una pluralidad puede ser necesaria para la empresa que se explote (v. gr.: empresa con varios establecimientos, sucursales, etc.). En el artículo 62 la disposición de otro local debe haberse producido en un plazo de seis meses anteriores a la demanda. Este plazo, ¿juega, tratándose de derecho de retorno? En principio puede pensarse que el derecho de retorno se pierde si en el momento de desalojar el local, todo lo más, en el momento de la notificación de derribo, el arrendatario dispone de otro local. Puede también pensarse que el derecho de retorno se pierde si, durante las obras de reconstrucción se dispone de otro local. Pero en ninguno de estos casos funciona el plazo de seis meses del artículo 62. La referencia del artículo 81 —«en el modo previsto en el número 5.º del artículo 62»— debe entenderse limitada al último inciso de este último precepto, donde se establecen el título: «como titular de un derecho real de goce o disfrute» (por tanto no otro arrendamiento; pero sí, en cambio, la propiedad); y el tipo general: «desocupada, apta para la satisfacción de las necesidades y de características análogas a la arrendada».

3.º Como causa de extinción del derecho de retorno puede citarse también la caducidad por retraso en la reocupación del local (art. 82, 2) y, en general, por falta de ejercicio.

4.º Finalmente, causa de extinción es también el cumplimiento o conversión del retorno en un nuevo arrendamiento.

V. Nos resta, para completar el cuadro sustantivo, del derecho de retorno, examinar someramente su «contenido». Hemos

visto con anterioridad, cómo el derecho de retorno es un derecho dirigido a obtener del arrendador una conducta dirigida a reinstalar al arrendatario en el edificio reconstruido. Debemos ahora analizar las diversas facultades contenidas en este derecho así como las medidas conducentes a lograr su efectividad. Estas medidas pueden ser estudiadas en tres momentos o fases, según que: *a*), el edificio haya sido ya desalojado, pero no demolido; *b*), haya sido demolido, pero no reedificado, o *c*), haya sido ya reconstruido.

a) La primera fase es la comprendida entre la desocupación y el derribo. Las obras de demolición, dice la ley, deben comen-zarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del desalojo total. Transcurrido este plazo, sin que hayan dado comienzo las obras de demolición, los arrendatarios pueden reocupar los mismos locales que tenían sin obligación de pago de las mensualidades transcurridas y con derecho a una indemnización del mismo importe. La acción para obtener la indemnización caduca a los seis meses (cfr. art. 80 LAU). Este artículo no preve, sin embargo, la hipótesis de que, al ejercitar el arrendatario su derecho de reocupación, el local se encuentre ocupado por otra persona. Parece, que, en tal caso, debe prosperar una solución análoga a la establecida en el artículo 88, donde se permite el lanzamiento del nuevo ocupante. En definitiva, se trata de una facultad del arrendatario de recuperar la posesión de la cosa arrendada, en un arrendamiento todavía vigente y en virtud de un derecho de carácter preferente al que pueda ostentar el tercer ocupante. Se podría incluso pensar en la posibilidad de aplicación de los interdictos. Si el arrendador no lo consiente, la facultad de recuperación tendrá que ser ejercitada judicialmente. Surge entonces el problema de las medidas que el arrendatario puede adoptar para impedir una demolición retrasada. También aquí puede pensarse en una aplicación de la idea de los interdictos o en un procedimiento análogo. Sin embargo, parece contrario a la buena fe que el arrendatario se oponga a la demolición retrasada, cuando el retardo es fortuito y carece de una razonable trascendencia.

b) La segunda fase comprende desde la demolición del edificio hasta su reedificación y es la fase que mayores dificultades plantea.

Ante todo surge aquí el problema de si el arrendador está obligado a reconstruir el edificio y, sobre todo, si el cumplimiento de esta obligación puede ser exigido por el arrendatario. El arrendador ha contraído un «compromiso de que las obras de reedificación se realizarán» en un determinado plazo y de una determinada manera. Este compromiso es contenido en una declaración unilateral de voluntad que es «comunicada» a la Administración. Lo que hay que preguntarse entonces, es si en la relación jurídica que liga al titular del derecho de retorno con el

propietario del edificio puede hablarse de una facultad de exigir la reedificación y de una estricta obligación de construir, o si esta obligación sólo existe en la relación de derecho público que liga al propietario con la Administración. El contenido de la relación jurídica que liga a arrendador y arrendatario está formado por el derecho de retorno y el deber de proporcionar el retorno. El objeto de este derecho y de este deber es lo que hemos llamado la prestación de retorno que en sí misma considerada es una prestación de dar, puesto que se dirige a la entrega de la posesión y del uso de unos locales. Los titulares de un derecho de retorno no tienen derecho al edificio, sino derecho a unos locales sitos en el edificio. Lo que ocurre, esto es claro, es que la prestación de retorno sólo puede ser cumplida realizando previamente la reconstrucción del edificio. El problema que entonces se plantea es éste: si la deuda comprende sólo la prestación estrictamente establecida en el título constitutivo de la obligación o se extiende también a todas aquellas actividades que son necesarias para proporcionar al acreedor la prestación debida. El problema, que pertenece a la teoría general de las obligaciones, es importante, porque si estas actividades previas (por ejemplo, cultivar el fundo, cuando se ha vendido la cosecha futura) forman parte de la prestación, el acreedor podrá exigir, incluso coactivamente, su específica realización; en cambio, si quedan fuera de la prestación, el acreedor lo único que podrá hacer es considerar incumplida la deuda y poner en marcha las consecuencias que el ordenamiento jurídico asigne al incumplimiento. A mi juicio, cuando estas actividades previas tienen una consistencia económica superior a la prestación, sólo pueden ser directamente exigidas si se constituyen en prestación autónoma e independiente, cosa que no ocurre en nuestro caso respecto a la reedificación. Esto quiere decir que los titulares de derechos de retorno no pueden exigir la reedificación, ni pueden pretender que el propietario sea condenado a reconstruir o que sea decretado que se reconstruya a su costa. Podrán, acaso, en la órbita administrativa, utilizar medidas indirectas: solicitar que la Administración sancione al propietario, que la finca sea incluida en el Registro público de solares y se ordene su venta forzosa, etcétera, pero no pueden exigir directamente la reedificación.

La omisión de la reedificación puede, sin embargo, ser considerada como incumplimiento del deber de prestación del retorno y como violación del correspondiente derecho del arrendatario. Ahora bien, para hablar de «incumplimiento», sería menester, en rigor, que la falta de reedificación fuera definitiva. La hipótesis normal será, en cambio, de retraso en la reedificación. Las consecuencias del retraso son, con arreglo a la LAU, muy difíciles de señalar. El retraso en reedificar origina inmediatamente un retraso en el cumplimiento de la prestación de retorno. Esta prestación carece de un plazo determinado de cumplimiento, aunque puede aplicársele el plazo administrativo de ejecución de la obra

(cfr. art. 78, 1.º LAU) o un plazo razonable al arbitrio del Juez (cfr. art. 1.128 C. C.). Transcurridos los plazos caben dos posibilidades: 1.ª La constitución en mora del arrendador y, consiguientemente, el nacimiento de una acción de resarcimiento en favor del arrendatario, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar todavía el cumplimiento. 2.ª La existencia de un incumplimiento definitivo, si con el transcurso del tiempo la prestación pierde por completo interés para el arrendatario, también en este caso con acción de resarcimiento. Pensemos en el caso de un comerciante para quien un retraso excesivo en la reapertura de su establecimiento, además de un importante *lucrum cessans*, supone la necesidad de buscar un establecimiento distinto.

En ambos casos se trata de proteger el interés de una serie de personas que, fundadas en una confianza justificada, han aceptado una situación transitoria (p. ej., una instalación provisional) con la esperanza de mantenerla únicamente durante un lapso de tiempo breve o, en todo caso, prudencial. En ambos casos habrá que valorar también el carácter fortuito, negligente o voluntario del incumplimiento (p. ej., puede existir negligencia en el hecho de acometer un proyecto de reedificación sin una previsión razonable del plan de financiación).

c) La tercera fase del derecho de retorno se presenta cuando el edificio ha sido ya reconstruido. Reconstruido el edificio, es necesario concretar la prestación que, como vimos, aún no estaba perfectamente determinada y cumplirla. El modo preferente de esta determinación es la asignación del arrendador. En defecto de ella funciona la elección del arrendatario.

aa) El acto de asignación por el arrendador es, a mi juicio, un acto de arbitrio del deudor en la determinación de la prestación de naturaleza semejante a la elección en la obligación alternativa o a la especificación en la obligación genérica. Cuando los arrendadores fueran varios será necesario el acuerdo de la mayoría de ellos. El representante del arrendador deberá poseer, por lo menos, un poder general de administración. La asignación es un acto unilateral del arrendador. Para ser eficaz tiene que ser notificada notarialmente al arrendatario, en el domicilio designado al efecto y con el contenido señalado por la ley (cfr. art. 82, 1, LAU).

Lo que la ley no prevé, y sin embargo es una circunstancia importante, es el tiempo en el cual la asignación debe realizarse. Y es importante porque la omisión de la asignación por el arrendador pone en marcha la elección de local por el arrendatario. La falta de determinación de un plazo para la asignación suscita el problema de cuándo debe entenderse omitida dicha asignación, de tal manera que puede ya funcionar la elección del arrendatario, y cuándo debe considerarse simplemente demorada y puede, por tanto todavía realizarla. Se trata de un problema que no puede resolverse *a priori* y que hay que dejar a lo que exija la buena fe con arreglo a las circunstancias de cada caso.

La asignación debe ser conforme con los criterios de determinabilidad establecidos en la ley. Estos criterios de determinabilidad son los siguientes: 1.ª La extensión superficial: el local asignado debe contar con una superficie que no sea inferior a las tres cuartas partes de la superficie del antiguo local. 2.ª La identidad de instalaciones y servicios. Como «servicios» parece que deben entenderse elementos exteriores al local y comunes a todo el inmueble (ascensores, montacargas, etc.) y como «instalaciones» los elementos interiores y exclusivos (cuartos de aseo, cocinas, etc.). La identidad de instalaciones no puede aplicarse, en cambio, a los elementos de carácter accidental (número de habitaciones, balcones, terrazas, etc.). 3.ª La analogía de altura. El local asignado debe estar situado en la misma planta en que estuviera el antiguo local (cfr. el art. 83, en relación con el art. 85, 1, donde se habla de «planta distinta»). 4.ª La analogía de posición, que se refiere a la situación, exterior o interior, del local asignado.

Por su conformidad con los criterios de determinabilidad, la asignación puede ser adecuada o inadecuada. Si la asignación es adecuada, la prestación queda completamente determinada y la obligación cumplida con la puesta a disposición del local asignado. El arrendatario tiene entonces la carga de una pronta aceptación del cumplimiento y de una inmediata ocupación del local. Si no lo hace en un plazo de treinta días, contados a partir del momento de la notificación, su derecho queda extinguido. Es interesante reflexionar sobre la naturaleza jurídica de este hecho extintivo del derecho de retorno producido por su inejercicio durante un lapso de tiempo de carácter perentorio. Ante todo cabe preguntarse si la extinción del derecho de retorno es automática, o si lo único que se produce es una excepción a favor del arrendador tendente a impedir un ejercicio posterior. También cabe preguntarse si puede ser sometido este plazo perentorio a temperamentos en virtud del principio de buena fe (v. gr., imposibilidad justificada del arrendatario o notificación hecha de mala fe por el arrendador en un momento inoportuno para el arrendatario). A mi juicio lo que aquí se produce es una caducidad o una decadencia del derecho por incumplimiento de una carga impuesta como condición del mismo, pero debe llegarse a la conclusión de que la excepción de caducidad o de decadencia, formulada por el arrendador, debe ser inadmisibles cuando se haga de mala fe.

Si la asignación es inadecuada, la prestación se concreta en algo diferente de lo debido; hay una diversidad entre prestación debida y prestación realizada y se produce, por tanto, un cumplimiento defectuoso de la obligación. Ahora bien, ¿qué consecuencias produce este defectuoso cumplimiento de la obligación? La LAU es muy poco clara en este punto. Cabe que el arrendatario acreedor del retorno acepte la prestación defectuosa, se aquiete con ella y dé por cumplida la obligación. Cabe también que el arrendatario acepte la prestación defectuosa y ponga en marcha

la sanción específica de reducción de rentas establecida en el artículo 85. Esta es, en rigor, la única solución prevista por la LAU. ¿Debe ser realmente la única? ¿Es posible llegar a la conclusión de que el cumplimiento defectuoso del arrendador no produce otra consecuencia que la facultad del arrendatario de reclamar una reducción de renta? Obsérvese que si esto se admite se llega a una conclusión contraria a los principios generales de nuestro sistema, porque se priva al arrendador de la facultad de rehusar la prestación defectuosa que le asiste siempre (cfr. artículo 1.167 C. C.), teniendo en cuenta, sobre todo, que la prestación ha de ser idónea para satisfacer el interés del acreedor.

Por ello, en la asignación inadecuada podrían distinguirse dos casos diversos: 1.º Cuando, a pesar de su inadecuación, la prestación es útil objetivamente, de tal manera que llena su destino y satisface el interés del acreedor; por ejemplo, una leve disparidad de altura (planta cuarta o quinta, etc.), una leve reducción de la extensión, etc.; en este caso, el rehusar constituiría un acto de ejercicio abusivo de una facultad; el arrendatario podrá únicamente reclamar la reducción de renta. 2.º Cuando la prestación es completamente inidónea para llenar su destino y satisfacer el interés del acreedor, es legítimo el ejercicio de la facultad de rehusar la prestación y de considerar al deudor dentro de un incumplimiento definitivo, siendo las consecuencias de este incumplimiento las mismas que en el caso de falta de asignación.

Un caso especial de aplicación de este orden de ideas se encuentra contenido en el artículo 86. El arrendatario de un local de negocio sito en la planta baja y al exterior tiene derecho a ocupar un local de iguales características cuando demuestre un perjuicio para su negocio por ocupar un local de situación distinta.

bb) Cuando el arrendador incumple definitivamente su obligación y no realiza la prestación debida, la ley atribuye al arrendatario una facultad de optar entre recibir una indemnización pecuniaria u ocupar el local que él mismo elija.

La indemnización es tasada y su importe son cinco anualidades de renta. Este carácter de indemnización tasada rompe la proporción entre indemnización y daño. No se exige la prueba del daño ni la de su cuantía. La indemnización no varía aunque supere al daño efectivo o sea inferior a él. Ni el arrendatario puede pretender una indemnización mayor, probando un daño más elevado, ni el arrendador oponer que el daño no ha existido o que ha sido inferior. De aquí que más que de indemnización deba hablarse de conversión de la prestación de retorno en una pretensión pecuniaria legalmente equivalente.

La elección de local por el arrendatario parece, en una interpretación literal de la Ley, enteramente libre, de manera que el arrendatario puede elegir a su arbitrio (*arbitrium merum*) cualquiera de los locales con que el edificio cuenta. Sin embargo, esta

interpretación no me parece admisible. El arrendatario debe ajustar su elección a los criterios legales de determinabilidad, antes enunciados. Por esta misma razón, parece inadmisibile un acto de abuso manifiesto en la facultad de elegir (v. gr., pisos ocupados habiendo otros libres; pisos notoriamente diversos existiendo otros análogos). Una elección inadecuada del arrendatario puede ser modificada por los Tribunales, conforme a *arbitrium boni viri*.

La elección produce una acción directa del arrendatario dirigida a obtener su instalación en el local elegido. Si éste se encuentra ocupado por otra persona, aunque el ocupante sea un tercero de buena fe, el titular del derecho de retorno puede pretender el lanzamiento. Cual sea la naturaleza de esta acción de lanzamiento es también cosa muy difícil de determinar. Se trata, es claro, de una acción establecida para proteger la preferencia o prioridad, que la ley concede al derecho de retorno sobre los demás derechos de ocupación. La afirmación de esta prelación produce la desposesión del tercer ocupante y una indudable repercusión en el vínculo existente entre éste y el arrendador que tendrá, en cada caso, sus especiales consecuencias (índemnizatorias, rescisorias, etc.).

La ley no ha limitado esta desposesión y, por ello, el lanzamiento se produce, en principio, cualquiera que sea el derecho del ocupante. Este problema merece, sin embargo, alguna atención. La finalidad atribuida a la acción de lanzamiento —afirmación de la prioridad del derecho de retorno— parece que excluye su viabilidad cuando el ocupante sea titular de otro derecho de retorno. No hay aquí caso de prioridad, sino de colisión de derechos iguales, en que vence la posesión anterior. En cambio, no hay obstáculo insalvable para la acción de lanzamiento cuando el ocupante es dueño del local (p. ej., por haberlo comprado) o titular de un derecho real de uso y, menos aún, cuando sea arrendatario o subarrendatario en virtud de nuevos contratos.

VI. Analizado así, a grandes trazos, el régimen jurídico del derecho de retorno, vamos a tratar de analizar ahora los problemas que plantea su acceso al Registro de la Propiedad.

a) Parece, a primera vista, que las normas hipotecarias, al imponer una determinada publicidad registral al derecho de retorno, para su efectividad frente a terceros adquirentes, han tratado de proteger, de acuerdo con los principios generales del sistema registral, el interés de estos terceros, que es, en definitiva, el interés del tráfico jurídico: suprimir los gravámenes ocultos; que el que compra de buena fe adquiera la situación jurídica que el Registro publica. Pero al protegerse el interés de los terceros adquirentes se ha barrenado y se ha mermado la eficacia del derecho de retorno. En la LAU el titular de un derecho de retorno puede pretender la efectividad de su derecho contra un tercero adquirente, sin limitación (cfr. art. 94). Ahora esta efectividad sólo es posible si el arrendatario ha cumplido la carga de dar a su

derecho una determinada publicidad registral. No cabe duda que el artículo 15 del R. H. modifica el artículo 94 de la LAU. Se plantea, con ello, un problema de jerarquía de fuentes, pues las normas de una Ley son modificadas por las normas de un Decreto.

Prescindiendo de este grave problema, que aquí sólo puede quedar planteado, preguntémosnos cuáles son los presupuestos, cuál el contenido y cuáles los efectos de esta constancia registral del derecho de retorno.

b) ¿Cuáles son los presupuestos del asiento que da al derecho de retorno acceso al Registro de la Propiedad?

aa) En primer lugar es necesario el requisito de la previa inscripción del dominio de la finca en favor de la persona obligada por el retorno. Esto plantea, a su vez, dos problemas distintos para la efectividad registral del retorno cuando la finca no está inmatriculada y cuando está interrumpido el trato sucesivo.

Si la finca no se encuentra inmatriculada, parece que el titular del derecho de retorno tendrá que seguir la vía procesal que señale la legislación hipotecaria para la «inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas» (arts. 7, L. H. : 312 y 376, R. H.). Para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido puede utilizarse el mismo procedimiento y cabe pensar también en la posibilidad de utilizar el acta de notoriedad, para la cual la ley legitima simplemente a la «persona que demuestre interés» (arts. 203 L. H. ; 289, R. H.).

bb) El segundo requisito necesario para provocar el acceso del derecho de retorno al Registro de la Propiedad es la solicitud dirigida al Registrador. «Bastará solicitud del interesado», dice el artículo 15 del R. H. Esta solicitud se rige por las normas generales establecidas en la ley para la solicitud de inscripción (arts. 6 L. H. ; 39 R. H.).

cc) Se exige, por último, la presentación de un título inscribible. El artículo 15 exige la presentación del «contrato de inquilinato y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno». Esta expresión legal, sumamente vaga, puede originar y de hecho origina algunas dificultades de interpretación. Ante todo, se exige la ineludible presentación del «contrato de inquilinato», porque la existencia y la vigencia del arrendamiento son el fundamento mismo del derecho de retorno. Ahora bien, el «contrato de inquilinato» es normalmente, un documento privado y carece, por tanto, de carácter fehaciente; presentado únicamente por el interesado solicitante de la inscripción, que es el arrendatario, queda siempre un margen de duda sobre la autenticidad, que habrá de ser, de algún modo, suplida por el título «del que resulte el derecho de retorno». Este título puede ser, según el Reglamento, convencional, judicial o administrativo.

El R. H. se refiere, en primer lugar, al «título convencio-

nal». ¿Qué debe entenderse por título convencional? No cabe duda que bajo esta denominación se engloba el negocio jurídico celebrado por el arrendador y el arrendatario, dando nacimiento a un derecho de retorno de origen convencional, siempre que este negocio jurídico conste en un documento público (artículo 3 L. H.). Pero, ¿y el derecho de retorno de origen legal? ¿Es necesario, para obtener el acceso al Registro, presentar un título convencional? Posible es, desde luego, aunque quepa siempre hacer cuestión acerca de si un título en el que se reconoce una situación legalmente creada, es en rigor un título «convencional». ¿Es el único medio para el acceso al Registro del derecho de retorno? Probablemente no. Cabe pensar que puede utilizarse con este fin el documento a que se refiere el artículo 81 de la LAU, pese a todos los reparos que antes le pusimos, siempre que sea documento público y cabe pensar también en la posible utilización por el arrendatario del acta notarial levantada a instancia del arrendador, creada en la práctica a tenor del artículo 104 de la LAU de 1946.

Por «título judicial» hay que entender la sentencia recaída en el pleito seguido por el arrendatario con el arrendador para el reconocimiento del derecho de retorno.

Mayores dificultades suscita dilucidar lo que debe entenderse por «título administrativo». En rigor, la ley se refiere a un acto administrativo que posea eficacia constitutiva o declarativa del derecho de retorno. Un acto de esta naturaleza es muy difícil hallarlo en nuestro actual sistema. No posee este carácter la autorización gubernativa para derribar ni los acuerdos municipales en que un derribo sea decretado. Estos actos pueden ser un presupuesto del derecho de retorno, pero de ninguna manera poseen eficacia declarativa, pues la declaración administrativa de que existe un derecho de retorno no tiene fuerza vinculante para las partes.

c) ¿Cuáles son los asientos a través de los cuales se realiza el ingreso en el Registro del derecho de retorno? El R. H. se ha referido únicamente a la constancia registral del nacimiento o de la existencia del derecho de retorno, que se hace por «nota al margen» de la inscripción de dominio de la finca. El primer asiento y el fundamental es, pues, una nota marginal, que pertenece al grupo de las que la doctrina hipotecaria denomina notas marginales supletorias o sucedáneas. Parece, sin embargo, que no es este el único asiento que el derecho de retorno está llamado a causar en el Registro. De la conexión del artículo 15, reformado, con el resto de nuestro sistema hipotecario parece deducirse la posibilidad de practicar en el Registro de la Propiedad, en relación con el derecho de retorno, otros asientos registrales.

Ante todo, cabe pensar en una anotación o nota marginal preventiva de demanda, conforme al artículo 42, 1.º, L. H., cuan-

do el arrendatario demanda frente al arrendador la declaración judicial del derecho de retorno. El artículo 42, 1.º, L. H. se refiere exclusivamente a «derechos reales», pero no hay inconveniente para interpretarlo de una manera extensiva como referido a «situaciones jurídicas con acceso al Registro.» De la misma manera cabe una anotación o nota marginal preventiva por defectos subsanables (arts. 49, 9.º, y 65 L. H.), pues aunque la ley se refiere aquí a títulos sujetos a «inscripción» también su interpretación debe ser extensiva.

La constancia registral de la transmisión del derecho de retorno en los supuesto en que, según hemos visto, es admisible, puede operarse también mediante la oportuna nota marginal, siempre que se presente en el Registro un documento público que acredite la transmisión.

Finalmente, se produce en el Registro la cancelación de los asientos señalados anteriormente. La cancelación puede producirse por el transcurso del plazo de vida registral de la nota. «Transcurridos cinco años desde su fecha —dice el art. 15 R. H.— las expresadas notas se cancelarán por caducidad». Esta caducidad es automática y la cancelación puede ser decretada de oficio por el Registrador. No es admisible la prórroga de dicho plazo ni la práctica una nueva nota que sustituya a la caducada. Ambas posibilidades carecen de base en la norma que claramente ha querido limitar la vida registral del derecho de retorno. Fuera de este caso de caducidad automática del asiento, la cancelación ha de producirse en virtud de documento auténtico en que conste el consentimiento del titular del derecho de retorno o en virtud de un mandamiento judicial (art. 82 L. H.).

d) Veamos, finalmente, cuál es la eficacia registral del asiento en virtud del cual penetra en el Registro el derecho de retorno. A mi juicio, el hecho de que este asiento sea una nota marginal indica que no se le ha querido conceder una eficacia registral plena como es la eficacia de inscripciones, sino una eficacia registral limitada. Si la eficacia registral plena comprende, en general: *a)* la publicidad en su aspecto negativo o inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 L. H.); *b)* la publicidad de su aspecto positivo o consumación de la adquisición a *non dominus* (artículo 34 L. H.); *c)* la legitimación del titular registral (art. 38 L. H.), y *d)* la prioridad del derecho inscrito (art. 17 L. H.), parece, en principio, que la nota marginal de derecho de retorno sólo produce el primero de los mencionados efectos. El concesionario de un derecho de retorno a *non dominus* no puede invocar la protección del artículo 34. Tampoco puede ampararse en la presunción de exactitud del artículo 38 ni pretender la prioridad de su derecho por una razón registral. Hay, simplemente, un efecto negativo de publicidad que se encuentra expresado en el propio artículo 15 del R. H., «sin esa publicidad no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho». Es decir:

1.º Si el titular de un derecho de retorno inscrito demanda su efectividad frente a un tercer adquirente de la finca, este no puede impedir ni enervar la acción del titular.

2.º Si el titular de un derecho de retorno no inscrito demanda la efectividad de su derecho frente a un tercer adquirente de la finca, éste puede oponerse con éxito a la acción del titular.

Con todo ello se puede llegar a la conclusión de que la nota marginal del artículo 15 del R. H. opera de una manera semejante a las anotaciones preventivas enervando la posible eficacia de la fe pública del Registro y, consiguientemente, la adquisición de buena fe de la finca sin la carga que de esta manera se publica.

