

no real el depositante no queda obligado a entregarla sino el depositario obligado a recibirla y custodiarla, si aquél la entrega; ello es congruente con el hecho de que el depositante, cuando entrega la cosa para que le sea custodiada, puede pedir su devolución en cualquier momento, aunque se hubiese fijado un plazo para devolverla, tanto es así que sería absurdo que hubiese necesariamente de entregarla, y luego pudiese pedir enseguida su devolución, luego, no tiene obligación de entrega sino derecho a que le sea recibida para custodiarla, si la quiere entregar, derecho que es renunciable, ahora bien, como si pactó una retribución a favor del depositario, éste la perdería al no custodiarla, tendrá derecho a ella.

RESUMEN

DEPÓSITO

El contrato de depósito es aquél por el que dos personas, llamadas depositante o deponente y depositario, acuerdan que éste se obliga a favor de aquél a guardar una cosa mueble y restituírsela cuando se la pida. Y es que basta el solo acuerdo si el contrato se celebra por escrito o si es oneroso lo es cuando el depositante se obliga a pagar algo por la custodia. En otro caso, debe ir acompañado de la entrega y recepción de la cosa por los interesados pues sin ellas el contrato no vale, es decir, es real.

ABSTRACT

BAILMENT

A contract of bailment is a contract under which two parties, termed the bailor and the bailee, agree that the bailee undertakes to hold some personal property for the bailor and return it to the bailor at the bailor's request. And the fact is that this agreement alone will suffice if the contract is made in writing; and if the agreement is non-gratuitous, the agreement is made when the bailor undertakes to pay something for the service. Otherwise, the contract must be accompanied by the delivery and receipt of the thing by the parties, for without delivery and receipt the contract is not good, i.e., it is not real.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE LOS ARRENDAMIENTOS POSTERIORES A SU CONSTITUCIÓN.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

El artículo 1 de la Ley Hipotecaria circunscribe su ámbito a las relaciones jurídicas de naturaleza real inmobiliaria, al decir en su párrafo primero:

«El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

Sin embargo, en el artículo 2 admite, ya desde 1861, la posible inscripción de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. En la actualidad, el artículo 2.5 de la LH, redactado por la LAU de 24 de noviembre de 1994 declara la inscribibilidad de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos. Se suprime la tradicional exigencia de pacto expreso y se extiende la inscripción a todos los arrendamientos, no sólo a los superiores a seis años.

Aunque hay autores como ROCA, que han considerado que la inscripción del arrendamiento sólo otorgaba a éste el efecto de su oponibilidad frente a tercero, entiendo que esta limitación de efectos no tiene ninguna base en la LH y es más acertado el criterio de PAU PEDRÓN que considera que la inscripción del arrendamiento produce los efectos de legitimación, fe pública y prioridad (la cual actúa a favor del arrendatario, tanto en su aspecto excluyente como en el prelativo o de mejor rango), convirtiendo al arrendamiento en un derecho hipotecariamente real; lo que se persigue es dar publicidad a los derechos a través de la cognoscibilidad legal que la publicidad del Registro de la Propiedad proporciona.

La inscripción del arrendamiento y los efectos que de ello se derivan, incide necesariamente en la problemática relativa a los efectos que produce la ejecución hipotecaria en el arrendamiento del inmueble. ¿Subsisten o no los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca? Se trata de un tema complejo y sumamente debatido tanto en la doctrina (1) como en la jurisprudencia, donde encontramos sentencias con criterios divergentes, sobre todo a raíz de los cambios producidos en la legislación especial arrendaticia y de la debatida sentencia del TC 6/1992, de 16 de enero.

Para el examen de esta materia es necesario diferenciar entre arrendamientos anteriores y posteriores a la constitución de la hipoteca, sometidos al Código Civil o a leyes especiales, estableciéndose una diferente regulación según se encuentren sujetos a LAR o LAU y dentro de ésta distinguiremos según sean anteriores a la Ley 29/94, de 24 de noviembre o posteriores a ella.

II. ARRENDAMIENTOS SUJETOS AL CÓDIGO CIVIL

La dificultad de las relaciones entre arrendamiento y ejecución hipotecaria reside básicamente en la necesidad de conciliar intereses contrapuestos: por un lado dar efectividad al crédito hipotecario y por otro proteger la posición jurídica del arrendatario garantizándole la estabilidad en el arrendamiento.

(1) Han estudiado esta materia: GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, tomo 8, 1995, pág. 1169 y sigs.; CASTRO GARCÍA, J., «Los arrendamientos y el RP», en *RCDI*, núm. 487, pág. 1461 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia del TS de 23-2-1991)» en *RCDI*, núm. 607, pág. 2225 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario», 1992; *Comentarios a la LAU*, coordinada por R. Berkovitz, Editorial Aranzadi, 1999.

En los arrendamientos sujetos al Código Civil, los preceptos claves en la materia son los artículos 1.549 y 1.571, estableciéndose diferentes criterios según el arrendamiento se halle o no inscrito en el RP.

PAU PEDRÓN (2) considera que tras los cambios de propiedad, hay que distinguir dos criterios:

- Principio de extinción voluntaria sobre la base legal cuando se trate de inmueble no inmatriculado: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta» (art. 1.571 del Código Civil).
- Principio de protección a través de la publicidad registral cuando se trate de inmuebles inmatriculados: «Con relación a terceros no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el RP» (art. 1.549 del Código Civil).

III. ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

En un primer momento fue doctrina consolidada que la ejecución hipotecaria implica un supuesto de resolución del derecho del arrendador que lleva también consigo al del arrendatario. En esta línea la STS de 5-2-45 entendía que el arrendamiento rústico posterior a la hipoteca se resuelve con la ejecución hipotecaria. Distinto es el criterio de la STS de 9-6-90, si bien hay que tener en cuenta que se refiere a un supuesto de derecho de retracto arrendaticio rústico, no a un problema de extinción del arrendamiento por ejecución hipotecaria. La mencionada sentencia entiende que cabe el derecho de retracto del arrendatario rústico respecto a la adjudicación derivada de una ejecución hipotecaria, partiendo de que el arrendamiento subsiste durante el año agrícola y que no se extingue *ope legis*, sino a instancia del nuevo propietario.

Yo no comparto el argumento de dicha sentencia, ya que entiendo que el derecho de retracto es una figura jurídica consustancial al arrendamiento y por tanto tiene que seguir la misma suerte que la relación arrendaticia de la que forma parte, debiendo quedar afectado por la purga derivada de la ejecución hipotecaria.

Con la LAR de 1980 hay que tener en cuenta tres artículos fundamentales en la cuestión:

- El artículo 13 que decía que los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador.
- El artículo 74 (3) que establece que el adquirente de finca aún cuando esté amparado por el artículo 34 quedará subrogado en todos los

(2) Véase PAU PEDRÓN, «La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles», en *Boletín del Colegio de Registradores*, 1995.

(3) Véase J. M. DE LA CUESTA en *Comentarios a la STS de 9 de junio de 1990*, entiendo que la alusión al tercero hipotecario del artículo 74 no puede comprender el arrendamiento posterior a la hipoteca, porque en tal caso se perturbaría la seguridad del tráfico anteponiendo un arrendamiento inscrito con posterioridad, vulnerando así el principio de prioridad registral.

derechos y obligaciones del arrendador. De este modo el arrendamiento alcanza eficacia *erga omnes* sin necesidad de inscripción. Prevalece así la protección del arrendatario frente a la seguridad del tráfico jurídico.

- El artículo 78, que dice que la resolución del derecho del arrendador facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento, sin perjuicio de las acciones sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento.

En base a este precepto, la resolución del arrendamiento ya no es automática, sino que se configura como una facultad concedida al nuevo titular.

En este sentido, la RDGRN de 24-2-2000 (4) se pronuncia acerca de si deben o no cancelarse los arrendamientos sobre fincas rústicas inscritas con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta en virtud de mandamiento de cancelación de cargas dictado por el juez ante el que se tramitó el procedimiento de ejecución. Considera que, a diferencia de lo que ocurre en la enajenación voluntaria de finca arrendada, cuando la enajenación es forzosa no puede imponerse la subrogación del adquirente en el arrendamiento constituido; ahora bien ello no significa que puedan cancelarse automáticamente los arrendamientos posteriores a la hipoteca, sino que es necesario que conste la voluntad del nuevo propietario de resolver el contrato de arrendamiento.

En la Ley actual 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, destacamos el artículo 22: «El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la LH, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato —cinco años en la actualidad— o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata de tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada».

Por tanto, en caso de enajenación de finca arrendada por el propietario, el arrendamiento subsistirá, aún cuando no esté inscrito, quedando subrogado el adquirente por el tiempo que falte para cumplir el plazo mínimo de cinco años o de la prórroga que esté en curso si se trata de tercero hipotecario; en los demás casos la subrogación tendrá lugar por la duración total pactada (modificación introducida por Ley 26/2005, de 30 de noviembre). Nos podemos plantear si la solución sería la misma en el caso de ejecución de hipoteca sobre la finca arrendada, la duda surge porque el artículo 24 señala como causa de terminación del arrendamiento la resolución del derecho del arrendador, sin salvedad alguna. Mi opinión es que sí sería igualmente aplicable el criterio tipificado en el artículo 22 de la LAR.

IV. ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Tenemos que distinguir dos supuestos:

(4) Ver el comentario a dicha Resolución de MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA en *RCDI*, núm. 655.

1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE,
DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La jurisprudencia sigue criterios divergentes, en un primer momento se inclina por la extinción del arrendamiento posterior a la hipoteca. Es el criterio seguido en STS de 22-5-1963, 31-10-86, 23-12-88, 17-11-89, así como la RDGRN de 20-11-87. Posteriormente, mantiene la subsistencia del arrendamiento, es el criterio seguido en STS de 23-2-91 (5) (que tiene su precedente en sentencia de 19-2-68), que da como argumentos de su tesis los siguientes:

1. El anterior artículo 131.17 de la LH afecta solamente a «las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta», pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han accedido al RP, como es el derecho de arrendamiento litigioso.
2. No cabe añadir una causa de extinción del arrendamiento a las taxativamente señaladas en el artículo 114 LAU de 1964.
3. Tratándose de un arrendamiento anterior al RDL 30-4-85, es aplicable la prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964, de donde se deriva la subsistencia del arrendamiento.
4. El propietario conserva la posesión mediata y el arrendatario tiene la inmediata, y no puede quedar perjudicado por la posesión judicial concedida al propietario.

GARCÍA GARCÍA critica esta sentencia, entendiendo que «sólo se preocupa de los intereses del arrendatario olvidando que existen otros intereses protegidos en derecho». Comparto plenamente con el autor mencionado que esta sentencia desconoce la naturaleza del derecho real de hipoteca, introduciendo consecuencias perjudiciales para el tráfico jurídico inmobiliario y para el fomento del crédito territorial.

La subsistencia del arrendamiento es también seguida en STS 9-5-96 y 14-6-97, si bien en este último caso exceptúa los supuestos de simulación de la relación arrendaticia.

La RDGRN de 20-11-87 sigue el criterio de que la ejecución hipotecaria comporta la purga de los arrendamientos posteriores, entendiendo que es la solución más adecuada, sobre todo para los arrendamientos concertados después del RDL de 30-4-85 que suprimió la prórroga forzosa.

Criterio del TC: El TC en sentencia de 16 de enero de 1992, se inclina por la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca, siendo especialmente perturbadora en un momento en que se imponía jurisprudencialmente la solución contraria; pone de manifiesto la necesidad de que el arrendatario antes de ser desalojado para dar posesión al adjudicatario, fuera oído y pudiera aportar su título, a efectos de que el juez resolviera si tiene o no derecho a seguir en el inmueble, evitándose así la vulneración del artículo 24 de la CE. El TC sigue también este criterio en sentencia de 24-1-95.

Teniendo en cuenta la doctrina citada, la LEC de 7-1-2000 ha establecido en los artículos 661 y 675 un trámite de audiencia al arrendatario u ocupante de hecho en los procedimientos de ejecución, se les debe notificar la existencia de la misma para que en el plazo de diez días presenten al Tribunal los títulos

(5) Ver el comentario a dicha sentencia por J. M. GARCÍA GARCÍA en *RCDI*, núm. 607, pág. 2226 y sigs.

que justifiquen su situación, expresándose en los anuncios de la subasta la situación posesoria del inmueble.

Posteriormente el TC, en sentencias de 2-10-97 y 8-2-99, matiza la doctrina sentada en sentencias anteriores y declara que procede la puesta en posesión al adjudicatario y el lanzamiento del arrendatario porque se le ha notificado la ejecución y éste puede alegar su derecho en procedimiento declarativo ordinario conforme al artículo 132 de la LH.

Por otro lado, la STC de 9-5-95, considera no aplicable el criterio de la STC 6/1992 a un usufructuario inscrito con posterioridad a la hipoteca que se ejecutaba, por entender que esta última sentencia se basaba en un supuesto de arrendamiento de vivienda concertado con anterioridad al RDL de 30-4-85 y por tanto sujeto a la prórroga forzosa del artículo 57 de LAU de 1964.

2. SITUACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

El precepto fundamental en la materia es el artículo 13 conforme al cual distinguimos:

- Durante los cinco primeros años de duración del contrato, si el derecho del arrendador se resuelve por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, el arrendatario tendrá derecho en todo caso a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación a la que se refiere el artículo 9.1.
- En los contratos de duración pactada superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador se resuelve por la causa mencionada, quedará extinguido el arrendamiento.

Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al RP con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. (Es una clara aplicación del principio de prioridad.)

Los arrendamientos sujetos a LAU de 1994, celebrados con anterioridad a la hipoteca, subsistirán en caso de ejecución hipotecaria, aunque no estén inscritos, durante el plazo mínimo de duración de cinco años; transcurrido dicho plazo, necesitarán estar inscritos para poder subsistir. Con este régimen se da preferencia a la protección legal sobre la registral.

En caso de arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca, se aplica el principio de purga característico de nuestro sistema hipotecario, la ejecución de la hipoteca provoca la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores al gravamen que se ejecuta, como se deriva de los artículos 134 de la LH, 692.3 de la LEC, 674.2 de la LEC.

No tienen razón de ser los argumentos que se daban tradicionalmente para defender la solución contraria, es decir, la subsistencia de los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca:

1. Los procedimientos ejecutivos regulados en la LH se entendían referidos a la cancelación de los asientos registrales, no a la extinción de los derechos, entendiendo que estos podían subsistir extrarregistralmente.

Recordemos que el artículo 97 de la LH dice: «Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere».

2. La referencia a la puesta en posesión judicial de los bienes al adquirente, actualmente regulada en el artículo 675 de la LEC, se interpretaba distinguiendo: la posesión mediata del adjudicatario y la inmediata del arrendatario en base a la denominada jerarquía posesoria. Esta puesta en posesión no puede ser la mediata, pues el adjudicatario ya la tiene en base a la *traditio* instrumental del 1462.2 del Código Civil y ha de referirse a la inmediata que conlleva el lanzamiento de los ocupantes cuando el tribunal resuelva que no tienen derecho a permanecer en él.
3. La acción de devastación ex artículo 219 del RH no es aplicable para defender la subsistencia o la extinción del arrendamiento porque no se refiere a la fase de ejecución sino a la de la seguridad de la hipoteca.

Las CONCLUSIONES que sacamos de lo expuesto son:

- El arrendamiento concertado, antes o después de la hipoteca subsiste durante el plazo mínimo de duración del contrato que son cinco años.
- Para los supuestos en que hayan transcurrido más de cinco años, queda sin efecto la jurisprudencia del TS, que entendía que el arrendamiento no se extinguía por la ejecución hipotecaria y que hemos examinado anteriormente; con esta regulación, los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan extinguidos, tanto si están inscritos como si no lo están y sólo quedan a salvo de la ejecución hipotecaria los arrendamientos anteriores a la hipoteca que estén inscritos.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En este trabajo hemos expuesto el complejo problema relativo a si subsisten o no los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca en caso de ejecución de ésta, analizando la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional y los divergentes criterios por ella seguidos en el tratamiento de esta materia.

ABSTRACT

LEASING AND MORTGAGE FORECLOSURE

In this paper we have taken up the complex problem of whether or not leases arranged subsequently to a mortgage subsist in the event of foreclosure. We analyse both ordinary and constitutional case law and the divergent criteria therein upheld in the treatment of this subject.