

Naturaleza posesoria del derecho de retorno

POR
MARIANO LOPEZ ALARCON
Profesor Adjunto

SUMARIO

- I. Concepto.
- II. Presupuestos del derecho de retorno.
- III. Naturaleza jurídica del derecho de retorno.
- IV. Nacimiento y constitución.
- V. Ejercicio y extinción.
- VI. Supuestos de exclusión del derecho de retorno.
- VII. El derecho de retorno y el Registro de la Propiedad.

I. CONCEPTO

Si *retorno* significa vuelta al lugar de donde se salió, *derecho de retorno* no es otro que el de reintegro en la posesión de la cosa inmueble por parte de quien hubo de separarse de la misma.

En Derecho arrendaticio urbano hay derecho de retorno cuando el arrendatario tiene la facultad de recuperar la posesión del piso desalojado (1). Las manifestaciones de este derecho de reocupación son numerosas, como puede verse:

1.^a Decadencia de la excepción primera de las negatorias de la prórroga forzosa cuando durante los tres meses siguientes al desalojo de la

(1) Empleamos la palabra *piso* en el sentido con que se viene utilizando, comprensivo de vivienda o local de negocio indistintamente. El art. 396 del Código civil se atiene a este significado y la generalidad de los autores que estudian la propiedad horizontal. Véase por todos a BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, cuarta edición, Alcoy, 1960.



vivienda no hubiera sido ocupada por la persona para quien se reclamó (art. 68 LAU) (2).

2.^a Decadencia de la excepción segunda cuando las obras de demolición no se inician dentro de los dos meses siguientes al total desalojo del inmueble (art. 80 LAU).

3.^a En caso de suspensión del contrato, conforme al art. 92 LAU, cuando el propietario se propone efectuar obras para elevar o adicionar la construcción, que tengan por objeto aumentar el número de viviendas y que hagan inhabitable temporalmente la vivienda o local de negocio ocupados por el inquilino o arrendatario. El propietario podrá realizarlas siempre que obtenga previamente autorización del Gobernador civil de la Provincia y notifique fehacientemente a los inquilinos o arrendatarios su propósito así como la concesión de la Autoridad gubernativa, con seis meses de antelación, por lo menos, al día que proyecte comenzar las obras. El inquilino o arrendatario tienen derecho a reintegrarse a sus respectivos pisos tan pronto como las obras queden concluidas o, si el propietario no las inicia, dentro de dos meses contados desde el día en que quedó desalojada la vivienda o el local (3).

4.^a Si la Autoridad competente dispone la ejecución de obras que impidan que la finca siga habitada, quedando en suspenso los contratos de arrendamiento durante el tiempo que se emplee en aquellas (art. 119 LAU), con facultad de retorno del inquilino o arrendatario.

(2) TORRES AGUILAR, *La recuperación por el inquilino de la posesión de la cosa locada*, Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, 1955, págs. 711 y sgts.; SORO NIETO, *Derecho de retorno del inquilino en la excepción a la prórroga por necesidad*, Revista Jurídica de Cataluña, 1959, págs. 801 y sgts.; Id., *Excepciones a la prórroga en el contrato arrendaticio urbano*, Alcoy, 1960, págs. 263 y sgts.

(3) El art. 92 se remite a los arts. 80 y sgts. LAU, o sea, a la suscripción del documento-contrato ante el Gobernador civil. CASTÁN y CALVILLO dudan de la aplicabilidad de dichos preceptos en este caso particular, pues —dicen— no se comprende porqué ha de estar condicionada la aplicación de los arts. 81 y siguientes únicamente al hecho de que las obras no se inicien en el plazo previsto en la Ley (*Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1957, t. II, pág. 336) y FERRER MARTÍN afirma categóricamente que «son necesarias las manifestaciones de voluntad prescritas en el art. 81, pues el derecho de reintegrarse al edificio nace del mismo contrato anterior, que no se extinguió (*Negativa de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento por propósito de demolición*, Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 760). SORO NIETO opta por discriminar qué preceptos pueden estimarse de aplicación subsidiaria y cuáles otros son de definitiva inaplicación. Entre los primeros enumera el art. 80, el 81 en cuanto a la designación de domicilio para oír notificaciones, el 82 y el 88, en caso de no reservar el arrendador, excluyendo los restantes. Además, y por razón de la continuidad del contrato, tiene vivas el arrendatario las acciones de los arts. 115 y 116 LAU (*Excepciones...*, cit., págs. 538 y 541).

5.^a En caso de lanzamiento acordado en ejecución de sentencia y llevado a efecto, si es revocado en apelación el proveído que lo acordó, pues la apelación hubo de ser admitida en un solo efecto conforme al art. 949 de la Ley de Enjuiciamiento civil (4).

6.^a Si el arrendador hubiere otorgado dos contratos sucesivos de arrendamiento con distintas personas y sobre el mismo piso; el arrendatario preferente, si no lo estuviera ocupando, tiene derecho a recuperarlo (5).

7.^a Cuando el arrendador despoja de la posesión al arrendatario, éste tiene derecho a su recuperación, según interpretación amplia que del art. 116, en relación con el art. 115 de la LAU, hace la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959.

8.^a La Disposición transitoria vigésima de la Ley arrendaticia derogada disponía la reintegración de los inquilinos o arrendatarios cuando, a la vigencia de los preceptos de dicha Ley, no estuviera terminada la reconstrucción de un inmueble dañado a consecuencia de nuestra Guerra de Liberación o por otra causa de fuerza mayor, si aquellos carecieren de vivienda o de local de negocio arrendado a su nombre en la localidad y se observaren las reglas que dicha Disposición transitoria enumera.

9.^a Los arrendatarios que se hubieran visto precisados a separarse de su vivienda por motivos de violencia o saqueo, incendio o destrucción que las hiciera inhabitables, o por ausencia defensiva en asilo consular o diplomático, o en la zona nacional liberada, o los que hubieran tenido que abandonar su puesto habitual de trabajo o hubieran sido asesinados o desaparecidos, y el dueño del inmueble o Autoridad u Organización roja hubiera concertado con persona distinta un nuevo arrendamiento, prevalecerá el primer contrato y el segundo se tendrá por no celebrado (art. 4.º de la Ley de 9 de junio de 1939).

10.^a Por último, cuando se derriba un inmueble para su reedificación, en las circunstancias que luego veremos, los arrendatarios de los pisos derruidos tienen derecho a que se les entregue en su día la posesión arrendaticia de los nuevos pisos que les correspondan en el edificio reconstruido.

Evidentemente que todos los supuestos relacionados lo son de retorno arrendaticio, en la acepción usual de esta palabra; pero en el lenguaje forense, en la doctrina y en la legislación se ha impuesto últimamente otra

(4) Vid. ARAGONESAS, *Recursos contra las resoluciones judiciales concediendo o denegando prórrogas del plazo para desalojar las viviendas*, Revista de Derecho Procesal, 1950, págs. 705 y sgts.

(5) Véase LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, págs. 154 y sgts.

acepción restringida del *derecho de retorno* aplicada exclusivamente para designar el caso enumerado en último lugar, o sea, el retorno de los arrendatarios de pisos de edificio derruido para su reconstrucción. Entre los autores que siguen esta orientación figuran CASTÁN y CALVILLO, SOTO NIETO, BALTASAR RULL, FERRER MARTÍN y VILLENÁ GARCÍA (6); en la jurisprudencia de casación las sentencias de 26 de mayo y 19 de febrero de 1958 y en la de suplicación las sentencias de 30 octubre 1956 (Audiencia de Valladolid) y 14 febrero 1959 (Audiencia de Valencia); el Decreto de 17 de marzo de 1959, que modifica varios artículos del Reglamento hipotecario, regula en el nuevo art. 15 el *derecho de retorno* del inquilino o arrendatario a piso o local en la finca que se reedifique.

La expresión ha hecho fortuna en este sentido y la doctrina, movida por esa poderosa influencia del vocablo sobre el concepto que quiere expresar (7), está empeñada en desentrañar cuál sea la naturaleza de este nuevo derecho con que nos obsequia la Ley especial de Arrendamientos urbanos, sin llegar a conclusiones seguras porque se muestra esquivo y huidizo, no dejándose encasillar en los moldes tradicionales. Y es que el *derecho de retorno* no es tal derecho, sino una facultad del derecho arrendaticio: la de que su titular posea la cosa arrendada, como demostrará seguidamente el examen de los dos presupuestos fundamentales de este pretendido derecho.

(6) CASTÁN y CALVILLO, ob. cit., II, pág. 316; SOTO NIETO, *Excepciones...*, cit., págs. 481 y sgts.; BALTASAR RULL, *Sobre el derecho de retorno a fincas reconstruidas*, Propiedad y Construcción, vol. XXIII, págs. II y sgts.; FERRER MARTÍN, loc. cit., págs. 744 y sgts.; VILLENÁ GARCÍA, *El llamado derecho de retorno y el nuevo Reglamento hipotecario*, Propiedad y Construcción, vol. XXVI, págs. 25 y sgts.

(7) PÉREZ SERRANO, *La Ley de Arrendamientos Urbanos y la Gramática*, Anuario de Derecho Civil, 1956, pág. 1068.

II. PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETORNO

A) *Primer presupuesto: un contrato de arrendamiento que se extingue*

El derecho de retorno deriva de la causa segunda de excepción a la prórroga forzosa, es decir, la que opera «cuando el arrendador proyecte el derribo de la finca para edificar otra que cuente, cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en aquella hubiere, y una, como mínimo, si no las hubiere en el edificio que se pretende derribar, respetando al propio tiempo el número de los locales de negocio, si en el inmueble los hubiere» (art. 62-2.ª, LAU). Además, para que tal derecho tenga existencia es necesario que, previamente, se haya recorrido la minuciosa tramitación que establecen los arts. 76 y sgts. de la LAU para que pueda obtenerse con éxito la resolución del contrato al amparo de la causa 11.ª del art. 114 de la LAU, a saber (8):

(8) Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Para deducir la acción resolutoria no es necesario satisfacer o consignar indemnización alguna (15 diciembre 1951) que sólo habrá de hacerse, en su caso, hasta antes del desalojo (15 diciembre 1951), ni tampoco es necesario determinar en la instancia de manera concreta el número de locales de negocio, si se refería a todos los existentes, ni la presentación de un proyecto real y efectivo de demolición del inmueble y de la nueva construcción (2 abril 1952), ni el propietario tiene que someter a la consideración de los arrendatarios los planos y proyectos de la nueva edificación (30 septiembre 1952), ni hace falta probar la capacidad económica de los presuntos constructores o el tener acopiados los materiales, ni que el propietario haga ofrecimiento alguno sobre el plazo de demolición (24 junio 1950). No es requisito previo para el ejercicio de la acción la suscripción de los documentos a que hace referencia el art. 104 (hoy 81) LAU, por lo mismo que puede cumplirse en cualquier momento anterior al desalojo por los arrendatarios (14 marzo 1950).

Para que prospere la acción resolutoria no son requisitos exigibles: el acopio de materiales,

a) Que el arrendador proyecte el derribo de la finca para su reedificación (9), siempre que el nuevo edificio cuente, cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en aquella hubiere, y una, como mínimo, si no las hubiere en el edificio que se pretende derribar (art. 62, 2.º) o las que existieran fueran dependencias del local o locales de negocio con que cuente (art. 78-1.º) (10).

b) Que se respete, al propio tiempo, el número de locales de negocio que pudiera haber en el edificio que se pretende derribar (artículo 62-2.º) (11).

c) Que el arrendador se comprometa a observar los requisitos anteriores, comunicándolo por escrito al Gobernador civil de la Provincia,

ni el señalamiento de las probables rentas de los pisos que resulten, ni que el propietario haga ofrecimiento alguno sobre plazos de demolición y edificación, ni la prueba de la capacidad económica del propietario para reconstruir, sin que pueda deducirse de la ausencia de prueba de dichas circunstancias la falta de propósito real y verdadero de edificar el inmueble (12 junio 1950), ni tampoco es preciso el incumplimiento por el arrendatario de las estipulaciones del contrato, porque no es aplicable aquí el art. 1124 del Código civil (16 enero 1953), pues sólo se precisa para que proceda la segunda causa de excepción a la prórroga la práctica de las notificaciones señaladas con las letras a) y b) en el art. 102 (hoy núms. 1.º y 2.º del art. 78) y la autorización del Gobernador civil prevenida en el art. 115 (hoy 79) (16 mayo 1953), sin que impida la resolución el hecho de que el propietario hubiere ofrecido local provisional al arrendatario para mientras se efectuaban las obras de reconstrucción y éste no aceptase tales locales (19 febrero 1954); pero no procederá la resolución si el proyecto de derribo no se hubiera realizado por causa de haberse limitado el arrendador a la ejecución de obras de reforma y no de demolición, entendiéndose que hubo derribo aunque se conservara la fachada y paredes maestras laterales y posteriores y no se demoliera la planta baja en su total extensión (11 junio 1959).

(9) No es preciso que el arrendador demuestre en juicio la verdad de su propósito de derribar (20 octubre 1954), bastando la asunción del compromiso y no se exige por la Ley la imposible preedificación en la forma proyectada (9 marzo 1957). No hay que tomar en consideración el estado de conservación y salubridad del edificio, aunque dos arquitectos manifesten ante Notario que el edificio está sólido (27 octubre 1950); pero habrá que rechazar la acción resolutoria cuando se demuestre claramente que el proyecto de derribo es ficticio (12 de junio y 24 de junio 1950) o cuando el derribo tuvo lugar, no voluntariamente, sino por caso fortuito (14 junio 1956). Es preciso la demolición completa del inmueble (23 marzo 1956) aun cuando algún local pueda no ser afectado por el derribo (30 abril 1959) o aunque se conservaran la fachada y paredes maestras laterales y posteriores y no se demoliera la planta baja en su total extensión (11 junio 1959).

(10) Si el número de viviendas de la edificación primitiva fuera inferior a tres, el arrendador habrá de aumentar las viviendas, al menos, en una; si no fueren múltiplo de tres exigirá la obligación de construir otra vivienda por la fracción que exceda de tres (Soto Nieto, *Excepciones...*, cit., págs. 405-406).

No es necesario expresar en la instancia el número de locales de negocios existentes (2 abril 1952) ni que se respetará su número al reconstruirse la finca (23 enero 1953, 20 octubre 1954).

(11) No se respeta cuando de dos se hace uno (2 julio 1957).

y, además, que las obras de reedificación se realizarán en el plazo que previamente señale dicha Autoridad (art. 78-1.º) (12).

d) Que el Gobernador civil autorice la demolición, sin que esta autorización prejuzgue la procedencia de aquella (13), señalando plazo para iniciar las obras de demolición (art. 79) (14).

e) Que, autorizada la demolición y con un año de antelación, por lo menos, al día en que proyecta iniciarla, lo notifique en forma fehaciente a todos los arrendatarios del inmueble, bien lo sean de vivienda o de local de negocio, insertando copia literal de la mencionada autorización del Gobernador y la expresión de la fecha en que han de ser iniciadas las respectivas obras (art. 78-2.º) (15) y que, naturalmente, esta notificación

(12) Puede hacerse mediante Procurador que actúe con poder general (26 mayo 1958) y no se exige el empleo de determinadas palabras para que sea válido el compromiso contraído ante el Gobernador civil (22 marzo 1952, 30 enero 1953, 20 octubre 1954) ni obsta a la validez que se contraiga en términos imprecisos o vagos (6 junio 1958) o que el plano acompañado a la instancia sea distinto del acompañado a la demanda (1 julio 1957). De todos modos, no es forzoso contraer el compromiso en la demanda (25 mayo 1951); pero no es eficaz la suscripción de un documento ante el Alcalde y el Secretario del Ayuntamiento por el cual se compromete el propietario a arrendar un local al arrendatario en el nuevo edificio (25 febrero 1956).

(13) Son los Tribunales los únicos a quienes incumbe resolver en definitiva sobre la procedencia de la reclamación (12 junio 1950, 30 enero 1953, 9 marzo 1957), pero guardándose de no revisar el procedimiento administrativo seguido ante la Autoridad gubernativa (26 febrero 1952, 19 febrero 1954, 25 febrero 1957 y 6 junio 1958) en cuanto no es dable a la Jurisdicción ordinaria enjuiciar sobre la necesidad de las obras proyectadas alegada en el expediente gubernativo (21 mayo 1958) sino limitándose a examinar la falta de cumplimiento de los otros requisitos legales (30 enero 1953), como la notificación (6 junio 1958) o que no ha transcurrido el plazo por el que se pactó el arriendo o la omisión de la notificación a los arrendatarios (20 octubre 1954) o que el proyecto de derribo es ficticio o simulado (12 junio 1950 y 13 marzo 1954).

(14) El plazo señalado por el Gobernador civil para iniciar la demolición no puede ser desarticulado del que concede el art. 103 (hoy 80) LAU (30 abril 1956) y si el Gobernador no hubiera señalado plazo para iniciar la demolición ésta deberá comenzarse dentro de los dos meses que señala dicho artículo (30 abril 1959).

(15) La notificación del propósito de derribar lleva implícita la negativa de la prórroga (16 enero 1953) y no es preciso consignar o satisfacer cantidad alguna, como exigía la legislación anterior a 1946 (15 diciembre 1951), entendiéndose que la notificación al arrendatario de un local de negocio está bien hecha aunque dentro de tal local tenga aquél su vivienda (29 marzo 1955) y que la exigencia del art. 102 (hoy 78) de notificar el propósito de demolición a todos los arrendatarios del inmueble no establece vínculos de solidaridad entre ellos, no resultantes del contrato, que permitan a uno oponer excepciones a favor de los demás (16 febrero 1952). Está bien hecha la notificación notarial por acta en la que se reproduce el acuerdo del Gobernador civil y se hace entrega al arrendatario de una copia del acta haciendo saber el Notario cuanto en la misma se expresa (1 julio 1957).

negatoria de la prórroga se efectúe durante el transcurso de cualquiera de ellas (16).

f) Que el arrendador tenga título bastante que le autorice a derribar (17).

Cumplidos válidamente estos requisitos y transcurrido el plazo correspondiente queda enervado el derecho de prórroga del arrendatario, con facultad por parte del arrendador para obtener de los Tribunales la resolución del contrato respecto de los arrendatarios que desatendieren el requerimiento de desalojo (18), siendo el plazo prescriptivo de la acción el ordinario de quince años (19).

B) Segundo presupuesto: otro contrato de arrendamiento que nace

Mientras transcurre el plazo de preaviso, el arrendatario que no tenga a su disposición vivienda o local de negocio en el modo previsto en el núm. 5.º del art. 62 (art. 81-3) podrá optar entre percibir una indemnización por no desear instalarse en el inmueble reedificado o decidirse por

(16) La notificación ha de hacerse durante alguna de las prórrogas forzosas (16 enero 1953, 27 abril 1957, 21 mayo 1958) y si se practica dentro del plazo contractual es radicalmente nula y este defecto no puede subsanarse por la presentación de la demanda después de haber vencido el plazo de vigencia del contrato (23 enero 1953).

(17) Esta legitimado el sucesor del titular del derecho a negar la prórroga, como puede serlo la sociedad regular colectiva constituida por los primitivos copropietarios-arrendadores (26 enero 1952) o la sociedad anónima a la que se aportó el inmueble en pago de acciones (15 marzo 1952) y no basta ser usufructuario, sino que es necesario tener título bastante que autorice a derribar (2 abril 1952). Si el inmueble pertenece indivisamente a varios propietarios será necesario el acuerdo de todos ellos (art. 397 del Código civil).

(18) Si el arrendatario desatiende el requerimiento de desalojo puede el arrendador promover la resolución judicial (16 enero 1953, 13 marzo 1954, 31 enero 1954, 25 enero 1956), sin que la obligación de reservar impida el desalojo (17 febrero 1951) y sin que sea preciso hacer declaración del derecho de retorno en la sentencia de desahucio (30 marzo 1958, 9 abril, 10 junio y 20 junio 1953). Son los Tribunales los únicos a quienes incumbe resolver en definitiva sobre la procedencia de la resolución (12 junio 1950, 22 marzo 1952, 30 enero 1953), aunque se manejen preceptos administrativos sobre solares (20 abril 1956) y debiendo seguirse la tramitación de los juicios arrendaticios (18 marzo 1948), haciéndose aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos y no del Derecho común (2 abril 1952).

(19) Sentencia de 1 de julio de 1957.

dicha reinstalación o retorno (art. 81) (20). Cuando opte por esto último, dispone el mismo artículo, los inquilinos y arrendatarios «antes de desalojar el (inmueble) que vaya a derruirse, suscribirán con el arrendador documento que detalle la extensión superficial de las viviendas o locales de negocio que ocupen, su renta, el número de unas y de otros que existan en el inmueble y un domicilio para oír las notificaciones que les haga el arrendador» (21).

¿Qué significación hay que atribuir a este documento? FERRER MARTÍN opina que su objeto es puntualizar los datos que han de servir para la designación de nuevos locales y fijación de su renta (22). Y, en efecto, esa es su finalidad inmediata; pero, por encima de este aspecto puramente informativo, hay que ver la naturaleza contractual de dicho documento y no faltan argumentos que lo demuestran. Una vez que el arrendador ha notificado al arrendatario la negación de la prórroga forzosa y próxima la extinción de ésta, el legislador se preocupa, en beneficio del arrendatario, de que se le provea anticipadamente de título arrendaticio sobre el piso que le corresponda en el inmueble que se ha de reedificar y por el precio que legalmente se determine (23). Por ello se dispone que el arrendador habrá de reservar a los arrendatarios las viviendas o locales de negocio de extensión no inferior a las tres cuartas partes de las de-

(20) Es durante el año siguiente a la notificación notarial para el desalojo y antes de desocupar el inmueble cuando el arrendatario debe formular su petición, sin que a ello pueda obstar el deseo que tenga el propietario de ocupar el local para sí (25 mayo 1951, 10 febrero 1956) y si no decide el arrendatario dentro del plazo concedido y continúa en el local arrendado hasta después de transcurrir dicho plazo convierte por su voluntad la excepción a la prórroga en causa de resolución (25 enero 1956), pues se desvirtuaría el contenido del precepto aceptando la pretensión del arrendatario de poder optar mientras permanezca ocupando el local (30 abril 1959).

(21) Corresponde al arrendatario la iniciativa para la suscripción (25 enero 1956 y 1 febrero 1960) y ha de ir precedida del expediente seguido ante el Gobernador civil de la Provincia cumpliéndose los requisitos de autorización para el derribo, compromiso de reedificar y notificación a los arrendatarios (25 febrero 1956). Ha de hacerse dentro del plazo de preaviso para desalojar (10 febrero 1956 y 30 abril 1959) y si no lo hace convierte por su voluntad la excepción a la prórroga en causa de resolución del contrato de arrendamiento (25 enero 1956), sin que se cumpla este mandato cuando se emplean expresiones vagas y condicionales (30 abril 1959). No es válido un documento suscrito ante la Autoridad municipal (25 febrero 1956).

(22) FERRER MARTÍN, loc. cit., pág. 752.

(23) CASTÁN y CALVILLO (ob. cit., II, pág. 322) hacen notar que «la relación arrendaticia anudada después de la reconstrucción no es la misma que la primitiva, pues tal relación resulta modificada en dos de sus elementos: la cosa y el precio». La sentencia de 22 de abril de 1957, que construyó esta figura como novación modificativa, ha sido superada en su doctrina por la de 3 de abril de 1959 que apunta hacia la existencia de un verdadero contrato, actuando como supletoria la voluntad de la ley cuando es «inexpresada directamente por los contratantes».

ruídas (art. 83) y, además, que la renta exigible a cada uno de los inquilinos y arrendatarios será la que pagaren al momento de desalojar el inmueble incrementada en un cinco por ciento del capital invertido en la reconstrucción (art. 84); es decir, que, con referencia al piso que se ha de derribar, se sientan matemáticamente las bases de los elementos reales de un nuevo contrato de arrendamiento sobre cosa futura, cuyos elementos personales se prorrogan. Por otro lado, la necesidad de este nuevo contrato se echa de ver en cuanto que la LAU dispone la resolución potestativa de los contratos de arrendamiento vigentes sobre el edificio que se derriba (causa 11.ª del art. 114) y la ocupación por el arrendatario de otro piso en el inmueble reedificado precisa de título arrendaticio precedente (24).

Que hay nueva contratación lo demuestran también los efectos que al incumplimiento atribuye el art. 81: si el contrato no se otorga por culpa del arrendador ello no le exime de entregar en arrendamiento el piso correspondiente y si es por culpa del arrendatario no nace el contrato, todo ello conforme a los principios reguladores de los contratos forzados, que ahora examinaremos.

A mayor abundamiento, el art. 15 del Reglamento hipotecario, en la nueva redacción que le da el Decreto de 17 de marzo de 1959, exige, en-

(24) Tan evidente es, a la vista del texto legal, la extinción del contrato sobre el piso que ha de ser demolido que negarlo o fergiversarlo es vana elucubración. En ello están de acuerdo destacados autores, como BELTRÁN y APALATEGUI (*Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Zaragoza, 1949, pág. 412), CASTÁN y CALVILLO (Ob. cit., págs. 319 y 322), SOTO NIETO (Ob. cit., pág. 488) y FUENMAYOR (*Derecho del arrendatario para ocupar de nuevo la finca reconstruida*, Anuario de Derecho civil, 1949, pág. 281). Este último autor, consciente de aquella resolución contractual, ve la necesidad de proveer de nuevo título arrendaticio al ocupante y afirma por eso que «no puede hablarse de suspensión del contrato mientras duran las obras, sino de la obligación legal de contratar que pesa sobre el arrendador para alquilar necesariamente a los antiguos ocupantes los locales reservados».

La tesis de la suspensión de contrato primitivo fué defendida por LACASA (*El arrendamiento urbano*, 1947, pág. 189), REYES MONTERREAL (*La ejecución de obras y el aumento de rentas en lo urbano*, Revista General de Derecho, 1951, pág. 535), VILLENA GARCÍA (loc. cit., págs. 193-195), quien asegura que el núm. 2.º del art. 62 LAU no establece una verdadera excepción a la prórroga legal, puesto que el derribo de una finca para la reedificación de otra en su lugar no produce la extinción de los vínculos arrendaticios recaentes sobre el inmueble derruido, subsistiendo las relaciones arrendaticias sobre el primitivo edificio con el carácter de situaciones jurídicas interinas, y últimamente, por FERNÁNDEZ BOADO, para quien la declaración exigida por el art. 81 LAU «no tiende en suma a crear un derecho sino a conservar el existente...», sin que pueda hablarse de un derecho nuevo o simplemente distinto, sino de una vicisitud de la relación jurídica arrendaticia que permanece inalterada en su esencia» (*El derecho de retorno y el Registro de la Propiedad*, folleto ciclostilado obrante en el Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Murcia).

tre otros, como documentos necesarios para practicar la anotación marginal del derecho de retorno, el título contractual, judicial o administrativo del que resulte aquel derecho; y está en lo cierto VILLENA GARCÍA cuando afirma que el título contractual es el documento a que se refiere el art. 81-1.º (25).

Este contrato reúne unas características peculiares, que exponemos a continuación:

a) Es un *contrato forzoso*, pues la LAU obliga a contratar al arrendador y le obliga en un doble sentido: imponiéndole el otorgamiento del contrato y señalando el contenido del mismo. Lo que caracteriza al contrato forzoso es que el incumplimiento del otorgamiento por la parte obligada produce la consecuencia de que ésta «ha de soportar que se le impute de manera inmediata la relación definitiva que es el fin último de la obligación de contratar creada» (26).

El art. 81, en atención a las razones excepcionales que concurren en la situación que contempla, manda al arrendador que suscriba el documento y si no lo hace no por ello el arrendatario deja de tener derecho a gozar en arrendamiento del piso correspondiente en el edificio reconstruido, según resulta de la remisión que hace el art. 81 al 87 y de éste a los que le preceden, es decir, que el contrato queda legalmente perfeccionado y con el contenido previsto en la LAU cuando, como dice la Sentencia de 30 de marzo de 1951, el arrendatario antes de desalojar la finca requirió a los arrendadores para el otorgamiento a que se refiere el art. 104 (hoy 81) de dicha Ley y el requerimiento no fué atendido por aquellos.

Pero es un contrato unilateralmente forzoso, es decir, respecto del arrendador, pues, si no hay otorgamiento por culpa del arrendatario, ello

(25) VILLENA GARCÍA, *loc. cit.*, pág. 204. No creemos aceptable la opinión de FERNÁNDEZ BOADO que entiende por «título convencional» el documento en el que convencionalmente el arrendador confiera un derecho de retorno al arrendatario que, por no darse las circunstancias previstas en la LAU, no tuviera derecho a él; pues esta concepción choca con la construcción del derecho de retorno, tipificado por unas inexcusables notas de legalidad, de las que no pueden prescindir las partes para configurarlo a su antojo; prueba de ello son las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1956 y de 25 de febrero del mismo año, la primera que niega el retorno convencional en caso de expropiación forzosa del inmueble y la segunda que declaró la ineficacia del documento suscrito ante el Alcalde y el Secretario del Ayuntamiento por el cual se comprometía el propietario a arrendar un local al arrendatario en el nuevo edificio.

(26) GONZÁLEZ ENRIQUEZ, *La obligación de contratar*, Revista de Derecho Español y Americano, 1959, pág. 691. Sobre el rango que se exige a la norma para que pueda imponer la obligación de contratar es interesante consultar a STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1932, pág. 125.

«implicará la pérdida de su derecho a instalarse en la finca reedificada» (81-2). Como escribe Díez PICAZO, «la constitución bilateralmente forzosa, en rigor, no existe en nuestro Derecho. Sólo es posible en los regímenes de absoluta y total dictadura, donde se suprime la libertad humana y se convierte a los miembros de la comunidad en simples piezas del engranaje estatal» (27).

En cuanto a la circunstancia de que en dicho documento haya de señalarse por el arrendatario un domicilio para oír notificaciones, con la consecuencia de que su omisión comporta la pérdida del derecho de retorno (28), ello no deja de ser un requisito accesorio del contrato que para nada afecta a la naturaleza de éste, hasta el extremo de que su omisión puede subsanarse *a posteriori* (29).

b) Es un *contrato sobre cosa futura*.—Admitido por el art. 1271 del Código civil que puedan ser objeto de contrato las cosas futuras, no hay dificultad alguna en constituir un arrendamiento sobre una casa que ha de ser reedificada. Bastará, como escribe ABELLO, que la cosa sea designada en términos tales que hagan posible la ejecución del contrato al tiempo en que la cosa existirá, con los caracteres y con el contenido de uso y goce determinado, es decir, en estado de servir al fin convenido y deducido en el contrato (30); dato que en el documento suscrito conforme al art. 81 LAU se cumple a la perfección, pues con toda precisión se sientan en el mismo las bases para la determinación de los elementos objetivos de la prestación, o sea, el piso y la renta (31).

c) Es un *contrato a plazo*.—Y ésto en un doble sentido: en cuanto ha de suscribirse dentro del plazo de preaviso que fué comunicado por

(27) Díez PICAZO, *Los llamados contratos forzosos*, Anuario de Derecho civil, 1956, pág. 107.

(28) El Tribunal Supremo, interpretando el art. 105 de la Ley derogada, negó en sentencia de 3 de abril de 1959 el derecho de retorno si no se cumplió la obligación formal de señalar domicilio, aunque el arrendador hubiere tenido noticia de él por otro conducto.

(29) La notificación del domicilio puede llevarse a efecto aún después de desalojado el piso por el arrendatario (25 abril 1959,) pues es físicamente imposible exigir la nulidad del acto o la simultaneidad del desalojo y la emisión del escrito, y más bien hay que entender que la comunicación debía hacerse sin más dilación que la racionalmente exigida por la necesidad de que el propietario pudiera comunicarle cualquier decisión relacionada con el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones (20 abril 1960).

Esta jurisprudencia es compatible con la exigencia del art. 81 de que en el mismo documento se haga constar el domicilio, pues no es requisito sustancial y su omisión puede subsanarse.

(30) ABELLO, *Trattato della locazione*, Napoli-Torino, 1915, I, pág. 135. Véase también FURNI, *El contrato de arrendamiento de cosas*, Parte general, trad. esp., Madrid, 1930, pág. 275.

(31) La sentencia de 22 abril 1957 admite, con cita del artículo 1271 del Código civil, el arrendamiento prelado sobre un piso que se ha de reedificar.

el arrendatario al arrendador (32) y porque la ejecución del contrato se demora necesariamente hasta que la finca esté reconstruida. En verdad, como afirma GIORGI (33), el contrato sobre cosa futura es necesariamente condicional o a término; condicional, siempre que sea incierta la existencia futura de la cosa pactada; a término, cuando su existencia sea cierta. Es lo que sucede en el régimen de la LAU., en que los compromisos ante la Autoridad gubernativa y la intervención de ésta son garantía de una segura reedificación.

(32) Dentro de este plazo debe anunciarse inexcusablemente por los inquilinos el derecho de retorno, suscribiendo el documento a que se refiere el art. 104 (hoy 81) (10 febrero 1956), para que puedan invocar a su favor tal derecho (30 abril 1959).

(33) GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, trad. española, Madrid, 1910, III, pág. 306.

III. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETORNO

La existencia de este nuevo contrato de arrendamiento pone en claro que el derecho de retorno no pasa de ser una facultad del arrendatario, que se deduce de lo dispuesto por el art. 1554, núm. 1.º, del Código civil, para exigir del arrendador, en el momento oportuno, que le entregue la posesión del piso reconstruido sobre el cual se estipuló el contrato regulado por el art. 81 LAU. La obligación del arrendador de reservar el piso (art. 82 LAU) prepara el ejercicio por aquél de su obligación de entregarlo al arrendatario y la facultad correlativa de éste de exigir la entrega. Nada nuevo introduce en nuestro Ordenamiento jurídico este derecho de retorno, pues no salimos de la forma normal de ejecución de un contrato de arrendamiento sobre cosa futura cuyo cumplimiento atraviesa una primera fase de pendencia, que termina cuando el inmueble se construye, para dar paso a la vigencia de aquél mediante el cumplimiento de las prestaciones convenidas, entre las que figura como la más importante la entrega del piso al arrendatario. A esta facultad, tanto en su situación de pendencia como en la definitiva, es a la que se ha dado en llamar derecho de retorno y su construcción como derecho autónomo conduce a complicadas y violentas posturas doctrinales, como la de VILLENNA GARCÍA, que, combinando las tesis de suspensión del contrato primitivo, subrogación en la cosa y situación jurídica de pendencia, pretende fijar la esencia de este derecho, para luego venir a reconocer que el documento del artículo 81 es título contractual de la nota registral (34).

(34) VILLENNA, loc. cit., págs. 193 a 196 y 204.

IV. NACIMIENTO Y CONSTITUCION

A) Con la suscripción de dicho documento el derecho de retorno aparece como una expectativa o situación jurídica interina de pendencia. Pero como derecho definitivo y vigente sólo tendrá existencia cuando la finca esté reconstruída, concretamente cuando el arrendador notifique notarialmente al arrendatario que puede ocupar el piso que se le hubiere asignado, detallando sus características, extensión, la renta y circunstancias que la determinan, así como el número total de viviendas y locales de negocio que existen en el inmueble (art: 82), presisándose de este modo los elementos reales cuyas bases se hicieron constar en el documento suscrito antes de desalojar el piso. Claro que si el arrendador, una vez concluídas las obras, demora la práctica de la notificación notarial el derecho de retorno no queda impedido por ello y el arrendatario podrá pedir la puesta en posesión del piso si, requerido previamente el arrendador, no lo hiciere en el plazo que se le señalare.

B) En la constitución del derecho de retorno interviene, además de la suscripción del documento contractual del art. 81, los siguientes elementos:

a) *Elementos personales.*—Son las personas que suscriben el expresado documento, o sea, los que contratan el arrendamiento originador del retorno.

Por un lado, es sujeto activo el arrendatario, así como sus sucesores «mortis causa» en el arrendamiento (35) y también el cesionario que se subrogó en los derechos del arrendatario. No lo es el subarrendatario, pues no es mencionado por el art. 81 como legitimado para concurrir al otorgamiento del contrato que regula dicho artículo y también ha sido omitido por el art. 15 del Reglamento hipotecario; por lo demás, extin-

(35) Véanse las razones que expone FERREN MARTÍN, loc. cit., pág. 775.

guido el vínculo arrendaticio por derribo del inmueble queda resuelto el subarriendo (pfo. 1.º del art. 117 LAU) y el arrendatario no está obligado a revivirlo sobre la casa reconstruída (36). Si un establecimiento mercantil está garantizado con hipoteca, el propietario del local de negocio arrendado a quien se hubiera notificado la constitución de la hipoteca deberá trasladar al acreedor las notificaciones previstas en los artículos 78 y siguientes de la LAU (así lo dispone el art. 26 de la Ley de Hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954). Por otro lado, el artículo 29 de esta misma Ley deja a la voluntad del acreedor hipotecario dar por vencida la obligación, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, por causa del «transcurso de seis meses desde la notificación notarial por el arrendador de la resolución gubernativa que acuerde la demolición del inmueble» (causa séptima) y en este caso «la transmisión del establecimiento mercantil comprenderá el derecho del arrendatario a volver al inmueble cuando fuere reedificado» (art. 90). En consecuencia, no hay subrogación sino en el supuesto recogido en los preceptos últimamente citados de la Ley de Hipoteca mobiliaria (37).

Sujeto pasivo es el arrendador (38), así como sus sucesores, siempre que se anote el derecho de retorno en el Registro de la Propiedad (39). No se exceptúan de este régimen el Estado, la Provincia, el Municipio, la Iglesia católica y otras Corporaciones de Derecho público, cuando fueren arrendadores (art. 93 LAU).

b) *Elementos reales.*—Son el piso y la renta, cuyas bases de determinación quedaron fijadas en el documento del art. 81.

a') La extensión del piso será la que definitivamente arroje, una vez que la edificación esté terminada, y habrá de tener, por lo menos, una extensión superficial no inferior a las tres cuartas partes de la que anteriormente ocupaba el inquilino o arrendatario, con iguales instalaciones y servicios y estará situado a altura y posición análogas, entendién-

(36) En este sentido GARCÍA ROYO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1948, II-1.ª, págs. 292-293 y SOTO NIETO, *Excepciones...*, cit., págs. 482-483.

Aceptan la continuidad del subarriendo protegido FUENTES LOJO, *Suma de Arrendamientos Urbanos*, 3.ª edición, Barcelona, 1960, págs. 604 y FERNÁNDEZ BOADO, folleto cit.

(37) FERNÁNDEZ BOADO se inclina por la tesis de la subrogación en todo caso, manejando otros preceptos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

(38) Para un examen de las diversas titularidades que puede ostentar el arrendador y facultades de cada una de ellas, véase SOTO NIETO, ob. cit., págs. 412 y sgts.

(39) Antes de la reforma hipotecaria subsistía la obligación de reservar por parte del adquirente, sin necesidad de constancia registral del derecho de retorno (sentencias 4 junio 1948 y 15 marzo 1952). Pero, arbitrado ya el medio técnico de registración del derecho de retorno, opera el art. 13 de la Ley Hipotecaria y no hay, por lo tanto, la colisión entre el art. 94 de la LAU y el art. 15 del Registro Hipotecario que apuntan SOTO NIETO y FERNÁNDEZ BOADO.

dose la analogía de posición referida únicamente a la situación interior o exterior de la vivienda o local de negocio asignado (art. 83). El arrendatario —añade el art. 86— procedente de la finca demolida que ocupare en ella local de negocio sito en la planta baja y al exterior tendrá derecho a ocupar local de igual situación y extensión superficial en la reconstruída cuando demostrare el perjuicio que a su explotación le cause la ocupación de otro de distinta situación (40).

b') La renta se calcula, en el supuesto de normal cumplimiento por el arrendador de su compromiso, incrementando la que se pagare en el momento de desalojar el piso —y que se habrá consignado en el contrato (41)— en un cinco por ciento del capital invertido en la reconstrucción, sin comprender el valor del solar, pero sí lo gastado en la demolición (art. 84) (42). No dice la LAU cómo se prorrateará la cantidad resultante de este cálculo; ni a quienes afectará; creemos que debe hacerse en proporción al valor asignado a cada piso, puesto que no parece que la nueva Ley arrendaticia haya aceptado como módulo para la distribución la extensión superficial de cada piso al suprimir esta referencia, que era la tenida en cuenta por la Ley derogada, ni tampoco debe aceptarse que la renta asignada a cada piso sea el módulo de reparto, en vista de las artificiosas desigualdades rentísticas que de ordinario suele existir entre los

(40) La jurisprudencia concreta que la superficie del local reservado se ha de medir sobre el inmueble reedificado y no sobre el proyecto (27 febrero 1959), mas si por razones de alineación se reduce el local construído a límites inferiores a los legales no viene el arrendador obligado a ampliar el local (10 junio 1953 y 21 enero 1958). Aunque un local esté destinado a taller de maquinaria, otro a tienda y otro a almacén, los tres pueden ser uno de una industria, que es lo obligado a reservar (27 mayo 1952) y si las partes piden el reintegro de su local y las sentencias les da otro, hay incongruencia (15 enero 1949).

(41) Dice FUENTES LOU que para la determinación de la renta existente con anterioridad, habrá de tenerse en cuenta no sólo lo que constituya la renta base, sino además los incrementos por repercusión de contribuciones, porque en la Ley que comentamos todo se engloba formando una sola. Sin embargo, no se incluirá lo que se pague por aumento en el coste de los servicios o suministro, por subarriendo, etc. (Ob. cit., pág. 630).

(42) La renta es incrementable con otros aumentos, como los establecidos sobre las antiguas rentas (4 julio 1955) y es razonable el interés del seis por ciento en una inversión en construcción urbana en capital de provincia (25 febrero 1955), sin perjuicio de que el arrendador pueda fijar el incremento de la renta en cuantía inferior al máximo (1 diciembre 1952) y teniendo en cuenta que si la demolición no es total la renta no podrá exceder de lo que abonase el arrendatario (23 marzo 1956). Para fijar la renta es preferible ajustarse a la valoración de las obras de reconstrucción efectuada por el Servicio Catastral que a la presentada por el técnico que las dirigió (15 junio 1955). El pago de la renta queda en suspenso hasta que los locales estén en condiciones de servir para el uso a que estaban destinados (2 abril 1952) y la renta puede fijarse en ejecución de sentencia (18 marzo y 22 marzo 1948), si bien en el juicio de desahucio no se dan los términos suficientes para determinarla (28 mayo 1948).

distintos pisos de un inmueble por causa del bloqueo de los alquileres, lo que produciría situaciones injustas (43). Para determinar los arrendatarios que han de soportar la elevación se remiten CASTÁN y CALVILLO a la sentencia de 22 de marzo de 1955 según la cual, si bien el propietario debe percibir el interés del capital invertido en la reconstrucción, no ha de entenderse que tal incremento ha de ser distribuido entre todos los inquilinos si existen gastos que no afectan a la totalidad de los locales (44).

En situaciones anormales las rentas han de reducirse, conforme a los arts. 85 a 88, en los siguientes términos:

1.º Un diez por ciento de reducción, tomando como base la que correspondiera pagar conforme al art. 84, si el local de negocio o la vivienda asignada está en planta distinta de la que ocupaba en el inmueble derruido. ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 86 para los arrendatarios de local de negocio (art. 85, 1.ª).

2.º La misma renta que se viniera satisfaciendo en el inmueble derruido si el arrendador incumpliere la obligación de reservar que le impone el art. 82 y el arrendatario optare por reclamar las viviendas o locales de negocio que eligieren en el inmueble reedificado (art. 88), o cuando al arrendatario procedente de la finca demolida, que ocupare en ella local de negocio en la planta baja y al exterior, no se le hubiere reservado local de igual situación y extensión superficial en la finca reconstruida y demostrare el perjuicio que a su explotación le cause la ocupación de otro de distinta situación, en cuyo caso tendrá derecho a reclamar el local que le correspondiere por la misma renta (art. 86).

3.º La misma renta que se pagara en el inmueble derruido si la superficie reservada en el reconstruido fuere inferior a la mínima exigida o contara con menos instalaciones y servicios que la vivienda o local de negocio anterior (art. 85, 2.ª).

4.º El cincuenta por ciento de dicha renta si la reducción de superficie equivale a más de la mitad (art. 85, 2.ª).

5.º El cuarenta por ciento de la referida renta cuando, ocupando en la finca demolida vivienda o local de negocio al exterior, el asignado fuere interior (art. 85, 3.ª).

6.º La misma renta que se pagara en el inmueble demolido, si al reedificar se incumpliere por el arrendador el compromiso contraído ante el Gobernador civil de la Provincia (art. 87).

(43) Aunque FERRER MARTÍN recomienda este sistema, que nosotros rechazamos, él mismo reconoce que no es absolutamente justo (loc. cit., pág. 756).

(44) CASTÁN Y CALVILLO, Ob. cit., pág. 323.

7.º Si concurren varias causas de reducción de la renta, entiende la doctrina que debe permitirse al reservatario reducir la renta hasta el límite más beneficioso mediante el empleo de todas las posibilidades de reducción acumuladas y acordes con las infracciones concurrentes (45).

El art. 89 otorga al arrendatario acción de impugnación de la renta por simulación del capital invertido o de la superficie edificada, estableciendo el plazo de caducidad de un año a contar desde que se reintegra a la finca el inquilino o arrendatario y, en caso de incumplimiento por el arrendador de la obligación de reservar, el plazo del año se contará desde que quedare totalmente ocupada la finca reconstruída.

(45) Véase GARCÍA ROYO, Ob. cit., pág. 314. FUENTES LOJO apela al arbitrio judicial (Ob. cit., pág. 633).

V. EJERCICIO Y EXTINCION

A) *Ejercicio*

En el supuesto de normalidad, una vez cumplidos los presupuestos del retorno y concluidas las obras de reconstrucción, el arrendador debe notificar notarialmente a los arrendatarios que en el plazo de treinta días siguientes al recibo de la notificación pueden ocupar los pisos asignados, expresándose en dicha notificación las demás menciones que especifica el art. 82. Aquí termina la actividad del arrendador para asegurar y facilitar el ejercicio del derecho de retorno por el arrendatario y a éste incumbe ocupar dentro de dicho plazo el piso reservado (46).

En los supuestos de anormalidad distinguiremos:

a) Incumplimiento por el arrendador:

a') Incumplimiento de la notificación subsiguiente a la terminación de las obras.—Como antes hemos apuntado, puede el arrendatario solicitar extrajudicial o judicialmente la entrega de la posesión del piso reservado al amparo de la facultad que le otorga el art. 1554-1.º del Código civil (47). Si el derecho de retorno figura anotado en el Registro de la Propiedad podría acudir al expediente de jurisdicción voluntaria para obtener la posesión judicial (arts. 2056 y sgts. de la Ley de Enjuiciamiento civil).

b') Incumplimiento de la reedificación en los términos en que se redactó el compromiso ante el Gobernador civil (art. 87). Hay que distinguir un incumplimiento temporal y otro local:

(46) Sobre qué alcance ha de tener esta ocupación véase Soto Nizro, ob. cit., págs. 492-493 y autores que cita.

(47) No compartimos enteramente la tesis de FERRER MARTÍN (loc. cit., pág. 758) de la aplicabilidad del art. 88, aparte del supuesto de no reservar, al de omisión de notificación, pues en este último caso hay reserva de piso, que será el único que el arrendatario podrá reclamar

1) Que las obras no se realicen en el plazo señalado por el Gobernador civil, a no ser que intervenga causa de fuerza mayor.

2) Que la nueva finca no cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga la demolida, respetándose al propio tiempo el número de locales de negocio si en el inmueble a demolerse hubiere; y cuando la finca careciera de viviendas habría incumplimiento de la Ley si la reedificada no dispusiera de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas con independencia plena de los locales de negocio.

Las sanciones que en estos supuestos impone la Ley al arrendador son las siguientes:

1.º Mantenimiento de las rentas que los arrendatarios pagaren en el inmueble derruído.

2.º Si los pisos no cumplen los requisitos mínimos en cuanto a posición y superficie, exigidos por la Ley, será de aplicación también lo dispuesto en los arts. 85 y 86 (Vid. supra IV, B, b, b').

3.º La renta de los pisos de renta libre no podrá exceder de la que, en el inmueble derruído, tuviera la vivienda o local de negocio, respectivamente, de renta más baja, incrementada según la regla del art. 84, pero reconociendo únicamente al capital invertido el interés del dos y medio por ciento.

c') Incumplimiento de las características legales mínimas de los pisos reedificados.—Estas características vienen determinadas por el artículo 83, en los términos que vimos en el apartado IV, B, b, y la reducción de renta es la sanción que impone el art. 85, como también se vió en dicho apartado (48).

d') Incumplimiento de la obligación de reservar (49).—El art. 88 permite al arrendatario optar entre exigir la indemnización de cinco anualidades de la renta que pagase al desalojar el piso que ocupaba o reclamar la vivienda o local de negocio que elija en el inmueble reedificado por la renta que satisficiera en el derruído (50). Además, si opta por

(48) No puede afirmarse que el propietario ha incumplido esta obligación hasta conocer, después de la construcción, el local reservado (29 marzo 1955), sin que exista precepto legal que permita condenar al propietario a que adopte las medidas conducentes a que los nuevos locales reúnan las condiciones de los derruídos (6 diciembre 1957).

(49) No se cumple esta obligación si a un inquilino se le reserva un local de negocio y a un arrendatario una vivienda (27 diciembre 1957).

(50) Como dice Soto Nieto, la elección sólo podrá tener lugar respecto de los pisos ocupados por inquilinos no retornantes para evitar el atropello de derechos de igual contenido y alcance (ob. cit., pág. 512). Si varios retornantes coincidiesen en señalar un mismo piso deberá seguirse el criterio preferente de mayor proximidad, con el fin de respetar la mayor similitud

este último extremo, la acción para reclamar el piso llevará implícito el lanzamiento del ocupante del local de negocio o vivienda elegido, sin perjuicio del derecho de dicho ocupante a obtener del arrendador, de ignorar su cumplimiento, la indemnización de daños y perjuicios que proceda.

De la redacción del art. 88 parece deducirse que la única acción ejercitable es la de reclamación de la vivienda elegida, puesto que la de lanzamiento dice el artículo comentado que va implícita en aquella. Pero entendemos que, si bien puede hablarse de pedimentos accesorios implícitos en el principal —y el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de declararlo así (51)— esta doctrina no puede desorbitarse llevándola hasta el extremo de admitirse acciones implícitas contra terceros que pueden resultar gravemente perjudicados sin posibilidad de defenderse, pues ello iría contra un principio fundamental de todo Ordenamiento jurídico: que nadie puede ser condenado en juicio sin ofrecerle la oportunidad de ser oído (52). Más bien hay aquí una acumulación de dos acciones: la de reclamación del piso, dirigida contra el arrendador, y la de desahucio contra el ocupante, y ambos deben ser, por lo tanto, demandados. El proceso que se ha de seguir es el de cognición ante los Juzgados Municipales o Comarcales y el de los incidentes ante los de Primera Instancia, y el plazo para el ejercicio de esta acción termina al año de quedar totalmente ocupada la finca reconstruida, cualquiera que sea el título de la ocupación.

b) Incumplimiento por el arrendatario.—Este tiene que ocupar el piso dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la terminación de las obras, o al que se le señale el arrendador si es superior a treinta días, y si no lo hiciera «perderá el derecho a volver a la finca y el arrendador quedará en libertad para alquilarlo a otro» (art. 82-2.º) (53).

entre el piso derruido y el de nueva construcción. El art. 396 del Código civil, en la redacción anterior a la Ley de 21 de julio de 1960, regulaba el derecho de preferencia adquisitiva sobre los pisos que se enajenaren y en caso de concurrencia de varios titulares otorgaba rango preferente, en último lugar, al propietario del piso o parte de piso horizontalmente inmediato al que es objeto de la venta. En este punto, se inclina GARCÍA ROYO (ob. cit., pág. 342) por el índice de mayor antigüedad; pero, en la nueva finca los arrendatarios no muestran diferencias apreciables de tiempo en la redacción de los contratos de arrendamiento que justifique este criterio.

(51) Sentencias de 24 diciembre 1888, 4 junio 1902 y 10 diciembre 1903.

(52) Sentencias de 19 octubre 1898, 8 julio 1902, 13 junio 1928, 10 enero 1945 y 28 febrero 1955.

(53) Este plazo es de caducidad (20 junio 1958) y el hecho de la ocupación constituye el presupuesto base e ineludible para el ejercicio de cuantas acciones competan al arrendatario (20 junio 1958), aunque el piso no reúna las condiciones exigidas (9 febrero 1957).

Se produce una extinción automática del contrato como si fuere condicional y el hecho futuro consistiere en que el arrendatario ocupare el piso en el plazo señalado.

También en este supuesto puede operar la fuerza mayor como impositiva del retorno temporáneo.

B) Extinción

Tiene lugar por las siguientes causas:

a) Por no suscribir el arrendatario el contrato de arrendamiento, en los términos prevenidos en el art. 81 (54).

b) Cuando el arrendatario tenga a su disposición vivienda o local de negocio en el modo previsto en el núm. 5.º del art. 62 (art. 81-3), o sea, en el plazo de seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la presentación de la demanda que el arrendador promoviera al amparo de esta causa denegatoria de prórroga (55).

c) Por negativa del arrendador a entregar la posesión, en cuyo caso el arrendatario puede optar, conforme al art. 1124 del Código civil, entre resolver el contrato o exigir su cumplimiento.

d) Por imposibilidad de retornar la posesión de la cosa, que tiene lugar cuando se hace inhabitable o se pierde totalmente por causa de fuerza mayor (inundación, terremoto, incendio, etc.); entonces no cabe sino tener por resuelto el contrato, sin que pueda exigirse por el arrendatario indemnización por ello, ya que ninguna culpa tuvo el arrendador (artículos 118 LAU y 1105 del Código civil).

e) Por renuncia del arrendatario, expresa o tácita, que puede tener lugar en diversos momentos:

1) Cuando el inquilino o arrendatario no desee instalarse en el inmueble reedificado, en cuyo caso entregará al arrendador documento expreso de su decisión, y en el momento de desalojar deberá ser indemnizado por aquél con el importe de seis mensualidades de la renta que viñere pagando (art. 81-4).

2) Cuando el arrendatario no ocupare la finca reconstruída dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de que puede ocupar el piso (art. 82)

(54) En propiedad, aquí no llega a nacer el derecho de retorno por falta de contrato antecedente.

(55) Véanse otras interpretaciones en Soto Nieto, *Excepciones...*, cit., págs. 472-473.

3) Cuando, incumplida por el arrendador la obligación de reservar, el arrendatario opta por la indemnización de cinco anualidades de la renta que al desalojar pagase (art. 88).

4) Por la renuncia libremente expresada en cualquier momento, pues no va contra lo dispuesto en el art. 6.º LAU, dado el criterio favorable a la renuncia que en esta materia sienta la expresada Ley (56).

(56) Cfr. VILLENA, loc. cit., pág. 202.

VI. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE RETORNO

Hay casos en que hay derribo y reconstrucción y, sin embargo, no hay arrendamiento forzoso de los pisos proyectados ni, por ende, retorno arrendaticio. Veamos estos supuestos:

a) *Derribo de edificaciones levantadas en solares.*—El art. 1.º de la LAU no acoge los solares en el ámbito material de aplicación de dicha Ley especial y así lo ratifica la jurisprudencia (Sentencias de 29 de octubre de 1949, 5 de febrero de 1953 y 6 de marzo de 1958). Pero, sin perder su condición de solar, éste puede estar ocupado por construcciones levantadas después de la perfección del contrato de arrendamiento del solar, sean permanentes (Sentencias de 5 de febrero de 1953 y 26 de septiembre de 1955), sean provisionales (Sentencias de 29 de octubre de 1949, 11 de diciembre de 1950 y 16 de marzo y 7 de diciembre de 1959), o bien que tales construcciones no hubieran constituido el objeto principal de la relación arrendaticia (Sentencia de 31 de enero de 1951) o no hubieran sido objeto del contrato (Sentencias de 2 de marzo de 1948 y 6 de octubre de 1953) o no reunieran condiciones de habitabilidad (Sentencias de 31 de enero y 11 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1951 y 6 de octubre de 1953). Por otro lado, la legislación administrativa sobre solares ha configurado un concepto de *solar edificado* que ha de tomarse también en consideración para examinar un posible derecho de retorno cuando se produce la extinción de los arrendamientos sobre estas construcciones en los casos previstos por dicha legislación. Así, el art. 1.º de la Ley de solares de 15 de mayo de 1945 incluye en su regulación las edificaciones que, por hallarse paralizadas o derruidas, no tengan las condiciones de habitabilidad y las demás exigidas por las Ordenanzas de la Zona donde radiquen, con sus terrenos anejos, edificaciones que —añade

el art. 2.º— son expropiables por los Ayuntamientos o susceptibles de venta forzosa, con extinción de los arrendamientos, precisando los artículos 3.º y 4.º del Reglamento de 23 de mayo de 1947 cuáles son los inmuebles sujetos a la Ley y cuáles los excluidos de ella (57).

La pregunta que hay que formular es si opera aquí el derecho de retorno en beneficio de los arrendatarios de estas edificaciones sobre solares. Pregunta que, en principio, ha de contestarse en sentido negativo por cuanto que, excluido de la legislación especial de locaciones urbanas el arrendamiento de solares, su régimen es el del Derecho común, que no prevé el retorno. La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 tampoco concede a los arrendatarios el derecho de retorno cuando se enajena una finca incluida en el Registro de solares, reservándoseles solamente la indemnización señalada por la legislación de arrendamientos (art. 149). En cambio, el Decreto de 5 de septiembre de 1952, ampliando el alcance del art. 2.º de la Ley de Solares, que solamente concede a los arrendatarios desahuciados el derecho de indemnización que establece la legislación de arrendamientos, dispuso en su art. 2.º que dichos arrendatarios podían optar entre la expresada indemnización o la *reserva de locales* en la nueva edificación con aplicación de lo dispuesto en el art. 104 (hoy 81) y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo doctrina del Tribunal Supremo que, en este caso, no es necesario el expediente gubernativo (sentencia de 20 de mayo de 1959) (58).

b) *Derribo de edificaciones provisionales*.—El art. 91 LAU excluye del derecho de retorno a los arrendatarios de estas construcciones, pues dispone dicho precepto que, negada la prórroga forzosa mediante participación por el arrendador de su propósito de derribar, con un año de antelación al día en que se proyecta iniciar las obras (59), el único derecho de los arrendatarios es recibir al desalojar la finca la indemnización de

(57) El art. 3.º declara que son edificaciones paralizadas las que estuviesen suspendidas o abandonadas sin causa justificada durante más de un año y por edificaciones de categoría inferior a las mínimas normales de la vía urbanizada de que se trate: 1.º Las que, además, de estar en manifiesta desproporción con la altura que, permitida por las Ordenanzas municipales, sea la corriente en aquella zona por su estado, condiciones o clase, desmerezcan de la misma; 2.º Las que se hallaren destinadas a fines completamente inadecuados, como gallineros, serrerías, talleres, garajes y análogas; 3.º Las que tengan carácter provisional; 4.º Las que, en más de un cincuenta por ciento de su total cabida, tuvieren viviendas o comercios notoriamente inferiores al tipo medio de las de su misma calle, considerada por zonas.

(58) Es contradictoria la jurisprudencia sobre retroactividad de este Decreto. En sentido negativo se pronunció la sentencia de 5 julio 1957; pero se ha impuesto el criterio de retroactividad con las sentencias de 20 abril 1956, 21 enero 1958 y 7 enero 1960.

(59) No es necesaria la autorización del Gobernador civil para el derribo de estas edificaciones (Sentencia de 1 mayo 1952, 3 febrero 1955 y 20 octubre 1956).

seis meses de renta si son inquilinos y de un año si son arrendatarios de locales de negocio (60).

El mismo art. 91 enumera algunos tipos de edificaciones provisionales: barracones, casetas, chozas y chabolas. La enumeración no es taxativa y el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de ampliarla a los cobertizos (11 de diciembre de 1950), «cubiertas» (25 de mayo de 1951), lavaderos (17 de febrero de 1951), tenadas y paneras (11 de diciembre de 1947). Dicho artículo establece la presunción de que se reputará edificación provisional cualquiera otra en cuya construcción no sea preceptiva, conforme a las disposiciones vigentes, la intervención de técnicos, y el mismo alto Tribunal ha declarado que, conforme a esta presunción, que es *iusuris tantum* (5 de julio de 1957), hay que estimar que son provisionales unas construcciones de mampostería con techo de uralita, pavimento con mosaicos y, en parte, con piso de tierra o cemento (31 de octubre de 1951), una planta baja en una de las principales vías de Manresa y rodeada de grandes edificaciones (3 de febrero de 1955), el local de una finca situada en calle principal y no afectado por su destrucción a consecuencia de la guerra (29 de abril de 1959). Criterio en que puede apoyarse dicha presunción es la falta de adecuación entre la edificación y el sitio en que se halle (Sentencia de 25 de mayo de 1951), sin que haya de atenerse el Juzgador a la legislación de solares (25 de abril de 1959) y sólo ha de acudir a tal presunción a falta de resultado directo de la prueba (25 de mayo de 1951).

c) *Derribo de fincas ruinosas*.—La declaración administrativa de ruina es causa de resolución del contrato, con posibilidad de desahucio administrativo si el peligro de ruina se declara inminente (causa 10.ª del art. 114).

Una vez acordada la resolución del contrato de arrendamiento por esta causa no asiste a los inquilinos derecho de retorno al edificio levantado en el solar resultante del derribo (Sentencias de 30 de marzo y 28 de junio de 1948, 3 de marzo, 23 de abril, 21 de octubre y 26 de noviembre de 1951 y 2 de marzo de 1954), pues en tal supuesto son inaplicables las normas de la segunda excepción a la prórroga obligatoria, aun en el supuesto de que durante la tramitación del expediente de ruina se proyectase el derribo de la finca y se hubiera dado cumplimiento a los requisitos previos del art. 102 (hoy 76) de la Ley de Arrendamientos (28 de febrero de 1953) y, por otra parte, el art. 156 (hoy 119) regula un supuesto distinto (10 de marzo de 1958).

(60) Nos parece alinada la aplicación analógica que del art. 80 hacen Royo (ob. cit., pág. 350) y FERRER MARTÍN (loc. cit., pág. 760).

Excepcionalmente, ha reconocido el derecho de retorno la Sentencia de 8 de mayo de 1954 en un supuesto en que la situación de ruina sobrevino después de obras de demolición llevadas a cabo voluntariamente por el arrendador sin expediente gubernativo, y luego del derribo parcial se instruyó el expediente de ruina.

d) *Destrucción por causa de guerra.*—El Tribunal Supremo ha examinado diversos casos de derecho de retorno por causa de destrucciones de edificios motivadas por nuestra Guerra de Liberación y ha mantenido que no procede tal derecho, porque no lo ampara la Ley de 9 de junio de 1939 ni la de Arrendamientos Urbanos (Sentencias de 24 de junio de 1950, 12 de marzo y 17 de noviembre de 1954 y 14 de junio de 1956).

Pero la Disposición transitoria 2.^a de la Ley de Arrendamientos de 1946 admitió el derecho de reintegración cuando, a la vigencia de los preceptos de dicha Ley, no estuviere terminada la reconstrucción de un inmueble dañado a consecuencia de nuestra Guerra de Liberación o por otra causa de fuerza mayor y el mismo se hallare desalquilado o no habitado por sus anteriores inquilinos o arrendatarios, si éstos carecieren de vivienda o de local de negocio arrendado a su nombre en la localidad, dictando dicha transitoria minuciosas reglas para la efectividad del retorno. Este precepto no ha sido recogido por la Ley vigente.

e) *Resolución por expropiación forzosa.*—Está regulada por el artículo 114, causa 9.^a, de la LAU y no hay términos hábiles para admitir el retorno, pues, como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de mayo de 1954, este derecho lo reconoce la Ley en el caso de derribo debido a la voluntad del propietario, pero no cuando tal derribo no sea voluntario, sino obligado, y se produzca como consecuencia de una expropiación forzosa, precisando la Sentencia de 2 de enero de 1956 que, aún en el caso de convenio de retorno entre arrendador y arrendatario, no procede el retorno si fué expropiada la finca reconstruída, aun cuando sobre las parcelas sobrantes construyera la propietaria un nuevo inmueble.

f) *Prohibición de las Ordenanzas municipales.*—La Sentencia de 21 de enero de 1958 negó el derecho de retorno sobre el portal de acceso a la finca porque prohíben las Ordenanzas municipales que en dicha pieza del inmueble se sitúen establecimiento de cualquier clase de comercio o industria.

VII. EL DERECHO DE RETORNO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El ejercicio de este derecho puede causar perjuicios a terceras personas desconocedoras de la existencia del contrato de arrendamiento del que deriva el retorno, puesto que la LAU no exige ninguna publicidad de éste y, por causa del derribo, no puede exteriorizarse mediante la posesión la existencia de título arrendaticio sobre los pisos que se han de construir en sustitución de los derruídos.

Pueden ser perjudicados los terceros adquirentes del inmueble a quienes se hubieren ocultado los arrendamientos subsistentes y que habrían de soportar la reintegración de sus titulares a los pisos reconstruidos (véanse las Sentencias de 4 de junio de 1948, 15 de marzo y 1 de diciembre de 1952 y 26 de marzo de 1953). También pueden resultar afectados quienes hubieran celebrado con el propietario contrato de arrendamiento del piso reservado, pues prevalecería el derecho del reservatario. Incluso pueden ser perjudicados los arrendatarios de otros pisos del mismo inmueble si el arrendatario con derecho de retorno hace uso de la facultad de la elección que le concede el art. 88 LAU.

Evitar las desagradables sorpresas a que puede dar lugar esta clandestinidad es lo que se propone el art. 15 del Reglamento hipotecario, según la redacción que le ha dado el Decreto de 17 de marzo de 1959, cuyo preámbulo anuncia que «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 y al crédito. Al darle acceso al Registro se defenderá por igual al propietario y al inquilino».

No es ocasión de traer aquí de nuevo la debatida cuestión acerca de si el arrendamiento debe tener acceso al Registro de la Propiedad, según se le considere derecho real o personal, o si por la inscripción adquiere categoría de «ius in re» (61). Lo que no puede desconocerse es la peculiar

(61) Véase ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, III, págs. 39 y sgts.

impronta que en su calificación jurídica ha impreso la legislación especial al contrato de arrendamiento y que ha llevado a algunos autores a configurar este derecho como de naturaleza real (62), aunque, en nuestra opinión, sin necesidad de llegar a esta radical postura y manteniendo los prudentes términos tradicionales de ver aquí un derecho personal con algunos excepcionales efectos de carácter real (63), debe admitirse el ingreso en el Registro de los arrendamientos especiales (64), no para su conversión en derecho real, sino para hacer eficaz su oponibilidad a terceros.

En este sentido la Ley hipotecaria ha venido considerando inscribibles «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de seis años, o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban» (art. 2, n.º 5.º) (65). Ahora el Reglamento abre las puertas al derecho de retorno mediante nota marginal con el laudable fin publicitario a que aludíamos anteriormente. Se ha partido de la idea de que el retorno es un derecho subjetivo autónomo, *sui generis* (66), y, por lo tanto, la nota se refiere a la inscripción de dominio de la finca arrendada, como un gravamen de ésta, y no al contrato de arrendamiento del que deriva la facultad de retorno y cuyo contrato pudiera figurar inscrito.

No regateamos nuestro aplauso al propósito de los reformadores de la reglamentación hipotecaria de poner fin a situaciones imprecisas producidas por el derribo y reconstrucción de edificios alquilados. Pero, ¿no habrá sido prematuro abrir el Registro al retorno arrendaticio para acabar con estas imprecisiones substantivas? ¿No se habría obrado con mejor criterio conteniendo impacencias registrales y esperando a que la doctrina definiese esas situaciones dudosas? Porque lo cierto es que, después

(62) VALLE DE GORTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951, págs. 7 y sgts., especialmente págs 48; NART, *Ex-arrendamientos*, Anuario de Derecho civil, 1951, pág. 983; NOGUERA GUZMÁN, *De la enfiteusis a la enfiteusis*, Anales Academia Matritense Notariado, V, págs. 439 y sgts.

(63) COSSÍO Y RUBIO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1949, pág. 403.

(64) Los arts. 56 y 82 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959, regulan la inscripción de estos contratos en un libro especial, sin perjuicio de que puedan seguir inscribiéndose conforme a la Ley Hipotecaria.

(65) Las resoluciones de 24 de marzo de 1929 y 4 de julio de 1950 dan pie para sostener que la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos establecida por las leyes especiales es suficiente para entender que el plazo contractual del arrendamiento protegido excede de los seis años y es, por lo tanto, inscribible.

(66) Cfr. LA RICA, *Comentario a la reforma del Reglamento hipotecario*, Madrid, 1955 pág. 16.

de la reforma del Reglamento, las imprecisiones continúan y buena prueba de ello es la enumeración de supuestos de reintegro o retorno que hemos enumerado en la primera parte de este trabajo; no menos que las disparidades doctrinales sobre la naturaleza jurídica de este pretendido derecho.

La naturaleza posesoria del retorno arrendaticio,, que aquí defendemos, hace variar sus presupuestos registrales de tal manera que la primera consecuencia a que nos lleva es rechazar su ingreso en el Registro de la Propiedad, pues a éste sólo deben afluir derechos subjetivos y sus modificaciones, pero no meras «*facultates agendi*» entre las que cabe incluir el derecho de retorno. Por otro lado, la admisión de este derecho a la posesión, derivado del arrendamiento, contradice el principio fundamental formulado por el art. 5.º de la Ley hipotecaria de que «los títulos referentes al mero hecho de poseer no serán inscribibles», sin contar con el defecto de técnica registral que supone que la nota del derecho de retorno relativa a una finca que se ha de edificar se practique al margen de la inscripción de otra finca distinta, cual es la que se ha derruido o se proyecta derruir y cuando ya están resueltos los contratos de arrendamiento que había constituídos sobre ella.

Por estas razones creemos que la solución más adecuada habría sido regular la inscripción del contrato de arrendamiento sobre el piso que se ha de reconstruir, a efectos de oponibilidad a terceros de dicho contrato y de los derechos y obligaciones derivados del mismo, entre ellos el de toma de posesión o retorno. Por la vía del núm. 5.º del art. 2.º de la Ley hipotecaria se podía haber llegado a la constancia indirecta del retorno con sólo añadir: «y los que se celebren en virtud de lo dispuesto en el art. 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos».

Para terminar vamos a hacer una breve exégesis del art. 15 del Reglamento hipotecario en su nueva redacción, que es la siguiente: «Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, deberán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará la solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo, y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad».

El ámbito material de aplicación del precepto se contrae a la protección registral del retorno por derribo, pues el precepto se refiere a la «nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se *reedifi-*

que», con exclusión de cualquier otro supuesto de reintegro en la posesión del piso desalojado, en los que continuará rigiendo la clandestinidad gravosa para terceros. Se produce así un tratamiento desigual en situaciones análogas que aconseja retocar el precepto para extender la nota marginal a todos los supuestos de reposición arrendaticia.

Se especifican los títulos necesarios para extender la nota, exigiéndose que se acompañe a la solicitud del interesado el contrato de inquilinato o arriendo y el título del que resulte el derecho de retorno, a saber, el contrato suscrito entre arrendador y arrendatario conforme al art. 81 de la LAU, la resolución judicial que se dictare en el proceso deducido por el arrendatario ante la negativa del arrendador a suscribir dicho contrato o, en último término, el compromiso contraído por el arrendador ante el Gobernador civil (67). Sin esta constancia registral del derecho de retorno no será oponible a terceros (68); pero si la finca base de la nota marginal no estuviera inmatriculada, regiría en todo su vigor el art. 94 LAU y el derecho de retorno «será obligatorio aún en el caso de que cambie la persona del titular que hubiere comenzado a ejercerlo».

La nota se cancelará cuando el arrendatario recupere el piso reservado (arts. 82 y 82) u otro distinto (art. 88), cuando pierda el derecho de retorno (art. 82-2) u opte por la indemnización (art. 88) y por caducidad de la nota a los cinco años de su fecha (art. 15 del Reglamento hipotecario).

Habrà de tenerse presente, en el aspecto transitorio, que también podrá extenderse la nota en los casos en que el derecho de retorno haya nacido con anterioridad a la vigencia de la reforma del Reglamento, siempre que no se haya hecho efectivo o no haya caducado (69).

(67) LA RICA, ob. cit., pág. 20 y VILLENA, loc. cit., pág. 204. FERNÁNDEZ BOADO entiende que el título administrativo a que se refiere el Reglamento puede pensarse que es la certificación expedida por el Estado, Provincia o Municipio y demás entidades a que se refiere el art. 206 de la Ley hipotecaria que ostenten el carácter de arrendatarios y en la que, haciendo constar ese carácter, manifiesten que ejercitan el derecho de retorno. Pero resulta difícil aceptar esta facultad unilateral de la Administración para constituir el derecho de retorno, con desconocimiento de lo que previene con carácter general el art. 81 LAU y la remisión que al mismo hace el art. 93 del mismo texto.

(68) Véase la nota (39).

(69) LA RICA, ob. cit., pág. 22.