

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**14395** *Resolución de 22 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Alcalá la Real a inscribir una escritura de elevación a público de contrato privado de arrendamiento.*

En el recurso interpuesto por don R. A. S., en nombre y representación de la sociedad «Desoles Solar PV II, S.L.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Alcalá la Real, don José Eduardo Luzón Tello, a inscribir una escritura de elevación a público de contrato privado de arrendamiento.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 15 de diciembre de 2022 por la notaria de Alcaudete, doña Inmaculada Campos Tévar, con el número 1.107 de protocolo, los cónyuges don B. L. E. y doña R. N. P. C., y doña A. P. C. y don J. M. C. F., titulares, respectivamente, de las fincas registrales número 37.441 y 35.618 del término de Alcaudete, Registro de la Propiedad de Alcalá la Real, en su condición de arrendadores, y la sociedad «Desoles Solar PV II, S.L.», arrendataria, elevaron a público un contrato privado de arrendamiento de terrenos para la instalación de planta solar fotovoltaica.

En representación de la sociedad arrendataria, como mandatario verbal de la misma, compareció don P. S. M. Mediante diligencia, de fecha 22 de diciembre de 2022, se hizo constar que con la misma fecha se recibió copia electrónica de escritura de ratificación autorizada el día 21 de diciembre de 2022 por el notario de Madrid, don Ignacio Paz-Ares Rodríguez, con el número 5.195 de protocolo. En esta última escritura comparecieron dos administradores mancomunados de la sociedad nombrados en escritura otorgada el día 27 de octubre de 2022 ante el notario de Vigo, don Julio Manuel Díaz Losada, con el número 1.563 de protocolo, y ratificaron la referida elevación a público de documento privado de arrendamiento. Según constaba en la escritura de ratificación, el nombramiento de tales administradores se encontraba pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. En dicha escritura de ratificación, el notario afirmaba lo siguiente:

«Su legitimación para este acto resulta de sus nombramientos como Administradores mancomunados (el señor E... del grupo B y el señor A... del tipo A), por tiempo indefinido, por acuerdo adoptado por la Junta general de socios celebrada el día 13 de octubre de 2022, elevado a público en escritura otorgada ante el Notario de Vigo don Julio Manuel Díaz Losada, en fecha 27 de octubre de 2022, con número 1563 de protocolo, pendiente de inscripción en el Registro Mercantil, de lo que advierto.

He tenido a la vista copia autorizada electrónica que he recibido a través de la plataforma Notarial Signo y yo, el Notario, hago constar que en cumplimiento del artículo 98.1 de la ley 24/2001, y con los efectos previstos en el párrafo 2.º, considero y califico a los comparecientes, con la salvedad advertida, como legitimados para intervenir en la representación indicada en este instrumento público por resultar, a mi juicio, que ostenta representación bastante para otorgar la presente escritura, en los términos y condiciones estipulados.

Aseguran seguir en el ejercicio legal del cargo que ostentan, así como que las facultades que tienen conferidas no les han sido suspendidas, revocadas ni limitadas y que no ha variado la capacidad jurídica de la sociedad que representan.»

Interesa en este expediente transcribir las siguientes cláusulas del contrato de arrendamiento.

Estipulaciones 5.4 y 5.5., según las cuales el arrendador no podrá «hipotecar o gravar en modo alguno el inmueble (incluso, por medio de derechos de opción o promesas de hipoteca concedidos a terceros) sin el previo consentimiento expreso y por escrito del Arrendatario, que no podrá denegarlo en el caso de que el beneficio de la garantía respete la posición jurídica del Arrendatario. Así pues, en caso de que el arrendador pretenda gravar todo o parte del inmueble, informará previamente al beneficiario de dicha garantía de la existencia y contenido íntegro de este Contrato, debiendo el beneficiario aceptar subrogarse en el mismo en caso de ejecución de la garantía, con idénticos derechos y obligaciones a los establecidos en este Contrato y, en ningún caso afectar a la Actividad Permitida», ni «realizar ninguna actividad en el inmueble, ni en sus aledaños, que perjudique a la Actividad Permitida, ni arrendar ni permitir el uso de la parte restante de la finca para cualquier actividad que impida o perjudique la perfecta ejecución de la Actividad Permitida».

Estipulación 6.2: «El Arrendador vendrá obligado a permitir el acceso a la Finca al Arrendatario y a sus empleados, contratistas y subcontratistas en todo momento, desde esta fecha. A tal efecto, ambas Partes acuerdan la constitución de una servidumbre de paso voluntaria, permanente, continua y aparente sobre la Finca a favor del Arrendatario, al objeto de que este pueda instalar, explotar, operar y mantener la Planta conforme a lo previsto en este Contrato (...)

Igualmente, el Arrendador constituirá sobre la Finca cuando así lo requiera el Arrendatario un derecho de servidumbre de paso, ya sea aéreo o subterráneo, de energía eléctrica, al objeto de instalar una línea eléctrica para evacuar la electricidad que genere la Planta. El trazado de esta línea se concretará definitivamente por el Arrendatario una vez acordado el punto de conexión con la empresa distribuidora o transportista de la zona (...).

Y, finalmente, en la estipulación séptima se acuerda que «en caso de transmisión de titularidad de la Finca inter vivos o mortis causa, por la Arrendadora, cualquiera que sea el negocio jurídico que legitime dicha transmisión, el nuevo adquirente de la finca tendrá la obligación de mantener plenamente los términos, cláusulas y condiciones del contrato de arrendamiento para la ejecución y explotación de la Planta, durante todo el tiempo que dure el referido contrato de arrendamiento (...)

En caso de que el Arrendador deseara transmitir la propiedad total o parcial de la Finca, deberá notificar por escrito al posible adquirente, tanto la existencia del presente Contrato como las obligaciones contraídas en el mismo, debiendo el nuevo adquirente de la finca entregar al arrendador un escrito en donde (...) Por lo menos 30 (treinta) días antes de la fecha en la que se efectúe la transmisión de propiedad de la Finca, la Propiedad deberá entregar a la Arrendataria el Escrito de Aceptación del adquirente conforme a lo establecido en este inciso. Sin perjuicio de lo anterior, el Arrendador reconoce el derecho de tanteo del que goza la Arrendataria para adquirir la nuda propiedad de la Finca frente a cualquier transmisión de propiedad pretendida con terceros en los términos de esta cláusula, en el entendimiento por tanto de que para que alguna de dichas transacciones pretendidas pueda realizarse deberá mediar renuncia expresa y por escrito de la Arrendataria al derecho de tanteo antes referido».

## II

Presentada el día 27 de diciembre de 2022 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Alcalá la Real, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Datos del documento calificado:

Presentante: don P. S. M.

Interesados: don B. L. E., doña N. P. C., doña A. P. C., don J. M. C. F. y la entidad Desoles Solar PV II, S.L.

Naturaleza: escritura publica

Objeto: elevación a público de documento privado de arrendamiento rústico

Protocolo N.º: 1.107 de 15/12/2022

Notario: D.ª Inmaculada Campos Tévar –Alcaudete–.

En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad del documento presentado, y con relación exclusivamente a las cláusulas que se dirán, resultan los siguientes:

Hechos:

1.º El día 27 de diciembre de 2022, bajo el asiento de presentación n.º 953 del Diario 106, fue presentado en este Registro de la Propiedad, el documento referido en el encabezamiento.

2.º En dicha escritura se eleva a público el contrato de arrendamiento celebrado sobre las fincas registrales n.º 37. 441 y 35.618 del término de Alcaudete entre don B. L. E. y doña R. N. P. C. y don J. M. C. F. y doña A. P. C. como arrendadores y de la entidad mercantil Desoles Solar PV II, S.L. como arrendataria.

Fundamentos de Derecho:

Esta nota se extiende por el Registrador titular de esta oficina competente por razón del territorio donde radica la finca en el ámbito de sus facultades de calificación previstas por el artículo 18 de Ley Hipotecaria y 99 y siguientes de su Reglamento y dentro del plazo legal a que se refiere el precepto legal citado.

En base a lo antes expuesto, se observan los siguientes defectos que impiden la inscripción de la escritura calificada:

1.º No consta que el nombramiento de los administradores mancomunados de la entidad Desoles Solar PV II S.L. se haya inscrito en el Registro Mercantil correspondiente, y por tanto, no resulta justificada la realidad, validez y vigencia del nombramiento.

El artículo 51 del Reglamento Hipotecario establece las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción, entre las que se encuentra, según su apartado 9.º c) “las de la representación legal o voluntaria, las personales que identifiquen al representante, el poder o nombramiento que confieran la representación y, cuando proceda, su inscripción en el Registro correspondiente”.

Disponiendo el artículo 21,1.º de la Ley Hipotecaria que “Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos.” y paralelamente con ello, el artículo 173 del Reglamento Notarial dispone que “en todo caso el Notario cuidará de que en el documento inscribible en el Registro de la Propiedad inmueble se consignen todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la respectiva disposición aplicable cada caso, cuidando además que tal circunstancia no se exprese con inexactitud que dé lugar a error o perjuicio para tercero”.

El artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre dispone “1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. 2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de

suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación. 3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.”

Interpretando este precepto, y en lo que ahora interesa en relación con el documento calificado, se ha señalado en Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de Octubre de 2006 que los artículos 57 a 62 de la Ley de Sociedades Limitadas, 20 a 22 del Código de Comercio, y 4, 7, 94, 95 y 192 del Reglamento del Registro Mercantil, en orden a la presunción de exactitud de los asientos y la obligatoriedad de inscripción del nombramiento y cese de los administradores, están encaminados a la salvaguardia del cumplimiento de obligaciones legales que no pueden ni deben ceder ante otras exigencias distintas, sean cuales sean; resultando claro que al no acreditarse la inscripción del nombramiento del administrador, no podía ampararse la calificación en la exactitud registral, siendo necesaria entonces la comprobación de la realidad, validez y vigencia del nombramiento por otros medios (lo que no ocurre en el presente caso, sino que simplemente se recoge la manifestación bajo su responsabilidad” del compareciente) aunque el nombramiento de los administradores surte efecto desde su aceptación (artículo 58. 2 de la Ley de Sociedades Limitadas) y las consecuencias de la no inscripción no pueden perjudicar a terceros de buena fe (artículo 20 y 21 del Código de Comercio) no por ello puede dejar de exigirse que si la inscripción del nombramiento es obligatoria ello se haga efectivo y se exija. Por ello la decisión del Registrador de exigir la inscripción registral del cargo de administrador es importante y decisiva, pues se está amparando en las facultades de los Registradores mercantiles en orden a la vigilancia de la legalidad en este punto; no teniendo a su disposición el Notario, al calificar la validez y regularidad del nombramiento del administrador, los datos con que cuenta el Registrador Mercantil, circunstancias que difícilmente pueden comprobarse con la mera exhibición de la escritura que recoge el nombramiento, lo contrario sería atribuir al notario unas facultades saltándose las previamente atribuidas al Registrador Mercantil (que es el competente para controlar la legalidad del nombramiento del administrador en función de los requisitos legales previstos para ello), por mucho que las asuma bajo su responsabilidad, ya que no se trata de eso sino de garantizar la legalidad mercantil. Sin que pueda mantenerse un razonamiento contrario basado “puramente en criterios economicistas tendentes a una presunta eficacia y rapidez difícilmente compatibles con la necesaria confianza de la seguridad jurídica”

Por todo ello vistos los artículos 20 y 22 del Código de Comercio. Artículos 57 a 62 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada; artículos 4, 94, 192 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de diciembre de 1997 y 3 y 23 de febrero de 2001; Sentencia dictada por la Sala Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de Octubre de 2006, la cual anula la Resolución de la DGRN de 1 de Agosto de 2005 que mantenía una postura diferente, confirmada por auto del Tribunal Supremo de 21 de Abril 2009 que inadmite el recurso planteado por la DGRN; Sentencia de Noviembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Murcia que anula por extemporánea la Resolución de la DGRN de 21 de Septiembre de 2005 y Sentencia 25 de Julio de 2008 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Segovia.

2.º Por implicar una prohibición de disponer impuesta en acto de carácter oneroso no son inscribibles la estipulación 5. 4 y 5.5, sin perjuicio de que mediante hipoteca u otra forma de garantía pudiese garantizarse su cumplimiento o efectividad (artículo 27 de la Ley Hipotecaria).

3.º Por su carácter personal, no es inscribible la cláusula 6.2, dado que en ella sólo se contiene la obligación de constituir las servidumbres de paso en un futuro (artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento). Y ello aparte de contravenirse el principio

de especialidad hipotecaria al no concretarse el trazado, punto de arranque y final, longitud, anchura, etc. de la servidumbre, lo que unido a la falta de aportación de un plano no permiten saber exactamente por donde discurre la misma (9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.5, 6 y 7 del Reglamento Hipotecario y Res. DGSJ y FP de 24-101998).

El principio de especialidad hipotecaria que se desprende de los artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51. 5.6 y 7 del Reglamento Hipotecario, exige que la servidumbre quede determinada en cuanto a un contenido mínimo, como requisito indispensable para su publicidad Registral. Tratándose de una servidumbre de paso este contenido mínimo exige precisa determinación del punto de arranque y final; anchura y longitud así como el sentido cardinal de la misma.

La Dirección General de los Registros y Notariado en resolución de 24-10-1998 así lo pone de manifiesto al incidir que “es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. las resoluciones de 27 de Agosto de 1982 y de 18 de octubre de 1.991) basada en el principio de especialidad (cfr. Arts. 9 Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario) que la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente, a tal efecto, la mera afirmación del establecimiento de servidumbre de paso y la identificación de los predios dominantes y sirvientes dejando indeterminados datos tan importantes como la ubicación y anchura de los pasos o la altura y distancia o longitud. Se trata, pues de convenios constitutivos, de carácter genérico, precisados de un ulterior desenvolvimiento que perfile, de modo definitivo, los gravámenes previstos, debiéndose, entre tanto, negar su inscripción en aras de la claridad y precisión que debe presidir el contenido de los pronunciamientos registrales en lo referente a la titularidad, extensión y límites de los derechos inscribibles.

4.º Por su indeterminación contraria al principio de especialidad y no pactarse con carácter real, no es inscribible el derecho de tanteo pactado en la estipulación séptima.

Como ha puesto reiteradamente de manifiesto la Dirección General de los Registros y del Notariado (Cfr. Resoluciones de 23 de noviembre de 1934, 29 de marzo de 1955, 20 de septiembre de 1966, 29 de abril de 1999 o 6 de marzo de 2. 001 entre otras), el sistema de “numerus apertus” (cfr. Artículo 7 del Reglamento Hipotecario) no permite la entrada en el Registro del cualquier derecho, sino que ha de tratarse de derechos reales atendiendo a sus elementos y caracteres constitutivos.

Como consecuencia de lo anterior, se observan los siguientes defectos que impiden la inscripción del derecho de adquisición pactado:

1. No se establece expresamente el carácter real del expresado derecho con eficacia erga omnes pactando al propio tiempo su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad. Como pone de relieve la citada Resolución de 6 de marzo de 2011, es indudable que, en un sistema como el español, regido por el principio de “numerus apertus” en orden a la configuración de nuevos derechos reales, una de las cuestiones más difíciles de resolver es la de si un derecho atípico tiene o no eficacia real, siendo indispensable para la inscripción de un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo que no quepa duda sobre su carácter real, lo que no se da en el caso planteado en que ni se establece el carácter real, ni se pacta su inscribibilidad, ni se induce de ninguno de los pactos del contrato, presumiéndose el dominio libre porque las restricciones han de establecerse expresamente, careciendo dicho derecho de eficacia erga omnes que es una característica esencial del derecho real.

2. No se fija un plazo de duración para el ejercicio del derecho. (Principio de especialidad hipotecaria; artículo 51 regla 6.ª del Reglamento Hipotecario; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966). Es preciso que se determine el plazo de duración del derecho.

3. No se determinan las consecuencias del incumplimiento de la obligación de notificar la intención de vender la finca. Por ello, si no se establece otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de

daños y perjuicios, y por ello mismo el derecho así configurado carecerá de eficacia erga omnes (que es una característica esencial de los derechos reales) (Res. DGRN de 6 de marzo de 2001)

4. No se determina si sólo cabe en la primera transmisión o se mantiene para las sucesivas.

5. No se precisa en qué tipo de transmisiones procede su ejercicio.

Acuerdo:

Suspender la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en los Hechos de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en los Fundamentos de Derecho de la misma nota. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva, prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.

Contra la anterior calificación (...)

Alcalá la Real, a 10 de Enero de 2023. El Registrador (firma ilegible). Firmado: José E. Luzón Tello.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don R. A. S., en nombre y representación de la sociedad «Desoles Solar PV II, S.L.», interpuso recurso el día 23 de febrero de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Fundamentos

Primero. Error del Registrador al determinar que el nombramiento de los administradores mancomunados de la entidad Desoles Solar PV II, S.L., no se han inscrito en el Registro Mercantil.

En el fundamento 1.º) de la Nota de suspensión del registro del Documento de Arrendamiento, se cita, literalmente, que “No consta que el nombramiento de los administradores mancomunados de la entidad Desoles Solar PV II, S.L., se haya inscrito en el Registro Mercantil correspondiente y, por tanto, no resulta justificada la realidad, validez y vigencia del nombramiento”. Si bien es cierto y lógico que, tal y como correctamente se fundamenta en la nota de suspensión de la inscripción, la inscripción del nombramiento de los administradores mancomunados es un requisito esencial para dotar de validez a la representación legal de la entidad mercantil, nos vemos en la obligación de matizar que, a la fecha de presentación del Documento de Arrendamiento, los administradores estaban correctamente inscritos en el Registro Mercantil. A estos efectos, se incorpora a la presente la escritura pública, de fecha 11 de agosto de 2022, de cambio y nombramiento de nuevo órgano de administración (...) donde se puede verificar la correcta inscripción de los nuevos administradores de la sociedad al momento de presentación en el Registro del Documento de Arrendamiento.

Segundo. Ausencia de implicación de “prohibición de disponer” Cláusula 5.4. y 5.5., del Documento de Arrendamiento.

En el fundamento 2.º) de la Nota de suspensión del registro del Documento de Arrendamiento, se cita, literalmente, que se suspende la inscripción por “implicar una prohibición de disponer impuesta en acto de carácter oneroso no son inscribibles la

estipulación 5.4. y 5.5., sin perjuicio de que mediante hipoteca u otra forma de garantía pudiese garantizarse su cumplimiento o efectividad”

En este sentido, ateniéndonos al tenor literal de la cláusula 5.4., no se establece una “prohibición de disponer”, puesto que sería “contra lege” que el Arrendador no pudiese gravar o enajenar su finca libremente. Lo único que se establece en un mero consentimiento previo del Arrendatario, en el que, además, citando la cláusula 5.4. “no podrá denegarlo en el caso de que el beneficiario de la garantía respete a la posición jurídica del Arrendatario”. Es de suma importancia este último matiz ya que demuestra que esta cláusula no hace otra cosa que reforzar, mediante un documento privado, lo dispuesto en la Ley aplicable y no establecer una prohibición de disponer. En este sentido, lo único que se pretende con esta cláusula es salvaguardar los derechos e intereses del Arrendatario sin perjuicio del principio de prioridad registral que pudiese operar en caso de presentaciones para posteriores inscripciones de derechos en el Registro de la Propiedad correspondiente. El Arrendador podrá disponer libremente de su finca, solo que, respetando la posición del Arrendatario en virtud del Documento de Arrendamiento.

Por su parte, la cláusula 5.5., dispone que el Arrendador no podrá “realizar actividad en el inmueble ni en sus aledaños, que perjudique a la Actividad Permitida, ni arrendar ni permitir uso restante de la Finca para cualquier actividad que impida o perjudique la ejecución de la Actividad Permitida”

Es manifiesta la concordancia de estas redacciones con lo dispuesto en el Código Civil, especialmente, en su artículo 1559 “El arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada.” En este sentido, la redacción de la cláusula 5.5., tiene el único objetivo de reiterar lo dispuesto en la Leyes con respecto al pacífico arrendamiento por parte del Arrendatario, sin ninguna consecuencia o gravamen adicional derivada de su incumplimiento, más allá del derecho indemnizatorio que establece el propio Código Civil.

En ningún caso se está contraviniendo Ley alguna, respetando y siendo la redacción de la cláusula 5.4 y 5.5., en concordancia, entre otras, con lo dispuesto en el Artículo 1.554. de nuestro Código Civil:

“El arrendador está obligado:

- 1.º A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato.
- 2.º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.
- 3.º A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato”

Se trata, por tanto, de unas cláusulas que refrendan, mediante un consentimiento puramente privado, lo dispuesto en las Leyes aplicables a efectos de arrendamiento y que, para salvaguardar los derechos inherentes al Arrendatario, se pacta de mutuo acuerdo entre las partes contratantes, en el Documento de Arrendamiento. En este sentido, hacer referencia al artículo 1255 de nuestro Código Civil “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público” Las cláusulas 5.4 y 5.5., no solo son conforme a las leyes, sino que, además, tienen vocación de intentar asegurar su eficaz cumplimiento.

Tercero. Inexistencia de constitución de derecho de servidumbre sobre la finca

En el fundamento 3.º) de la Nota de suspensión del registro del Documento de Arrendamiento, se cita, literalmente, que se suspende la inscripción “por su carácter personal, no es inscribible la cláusula 6.2., dado que en ella solo se contiene la obligación de constituir la servidumbre de paso en un futuro. Y ello a parte de contravenirse al principio de especialidad hipotecaria al no concretarse el trazado, punto

de arranque y final, longitud, anchura, etc. de la servidumbre, lo que unido a la falta de aportación de un plano no permiten saber exactamente por donde transcurre la misma”

Si bien es cierto que en la cláusula 6.2., se constituye la posibilidad de constituir una servidumbre de paso a futuro, debemos matizar que en ningún momento se ha constituido servidumbre alguna a la fecha de presentación en el Registro del Documento de Arrendamiento. Tal y como se recuerda en la nota, la Ley Hipotecaria dispone que no se puede inscribir de una servidumbre sin concretarse el trazado, anchura, longitud, etc., si bien en el Documento de Arrendamiento no se ha constituido servidumbre de ningún tipo. No se puede delimitar el trazado ni la longitud de una servidumbre que ni siquiera se ha constituido y que, probablemente, no se llegue a constituir.

Dado el caso, se emplazaría al Arrendador para suscribir un acuerdo de servidumbres o similar, en el que se delimitase correctamente la servidumbre a constituir. Acuerdo éste, que se presentaría en el registro de la propiedad correspondiente para su inscripción. Este no es el caso, ya que no se plantea, por el momento, establecer servidumbre alguna y por ese motivo no se incorpora al Documento de Arrendamiento un anexo con las características de la servidumbre.

El objetivo de esta cláusula, no es otro que el de pactar de mutuo acuerdo, la posibilidad, en caso de que fuese necesario, de establecer una servidumbre a favor del Arrendatario para el correcto desenvolvimiento de su actividad y no de constituir una servidumbre como tal que, lógicamente, estaría sometida a la identificación de sus características principales. Servidumbre esta que, como es lógico, deberá tener un tratamiento individualizado y ser delimitada a posterior dada la naturaleza y objetivo del Documento de Arrendamiento que no es otro que el de implantar una instalación solar fotovoltaica. La implantación de una planta solar fotovoltaica requiere de un periodo extenso de desarrollo y estudio en el que es prácticamente imposible establecer, a priori, las características del trazado de la servidumbre puesto que dependerá, en gran medida, del proyecto técnico y de las múltiples contingencias y casuísticas que pudiesen ocasionarse en el desarrollo del proyecto. En ningún caso, por tanto, es posible conocer las características de una servidumbre a la firma del Documento de Arrendamiento.

#### Cuarto. Legalidad de la Cláusula Séptima.

En el fundamento 4.º) de la Nota de suspensión del registro del Documento de Arrendamiento, se cita, literalmente, que se suspende la inscripción por su “indeterminación, contraria al principio de especialidad y no pactarse con carácter real, no es inscribible el derecho de tanteo pactado en la estipulación séptima”

Para comprender la naturaleza de esta cláusula debemos acudir a la Cláusula Décima del Documento de Arrendamiento. Elevación a público e inscripción en el Registro de la Propiedad. En ella se establece que “las partes se obligan a colaborar en todos los trámites que fuesen necesarios para la obtención de los documentos, permisos y licencias a las segregaciones e inscripciones a que se refieren este pacto, facilitando las gestiones a realizar, realizando las manifestaciones que fuesen necesarias y respaldando con su firma la solicitud y obtención de los mismos, comprometiéndose a realizar cuantas actuaciones sean necesarias para la inscripción del presente Contrato en el Registro de la Propiedad correspondiente”.

El derecho de tanteo otorgado en la cláusula Séptima, no se entendería sin lo dispuesto en la citada cláusula Décima ya que, las condiciones del derecho de tanteo, deberán ser completadas de común acuerdo entre las partes. A estos efectos, no es interés de las partes inscribir en este acto un derecho de tanteo, si no, establecer, a futuro, las condiciones particulares de este derecho, que se determinarán en un acuerdo a parte del Documento de Arrendamiento. No obstante, en el propio Documento de Arrendamiento, se establecen algunas condiciones esenciales que deberá respetar el futuro acuerdo por el que se establecen las condiciones del derecho de tanteo. Así, se establece en la cláusula Séptima que “Sin perjuicio de lo anterior, el Arrendador reconoce el derecho de tanteo del que goza la Arrendataria para adquirir la nuda propiedad de la finca frente a cualquier transmisión de la propiedad pretendida con

terceros en los términos de esta cláusula, en el entendimiento por tanto de que para alguna de dichas transacciones pretendidas pueda realizarse deberá mediar renuncia expresa y por escrito de la Arrendataria al derecho de tanteo antes referido” Por tanto, debemos considerar las siguientes condiciones básicas en el Documento de Arrendamiento:

1. Duración: mientras el Documento de Arrendamiento siga vigente, la cláusula Séptima tendrá validez. Por tanto, el tanteo durará lo que dure la vigencia del Documento de Arrendamiento.

2. Modo de ejercicio: Si no media renuncia expresa de la Arrendataria al derecho de tanteo, se entenderá que podrá ejercerla en cualquier momento antes de la transmisión de la finca, respetando la Arrendataria, a estos efectos, lo dispuesto en la propia cláusula Séptima.

3. Consecuencia del incumplimiento de la obligación de notificar la intención de vender la finca: tendrá las consecuencias dispuestas en la Cláusula 3.3.: “Cualquiera de las partes podrá instar la resolución anticipada de este Contrato por incumplimiento de las obligaciones de la otra parte derivadas del mismo que no hubiera sido subsanado dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la notificación que hubiere dirigido la parte cumplidora a la parte incumplidora”

4. Ante posibles cesiones del Documento de Arrendamiento, recogidas en la cláusula Decimosegunda, la cláusula Séptima seguiría vigente y válida siempre y cuando el Documento de Arrendamiento siga vigente y válido. Por tanto, los sucesivos cesionarios se subrogarían también en el tanteo de la finca. De igual forma operaría en caso de sucesivas transmisiones de la finca, ya que el nuevo propietario deberá subrogarse en los derechos y obligaciones del Arrendador y adoptar su posición en virtud del Documento de Arrendamiento y, por tanto, también en la Cláusula Séptima (...).»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 13 de marzo de 2023, el registrador de la Propiedad elevó el expediente a esta Dirección General, con su preceptivo informe.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 334.10, 348, 609, 1255, 1258, 1462, 1464, 1543, 1550, 1554 y 1556 del Código Civil; 18, 20, 21 y 22 del Código de Comercio; 1, 2, 3, 9, 12, 18, 20, 21, 26, 27, 38, 40, 98, 222.8 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 98 y 110.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 32, 215, 233, 234 y 249 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 6 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos; 7, 51 y 383 del Reglamento Hipotecario; 4, 7, 9, 11, 12, 77 a 80, 94, 108, 109, 111 y 192 del Reglamento de Registro Mercantil; 143, 145, 164, 165 y 166 del Reglamento Notarial; las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 y 20 de mayo de 2008, y de la Sala de lo Civil de 3 de abril de 1981, 3 de marzo de 1995, 20 de julio de 1998, 16 de diciembre de 2004, 29 de abril de 2005, 22 de abril de 2008, 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1929, 27 de marzo de 1947, 18 de enero de 1963, 20 de septiembre de 1966, 19 de septiembre de 1974, 4 de marzo y 1 de junio de 1993, 10 de febrero de 1995, 12 de abril de 1996, 17 de diciembre de 1997, 13 de febrero y 4 de junio de 1998, 13 de julio de 1999, 17 de febrero de 2000, 3 y 23 de febrero, 6 de marzo y 21 de septiembre de 2001, 12 de abril de 2002, 15 de febrero, 9 de abril, 29 de mayo, 3 de junio y 19 de julio de 2003, 11 de junio de 2004, 2 de enero, 2 de abril, 12 y 23 de septiembre, 24 de octubre y 18 de noviembre de 2005, 30 y 31 de mayo, 20 de

septiembre y 6 y 20 de diciembre de 2006, 1 de junio y 13 de noviembre de 2007, 17 de enero y 5 de abril de 2011, 27 de febrero (2.ª), 1 de marzo, 11 de junio (2.ª), 5 (2.ª), 22 y 30 de octubre y 6 de noviembre de 2012, 15 de febrero, 3 y 24 de junio, 8 de julio, 18 de noviembre y 18 y 19 de diciembre de 2013, 28 de enero, 11 de febrero y 9 de mayo de 2014, 14 de julio de 2015, 25 de abril (2.ª), 26 de mayo, 29 de septiembre y 10 y 25 de octubre de 2016, 5 de enero, 17 de abril, 25 de mayo y 17 de julio de 2017, 18 de septiembre y 7 de noviembre de 2018 y 8 y 27 de febrero, 10, 22 y 26 de abril, 3 de julio, 17 de septiembre, 11 de octubre, 26 de noviembre y 18 de diciembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5, 13 y 19 de febrero y 1 de octubre de 2020, 23 y 29 de junio, 8 y 26 de octubre y 8 de noviembre de 2021, 3 y 5 de enero, 4 de mayo, 20 de julio y 22 y 28 de noviembre de 2022 y 9 de marzo y 27 de abril de 2023.

1. Debe decidirse en el presente expediente si es o no inscribible una escritura de elevación a público de un contrato de arrendamiento de fincas de rústicas para la instalación de placas fotovoltaicas.

El registrador suspende la inscripción de dicha escritura por no figurar inscrito el cargo de los administradores mancomunados que ratifican la escritura de elevación a público otorgada por un mandatario verbal de la sociedad arrendataria, y, adicionalmente, declara no inscribibles las siguientes cláusulas del contrato (todas ellas transcritas en el apartado «Hechos»): las estipulaciones 5.4 y 5.5, por implicar una prohibición de disponer impuesta en acto de carácter oneroso, sin perjuicio de que mediante hipoteca u otra forma de garantía pudiese garantizarse su cumplimiento o efectividad; la 6.2, por su carácter personal; y la 7 por no cumplir el derecho de tanteo estipulado los requisitos exigidos para su acceso al Registro de la Propiedad.

2. Comenzando por el primer defecto invocado por el registrador, relativo a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cargo de los administradores mancomunados que intervienen para ratificar la escritura de elevación a público del contrato de arrendamiento, debe recordarse que es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (cfr. artículos 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil, y 214.3, 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital, y, entre otras, Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 23 de febrero de 2001, 13 de noviembre de 2007 y, entre las más recientes, las de 7 de noviembre de 2018, 18 de diciembre de 2019, 1 de octubre de 2020, 29 de junio de 2021, 3 de enero y 22 de noviembre de 2022 y 9 de mayo de 2023, para los cargos de sociedades, y de 15 de febrero, 9 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003, 2 de enero de 2005 y 27 de mayo de 2017, 17 de septiembre y 11 de octubre de 2019 y 5 de febrero de 2020, para los apoderados o representantes voluntarios de sociedades).

La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. artículo 94.1.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil) no significa que dicha inscripción en aquel Registro deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación, pues, a diferencia de otros supuestos (cfr. artículo 383 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual, la falta de publicidad de la sociedad adquirente en el Registro Mercantil sí es obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición realizada a su favor, o el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual, no sería inscribible en el Registro de la Propiedad lo actuado por un consejero delegado no inscrito, habida cuenta del carácter constitutivo de la inscripción de dicho cargo), y a diferencia también de lo que sucedía con la redacción del Reglamento del Registro Mercantil anterior de 1956 (cfr. artículo 95), en la legislación actual, con las excepciones contempladas en la misma, no hay ningún precepto que imponga aquella

inscripción en el Registro Mercantil con carácter general y previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad.

No obstante, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquélla y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y 3 y 23 de febrero de 2001). El hecho de que, como se ha expuesto, la falta de previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del cargo representativo o poder general no condicione la inscripción del acto de que se trata no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que ese acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular registral (cfr. artículos 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria).

La inscripción del nombramiento del cargo o poder general en el Registro Mercantil no es necesaria para la válida existencia del nombramiento o poder, aunque sí para su plena eficacia frente a terceros, incluso de buena fe (cfr. artículos 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento de Registro Mercantil). La falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada, puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado general por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente y vigente en el momento del nombramiento (vid. Resolución de esta Dirección General de 4 de junio de 1998).

En consecuencia, el hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser ésta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable.

No se trata, en resumen, de oponibilidad o inoponibilidad frente a tercero, de buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación del titular inscrito en el Registro de la Propiedad con base en un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil y que, por tanto, en principio responde a una situación contraria a la que publica dicho Registro Mercantil con efectos frente a todos desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (artículos 21.1 Código del Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil), y por tanto también frente al que conoce la falta de inscripción de dicho nombramiento pues consta en la propia escritura.

Por tal razón, en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario autorizante de la escritura debe contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral (vid. artículos 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil); todo ello para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud de los asientos del Registro Mercantil. Así lo exige también la transparencia debida en el ejercicio de la representación, ya sea

voluntaria u orgánica, a los efectos legalmente prevenidos: identificación de los sujetos en el tráfico jurídico, control de cobros y pagos, prevención del blanqueo de capitales, responsabilidad civil, administrativa y penal de los administradores y en general el control público de las transmisiones de activos.

3. El apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, establece: «En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera». El apartado segundo del mismo artículo 98 dispone: «La reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del Notario. El Registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

Por otro lado, el artículo 166 del Reglamento Notarial, dispone: «En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará obligatoriamente que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación».

La referida norma legal ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Supremo (Sentencias número 645/2011, de 23 de septiembre, 643/2018, de 20 de noviembre, 661/2018, de 22 de noviembre, y 378/2021, de 1 de junio).

En las citadas Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

Los anteriores razonamientos son aplicables, «mutatis mutandis» al presente caso de representación por dos administradores cuyo nombramiento no está inscrito en el Registro Mercantil.

Lo esencial es que, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, la calificación registral, en estos casos, debe limitarse a revisar que el título autorizado contenga los elementos que permitan corroborar que el notario ha ejercido el control que la Ley le encomienda respecto la validez y vigencia de las facultades representativas; y que su

juicio de suficiencia sea congruente con el negocio y así se exprese en el título presentado, a efectos de que eso pueda ser objeto de calificación.

4. En el presente caso, según la calificación impugnada, la objeción del registrador se refiere a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de los administradores de la sociedad arrendataria. Afirma que, al no acreditarse la inscripción del nombramiento del administrador, no puede «ampararse la calificación en la exactitud registral, siendo necesaria entonces la comprobación de la realidad, validez y vigencia del nombramiento por otros medios (lo que no ocurre en el presente caso, sino que simplemente se recoge la manifestación bajo su responsabilidad” del compareciente)».

Esta objeción debe ser confirmada si se tiene en cuenta que la ausencia de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de los administradores no puede estimarse suplida por la reseña que figura en la escritura calificada.

El notario ha emitido, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, el juicio que le compete sobre la suficiencia de las facultades representativas acreditadas por los administradores de la sociedad vendedora para otorgar la escritura de ratificación cuestionada; pero la reseña del documento auténtico del que resulta la representación no tiene la precisión necesaria ni es suficiente para que no quepan dudas de que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda respecto la validez y vigencia de las facultades representativas (nada se afirma, por ejemplo, sobre la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral –vid. artículos 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil–). Por ello, el registrador no puede apreciar que el título autorizado contenga los elementos que permiten corroborar que el notario ha ejercido dicho control.

5. Por lo que se refiere al análisis de las estipulaciones del contrato de arrendamiento cuya inscripción suspende el registrador, debe tenerse en cuenta que dicho arrendamiento se regirá por las estipulaciones de las partes y las normas del Código Civil que sean de aplicación pues queda excluido del ámbito de aplicación de la ley especial de arrendamientos rústicos, por cuanto tiene por objeto principal «cualquier otra actividad diferente a la agrícola, ganadera o forestal» –cfr. el artículo 6.d).5.º de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos–.

En primer lugar, considera no inscribible la cláusula 5.4 que prohíbe al arrendador «hipotecar o gravar en modo alguno el inmueble (incluso, por medio de derechos de opción o promesas de hipoteca concedidos a terceros) sin el previo consentimiento expreso y por escrito del Arrendatario, que no podrá denegarlo en el caso de que el beneficio de la garantía respete la posición jurídica del Arrendatario (...)».

El defecto debe confirmarse. En cuanto a las prohibiciones de disponer, cabe recordar, con carácter general, la doctrina sobre su configuración registral que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones desde la clásica Resolución de 20 de diciembre de 1929 hasta las más recientes de 27 de febrero y 26 de noviembre de 2019, 19 de febrero de 2020 y 5 de enero, 16 de febrero, 20 de julio y 28 de noviembre de 2022.

Conforme a esta doctrina, cabe afirmar que las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva («ius disponendi») de su titular.

Tales restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión «inter vivos», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «mortis causa» o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso. Así resulta del principio de libertad de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil, el cual exige que las limitaciones legítimamente impuestas a la propiedad y, en consecuencia, a su facultad dispositiva, sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican. Y ello por cuanto las prohibiciones y demás restricciones que limitan la libre disposición de los bienes son tratadas con desfavor por las disposiciones legales, en

cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados las hace poco aptas para el crédito territorial y crea, de otra parte, situaciones confusas, y por eso el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo tercero, establece que se harán constar en el Registro la Propiedad solo las impuestas en testamento y demás actos a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que requiere que tengan un carácter temporal, respondan a una razón lícita y no traspasen los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria, pues, en caso contrario, constituyen tan solo una mera recomendación (cfr. Resolución de 18 de enero de 1963).

Asimismo, este Centro Directivo (vid. por todas Resolución de 18 de diciembre de 2013) ha puesto de relieve que los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria hacen referencia a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral. Pero, al carecer el Código Civil de una regulación completa de la figura de las prohibiciones de disponer o enajenar, puede afirmarse que la legislación hipotecaria constituye en esta materia legislación civil sustantiva. De esta regulación sustantiva resulta, como se ha adelantado, que sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito: las prohibiciones voluntarias establecidas en actos a título gratuito tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención). Por el contrario, las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras.

6. En el supuesto de este expediente, aun reconociendo la plena validez de la limitación al haber sido convenida por ambas partes, con base en el principio de autonomía de la voluntad, habida cuenta que no es contrario a las leyes, la moral ni el orden público (artículo 1255 del Código Civil), ocurre que no se trata de resolver sobre la validez o nulidad del pacto sino que debe determinarse si este puede causar inscripción en el Registro con la pertinente eficacia respecto de terceros. Y debe concluirse que, si la prohibición procede de un acto a título oneroso, como lo es el arrendamiento (artículos 1543 y 1555.1.º del Código Civil), sin perjuicio de su validez, no puede acceder al Registro (cfr. artículo 26 de la Ley Hipotecaria), si bien se podrá asegurar su cumplimiento con hipoteca u otra forma de garantía real inscribible. De otra forma solo producirán efectos obligacionales.

7. En segundo lugar, por entender que implica asimismo prohibición de disponer no permitida, el registrador suspende la inscripción de la estipulación 5.5 que prohíbe al arrendador «realizar actividad en el inmueble ni en sus aledaños, que perjudique a la Actividad Permitida, ni arrendar ni permitir uso restante de la Finca para cualquier actividad que impida o perjudique la ejecución de la Actividad Permitida».

La presente cláusula debe recibir un tratamiento jurídico distinto, sin que pueda equiparse con la anteriormente analizada.

Así, es obligación esencial del arrendador la de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (artículo 1554.3.º del Código Civil), configurándose su incumplimiento como causa de rescisión del contrato (artículo 1556).

Por su parte, dispone el artículo 1550 que «cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador».

De lo anterior resulta que la estipulación cuya inscripción se pretende no es sino una traslación, por un lado, de las obligaciones y limitaciones que el Código Civil impone al arrendador, en tanto titular dominical de la finca, que responden a la finalidad última de garantizar al arrendatario el uso y goce pacífico de la finca para destinarlo al aprovechamiento o actividad convenida; y, por otro lado, de la posibilidad que atribuye a las partes el Código Civil de prohibir el subarriendo de la finca conforme al referido

artículo 1550. En definitiva, la cláusula en cuestión configura el contenido de las obligaciones de la parte arrendadora, con pleno respeto de las previsiones del Código Civil, resultando en consecuencia inscribibles y con ello oponibles «erga omnes».

8. Suspende también el registrador, por su carácter personal, la inscripción de la cláusula 6.2 según la cual «el Arrendador vendrá obligado a permitir el acceso a la Finca al Arrendatario y a sus empleados, contratistas y subcontratistas en todo momento, desde esta fecha. A tal efecto, ambas Partes acuerdan la constitución de una servidumbre de paso voluntaria, permanente, continua y aparente sobre la Finca a favor del Arrendatario, al objeto de que este pueda instalar, explotar, operar y mantener la Planta conforme a lo previsto en este Contrato (...)».

Resulta evidente que, al margen de la naturaleza jurídica del arrendamiento, no todos los pactos que integren el mismo deben tener acceso al Registro, específicamente cuando se trate de pactos relativos a la constitución de derechos reales, como pueda ser el de servidumbre. En efecto, al amparo de lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria, únicamente podrán inscribirse «los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales», sin que los meros compromisos u obligaciones de constitución futura de derechos reales puedan tener acceso al Registro (cfr. artículos 1, 2 y 98 de la Ley Hipotecaria).

La propia sociedad arrendataria reconoce en su escrito de recurso que la finalidad de esta cláusula no es otra que la de «pactar de mutuo acuerdo, la posibilidad, en caso de que fuese necesario, de establecer una servidumbre a favor del Arrendatario para el correcto desenvolvimiento de su actividad y no de constituir una servidumbre como tal que, lógicamente, estaría sometida a la identificación de sus características principales».

En definitiva, para que una servidumbre pueda inscribirse será necesario un acto constitutivo de la misma, debiendo dicho título constitutivo adecuarse –entre otros– a los principios de titulación auténtica (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), tracto sucesivo (artículo 12 de la Ley Hipotecaria) y especialidad, principio general del Derecho registral manifestado en numerosos preceptos de la Ley Hipotecaria (artículos 9 y 12, entre otros) que exige la exacta determinación del contenido del derecho inscrito con expresión de su extensión, límites y características configuradoras (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 2019 y 26 de octubre de 2021, entre otras).

9. Finalmente, respecto de la inscripción del derecho de adquisición preferente, no puede ser el reconocido por la legislación especial, por no resultar ésta aplicable al presente arrendamiento, como ha quedado expuesto. Por ello se plantea la cuestión de su inscripción como derecho de constitución voluntaria.

En este sentido, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. la Resolución de 4 de mayo de 2022, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «numerus apertus» que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.

Esto significa que no es suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere derecho real. Hace falta, además, que concurren determinadas circunstancias, que la Resolución de 4 de mayo de 2009 sintetizó en dos: a) es preciso que la figura que se crea tenga las características propias de un derecho real, y b) que, si se trata de una figura nueva carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha figura comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Y como criterio de interpretación de estos requisitos ha dicho igualmente este Centro Directivo que el citado criterio «numerus apertus» en materia de derechos reales

que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

10. En relación con los derechos de tanteo y retracto voluntario, en tanto que derechos atípicos o innominados, su admisión al amparo del principio de la autonomía de la voluntad en la actualidad no plantea especial dificultad ya que si bien no se hallan regulados en nuestro Derecho positivo, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998, «es admitido por la doctrina y la jurisprudencia (Sentencias de 13 de diciembre de 1958, 30 de abril de 1964, 25 de abril de 1992 y 19 de noviembre de 1992) al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sancionado por el artículo 1255 del Código Civil, debiendo estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado», siendo por tanto esencial en su configuración el título de su constitución.

En este marco general, respecto de los derechos de adquisición preferente, hay tres clases de retracto que se admiten en nuestro ordenamiento: el convencional previsto en los artículos 1507 y siguientes del Código Civil, el legal que establecen tanto el Código Civil como diversas leyes especiales, y el llamado voluntario.

En relación con el derecho de retracto convencional se afirma que es un derecho procedente de la voluntad de las partes que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2008, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Y que no cabe confundir con una prohibición de disponer.

El que se presenta en el presente caso es el derecho de tanteo en la fase previa a la transmisión de la finca a terceros.

11. Sobre su carácter personal o real tanto la doctrina de este Centro Directivo, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han ido evolucionando en el tiempo.

Ya desde la Resolución de 20 de septiembre de 1966, se ha admitido la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios sean configurados por las partes contratantes en el título de su constitución como un verdadero y propio derecho real. Admite el carácter real de los derechos de adquisición preferente pactados en el título calificado, entendiéndose que los posibles reparos u obstáculos a tal consideración aparecen superados en cuanto que: «a) existe convenio en el que se concede al titular la facultad “erga omnes” de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; b) el precio no queda fijado de antemano, sino que, con las garantías necesarias, se determinará por terceras personas, en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código Civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve –30 días– para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, y e) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho».

Posteriormente la Resolución de 19 de septiembre de 1974, partiendo de la misma doctrina, llega a la conclusión de que en el caso concreto por ella examinado «no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real, e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria».

Más recientemente ha vuelto el Centro Directivo al mismo tema subrayando la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo y/o retracto voluntario que pretenda tener carácter real se configure como tal en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto.

Y así en la Resolución de 6 de marzo de 2001, en un supuesto en el que se solicitaba la inscripción de un título en el que se pactaba un derecho de adquisición preferente similar al tanteo, pero en el que no se decía que tenga carácter real, ni se establecía que sería inscribible, ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realice la venta contraviniendo la notificación pactada, afirma dicha Resolución que «para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1.462.2 y 1.464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia “erga omnes”, que es una característica esencial del derecho real». Queda con ello completado el conjunto de características y requisitos que se exigen para la configuración como real de estos derechos atípicos de preferente adquisición, incluyendo su configuración expresa como tales o estableciendo estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara, permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

12. Esta misma línea de apertura a favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales se observa en la jurisprudencia. Y así, junto con determinados casos en que ha calificado el correlativo derecho como un derecho de carácter personal o meramente obligacional, que por tanto sólo se podía ejercitar «inter partes» y no frente a terceros, para quienes era «res inter alios», quienes en consecuencia no tienen el deber jurídico de soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del contrato que dio vida a los citados derechos (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 2004), por el contrario admite en otros casos el carácter y eficacia real del derecho, como ocurrió en los supuestos de las Sentencias del Alto Tribunal de 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008. En esta última se condensa la doctrina jurisprudencial en la materia con una nítida admisión del carácter real de ciertos derechos de retracto voluntarios, derechos que son los «procedentes de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005, como dice, literalmente, derecho tiene carácter real y es oponible erga omnes dado lo dispuesto en los artículos 2, números 1.º y 2.º y 37.3.º de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria en cuanto permiten su inscripción registral».

13. Por tanto, ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados, siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales antes reseñados.

Como afirma la Resolución de 4 de marzo de 1993, reiterada por la de 19 de diciembre de 2013, en este ámbito la autonomía de la voluntad «tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia

“erga omnes” de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.».

Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para el lograr el amparo registral (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales.

14. En el caso concreto objeto del presente expediente, el derecho de tanteo pactado en el marco de un contrato de arrendamiento sometido al Código Civil, tal y como se ha configurado, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad, pues no cumple las exigencias de determinación de su régimen jurídico real que permitan su acceso al Registro de la Propiedad.

En efecto, ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. artículos 609, 1462.2, 1464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil); no hay fijación convencional de un plazo cierto para su ejercicio (exigencia reiterada y unánimemente subrayada tanto por la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 27 de marzo de 1947, 20 de septiembre de 1966 y 19 de septiembre de 1974), como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 3 de abril de 1981 y 3 de marzo de 1995); no se ha determinado la forma de operar el derecho de tanteo, en particular las transmisiones que generan dicho derecho y forma de hacer las notificaciones, ni se expresan las consecuencias en caso de incumplimiento de lo estipulado; sin que, en modo alguno, puedan ser tenidas en cuenta las aclaraciones realizadas por la sociedad recurrente en el escrito de recurso, puesto que ni el recurso es el procedimiento adecuado para subsanar los defectos expresados en la calificación que lo motiva (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), ni además el mismo cumple los requisitos sustantivos y formales aptos para la inscripción (artículos 1258 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, únicamente respecto de la inscripción de la cláusula 5.5 del contrato, y desestimarlos en cuanto a los demás defectos objeto de impugnación, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 22 de mayo de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago