

La ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada. Estado de la cuestión en la normativa vigente

(Con ocasión de la STS 237/2003, de 17 de marzo)

SUMARIO: 1. LAS RELACIONES ENTRE ARRENDAMIENTO E HIPOTECA: a) SITUACIÓN ANTERIOR A LA LAU DE 1994; b) ARRENDAMIENTO E HIPOTECA CON LA LAU DE 1994: 1. *Establecimiento de una regulación específica sobre la materia.* 2. *El arrendamiento posterior a la hipoteca.* 3. *El arrendamiento anterior a la hipoteca.*—2. INCIDENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL ARRENDAMIENTO DEL INMUEBLE: a) LA CONSTANCIA DE LA OCUPACIÓN DEL INMUEBLE EN EL PROCEDIMIENTO; b) INTERESES PROTEGIDOS EN EL ARTÍCULO 661 LEC; c) LOS PROBLEMAS DERIVADOS DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL SOBRE LA SUBSISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO; d) LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—3. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN LA VENTA FORZOSA DE LA VIVIENDA ARRENDADA.

La STS 237/2003, de 17 de marzo, vuelve a tratar el problema de la ejecución hipotecaria de vivienda arrendada. Es ésta una cuestión que se ha venido planteando de modo reiterado ante los Tribunales y a la que la doctrina ha dedicado una particular atención. Asimismo, en la última década observamos, respecto de esta materia, cierta preocupación del legislador, cuyos principales exponentes son el artículo 13 de la LAU de 1994 y el artículo 661 de la LEC de 2000. Ante esta situación nos parece oportuno, a raíz de la citada sentencia, y dada la repercusión práctica, doctrinal y normativa de esta cuestión, realizar un estudio de la ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada en el momento presente, poniendo de relieve las aportaciones y defectos de la nueva regulación positiva, tanto sustantiva como procesal, frente a la problemática que se venía suscitando con la legislación anterior.

1. LAS RELACIONES ENTRE ARRENDAMIENTO E HIPOTECA

a) SITUACIÓN ANTERIOR A LA LAU DE 1994

Las relaciones entre la hipoteca y el arrendamiento han sido durante mucho tiempo, y hasta la LAU de 1994, una importante preocupación para la doctrina (1) y la jurisprudencia (2), particularmente en los casos de arrendamiento posterior a la hipoteca, por la dificultad de conciliar los intereses contrapuestos que concurren en esta materia: de un lado, la efectividad del crédito hipotecario, y de otro, la estabilidad del arrendamiento.

En principio, parecería que la solución debía ligarse a un criterio puramente cronológico, de modo que el arrendamiento anterior a la hipoteca subsistiría con la ejecución de ésta, mientras que el arrendamiento posterior se extinguiría con ella. Si bien fue éste el criterio que mantuvo inicialmente nuestro Tribunal Supremo (3), tal planteamiento cedió posteriormente en favor del mantenimiento del arrendamiento en todo caso con apoyo en el reconocimiento de la prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964, entendiendo

(1) Entre otros muchos autores, se han ocupado de esta cuestión GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo VIII, octubre-diciembre de 1955, págs. 1169 y sigs.; MORO LEDESMA, S., «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IX, 1956, págs. 1325 y sigs.; CASTRO GARCÍA, J., «Los arrendamientos y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 487, noviembre-diciembre de 1971, págs. 1461 y sigs.; AMORÓS GUARDIOLA, M., «El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 492, septiembre-octubre de 1972, págs. 1000 y sigs.; ESTRADA ALONSO, E., «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, marzo-abril de 1989, págs. 411 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, noviembre-diciembre de 1991, págs. 2225 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario (Notas de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de enero de 1992)», en *Tapia*, enero-febrero de 1992, págs. 7 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección (A propósito de la STS 6/1992, de 13 de enero)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 225 y sigs.; PUJOL CAPILLA, P., «Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, marzo-abril de 1993, págs. 393 y sigs.; SABATER BAYLE, I., «Arrendamientos y finca hipotecada», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, marzo-abril de 1993, págs. 551 y sigs.

(2) Muestra de ello son, entre otras, las SSTs de 31-X-1986, 23-XII-1988, 17-XI-1989 y 23-II-1991.

(3) Así, por ejemplo, en las sentencias de 22-V-1963, 31-X-1986, 23-XII-1988 y 17-XI-1989.

que la sucesión aludida en el precepto alcanzaba también a los casos de ejecución judicial (4).

Tampoco faltaban en la doctrina autores (5) que, en esta misma línea, justificaban el mantenimiento del arrendamiento posterior a la hipoteca tras la enajenación forzosa. Pero frente a ellos se alzaba un importante sector doctrinal (6) que criticaba esta desorbitada protección de los arrendatarios. En líneas generales, entendían estos últimos que reconociendo la subsistencia del arrendamiento establecido sobre una finca hipotecada se abriría una clara vía al fraude de los acreedores hipotecarios, especialmente si la renta fuera muy baja. Para garantizarles el cobro de su crédito se había constituido una hipoteca sobre una finca que no se encontraba arrendada, y el establecimiento de un arrendamiento posterior que no se extinguiese con la ejecución hipotecaria provocaría un notable descenso de las posturas en la subasta, frente a las expectativas iniciales del acreedor hipotecario. Se estimaba preferible en estos casos que el arrendatario viera extinguido su derecho con la ejecución de la hipoteca, en la medida en que la necesaria inscripción de esta garantía real en el Registro de la Propiedad para su constitución la dota de una publicidad que la hace oponible frente al arrendatario. Éste pudo tener constancia de la existencia de la hipoteca cuando se estableció el arrendamiento, siendo consciente así del riesgo que asumía.

Aunque con menor repercusión, el arrendamiento anterior a la hipoteca también suscitó algunos problemas en el ámbito doctrinal. No había discusión en cuanto a la subsistencia de éste en el caso de ejecución hipotecaria de la finca, pero algunos autores (7) destacaron el perjuicio que se derivaba para el acreedor hipotecario que ignorase la existencia del arrendamiento no inscrito en el Registro de la Propiedad. Esta clandestinidad de los arrendamientos se veía favorecida además por la propia legislación hipotecaria, dados los particulares requisitos que exigía el artículo 2.5 LH para permitir la inscripción de los arrendamientos, y que han sido suprimidos con la LAU de 1994.

En la sentencia de 17 de marzo de 2003 parece adivinarse, aunque no se recoge de manera explícita, que los contratos de arrendamiento se concer-

(4) En este sentido se pronuncia con relación a arrendamientos urbanos la STS de 23-II-1991, y ya se había afirmado respecto de los arrendamientos rústicos en las SSTs de 9-VI-1990 y 6-V-1991.

(5) AMORÓS GUARDIOLA, M., *op. cit.*, págs. 1000 y sigs.; SABATER BAYLE, I., *op. cit.*, págs. 569 y sigs.

(6) GINOT LLOBATERAS, F., *op. cit.*, págs. 1209 y sigs.; MORO LEDESMA, S., *op. cit.*, págs. 1343 y sigs.; CASTRO GARCÍA, J., *op. cit.*, págs. 1468 y sigs.; ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.*, págs. 428 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, págs. 2.231 y sigs.; LASARTE ALVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 9; CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, págs. 239 y sigs.; PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, págs. 400 y sigs.

(7) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, págs. 2.249 y sigs.; PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, págs. 397 y sigs.

taron con anterioridad a la constitución de la hipoteca sobre las viviendas. En cualquier caso, esta circunstancia no reviste interés en el caso concreto porque la problemática no se suscita en orden a la subsistencia de los arrendamientos tras la ejecución hipotecaria. Sin embargo, de lo que sí se hace eco la sentencia (Fundamento de Derecho cuarto) es del inferior precio de remate que se obtiene en la subasta cuando los licitadores tienen conocimiento del arrendamiento del inmueble que se ejecuta. Y aunque no se realiza pronunciamiento judicial alguno sobre un posible fraude de la entidad deudora, lo que por otra parte produciría una incongruencia *extrapetita* de la sentencia, no podemos dejar de apuntar nuestra extrañeza por el hecho de que quien incumple la obligación de devolver un préstamo garantizado con hipoteca tenga recursos suficientes para adquirir como cesionaria de los derechos de los mejores postores en las subastas las viviendas ejecutadas. Casi sin lugar a dudas nos atrevemos a afirmar que algún oscuro fin se persigue, vinculado tal vez a la frustración de los intereses del acreedor hipotecario cuando obtiene un precio de remate inferior al esperado por el freno que supone para los licitadores al realizar las pujas la existencia de contratos de arrendamiento sobre viviendas que quizá el prestamista ignoró. Tales prácticas fraudulentas acaso pudieran ser superadas, como veremos detenidamente al analizar los términos de la normativa vigente, restringiendo la subsistencia de los arrendamientos cuando tenga lugar la ejecución hipotecaria.

b) ARRENDAMIENTO E HIPOTECA CON LA LAU DE 1994

1. *Establecimiento de una regulación específica sobre la materia*

La situación ha cambiado con la LAU de 1994, al ofrecer su artículo 13 una respuesta específica para esta cuestión, atendiendo a las diferentes circunstancias que pueden concurrir en las relaciones entre arrendamiento e hipoteca. Con carácter previo al análisis del régimen establecido en la norma, nos parece conveniente resaltar que según se haga prevalecer una figura jurídica u otra, se derivarán consecuencias distintas. Así podemos decir que de reconocerse la subsistencia del arrendamiento pese a la ejecución hipotecaria, se estaría dando un trato preferente a la estabilidad de la vivienda frente a la eficacia del crédito hipotecario, perjudicando con ello a las entidades financieras, principales prestatarias del mismo. Esto contribuiría a acentuar la dificultad de los particulares para acceder a la propiedad de las viviendas. Y optando por la extinción del contrato se fortalecería la seguridad que otorga la hipoteca al acreedor. No teniendo que soportar el adjudicatario el arrendamiento posterior, parece en principio que las posturas de los licitadores no se

verían disminuidas respecto de las expectativas generadas al tiempo de constituirse la garantía real cuando el arrendamiento o no existía o existiendo, lo desconocía el acreedor hipotecario.

En el artículo 13 LAU de 1994 podemos anticipar ya que el legislador ha optado por una solución intermedia que no revela una clara preferencia en todo caso ni por la hipoteca ni por el arrendamiento, ya que según las circunstancias, este último se mantiene tras la ejecución hipotecaria o no.

El referido precepto no trata exclusivamente de estos supuestos, sino que aglutina bajo la rúbrica de «Resolución del derecho del arrendador», una pluralidad de situaciones en las que el arrendador pierde la titularidad del derecho que le facultaba para concertar el contrato de arrendamiento, y entre ellas se refiere a la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, estableciendo diferentes soluciones en función de las circunstancias del caso. Centrándonos en el supuesto que nos ocupa, de concurrencia de arrendamiento e hipoteca sobre una misma finca, la ley garantiza en todo caso el mantenimiento del arrendamiento durante los cinco primeros años del contrato, aunque se ejecute la hipoteca en ese período de tiempo y con independencia de si el arrendamiento era anterior o posterior a ella, sin perjuicio de la facultad de no renovación reconocida al arrendatario en el artículo 9.1 de la ley para los casos en que el contrato se hubiera establecido por tiempo inferior a cinco años.

Si el arrendamiento se hubiera pactado por tiempo superior a cinco años y la hipoteca se ejecutara transcurrido este período mínimo, para la subsistencia del primero por la duración convenida no bastará simplemente con que éste sea anterior a la hipoteca, sino que según establece el segundo párrafo del artículo 13.1 LAU, será preciso además que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a ella. En consecuencia, más allá de los primeros cinco años del contrato, en los que el arrendamiento disfruta de una especial protección, se sigue el régimen de los contratos sujetos al Código Civil, en los que, según se deriva del artículo 1.549, rige la regla general de «venta quita renta», salvo inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. De forma análoga, el artículo 13.1 LAU determina la subsistencia del arrendamiento por la duración pactada cuando se haya inscrito con anterioridad a la hipoteca. Vamos a referirnos a continuación de manera detallada a lo dispuesto en el artículo 13.1 LAU con relación tanto al arrendamiento posterior a la hipoteca como al arrendamiento anterior.

2. *El arrendamiento posterior a la hipoteca*

Lo primero que llama la atención en la vigente regulación de la cuestión que nos ocupa es el tratamiento que se otorga al arrendamiento posterior a la

hipoteca, tratando de conciliar los intereses en conflicto (8). En este sentido, se persigue que en cualquier caso, incluso en el arrendamiento posterior a la hipoteca, se asegure al arrendatario el derecho a permanecer en la vivienda durante un plazo mínimo de cinco años, proporcionándole así cierta estabilidad y en consonancia con la especial protección que la LAU dispensa a este sujeto durante el período de tiempo indicado.

Nos encontramos ante una opción de política legislativa que en sentido estricto no respeta los principios registrales de prioridad y oponibilidad. De acuerdo con ellos, el acreedor hipotecario habría de tener derecho a que con la ejecución de la hipoteca sólo subsistieran los gravámenes y derechos anteriores inscritos en el Registro de la Propiedad, pues al asegurar su crédito con esta garantía real confió en que la hipoteca se ejecutaría de acuerdo con lo hasta entonces publicado por el Registro. Al mismo tiempo, debemos destacar que en estas situaciones el arrendatario conocía la existencia de la hipoteca, o al menos la pudo conocer gracias a la publicidad registral, por lo que habría de serle oponible como derecho anterior inscrito, tal y como ya había mantenido con anterioridad a la LAU de 1994 una parte de la doctrina (9). Frente a esta solución, reconocer la subsistencia del arrendamiento posterior supondría contradecir estos principios, perjudicando con ello al acreedor hipotecario, al reducirse cuantitativamente las posturas de los licitadores con relación a sus expectativas (10), y favoreciendo al arrendatario, al que se asegura un tiempo mínimo de permanencia en la vivienda con independencia de que tenga lugar la ejecución hipotecaria.

El legislador se ha separado, sin embargo, de la aplicación rigurosa de los principios hipotecarios, que exigiría la extinción de todo arrendamiento posterior a la hipoteca. Más bien, ha considerado conveniente mitigar esta solución para dotar de cierta estabilidad a los arrendamientos de viviendas, protegiendo al arrendatario por un tiempo mínimo de cinco años, con lo que se favorece además el acceso a una vivienda digna que proclama el artículo 47 CE. Pero esta primacía del arrendamiento queda restringida a los primeros cinco años del contrato, con lo que se evitan en gran medida las críticas a las situaciones fraudulentas propiciadas por el régimen anterior. En este sentido,

(8) Este intento de compatibilizar los intereses del arrendatario y del acreedor hipotecario ha sido puesto de relieve ya por autores como ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 13», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir.: PANTALEÓN PRIETO, F., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 195; PAU PEDRÓN, A., *La protección del arrendamiento urbano*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 66 y sigs.

(9) Entre otros autores, compartían esta opinión CASTRO GARCÍA, J., *op. cit.*, págs. 1470 y 1471.

(10) Esta desincentivación de los postores ya había llevado hace tiempo a rechazar la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca a MORO LEDESMA, S., *op. cit.*, págs. 1343 y sigs.

la aludida limitación temporal hace que aun cuando deba soportarse el arrendamiento posterior, tampoco se genere un perjuicio grave para el acreedor hipotecario, aunque se produzca una quiebra de los principios registrales (11).

Desde otro punto de vista, compartiendo la opinión de GUILARTE GUTIÉRREZ, entendemos que con esta solución legislativa se propicia además la concertación de arrendamientos sobre el importante volumen de viviendas hipotecadas que existen en nuestro país, con consecuencias favorables para el arrendatario, que ve garantizado su derecho a permanecer en el inmueble durante al menos cinco años, y para el arrendador, que puede destinar las rentas percibidas a la amortización del crédito hipotecario (12).

No obstante, se podría objetar a la decisión de nuestro legislador que con ella ha dejado abierta la vía al fraude del arrendador, quien podría concertar un arrendamiento antes de la ejecución de la hipoteca, perjudicando con ello al acreedor hipotecario. Esta crítica merece un cierto análisis que justifique el régimen establecido en el artículo 13 LAU. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la constitución de una hipoteca no impide al propietario arrendar el inmueble, obteniendo frutos civiles a través de la renta pactada, y si su derecho de propiedad estaba limitado por la hipoteca, tal limitación habría de alcanzar también al arrendamiento (13). Por lo tanto, de producirse la ejecución hipotecaria, debería provocar la extinción del arrendamiento para salvaguardar los intereses del acreedor, pero no se puede ignorar el hecho de que el arrendatario, aun conociendo la existencia de la hipoteca, no tenía la certeza de que ésta se fuera a ejecutar ni cuándo, y que el destino que está dando al inmueble es la vivienda, lo que la hace merecedora de una particular protección. Por ello parece que la postura conciliadora de todos los intereses en juego sería mantener el arrendamiento por un período mínimo, en este caso de cinco años, permitiendo posteriormente el libre juego de los principios registrales.

Con esta solución se favorece que el deudor hipotecante haga uso de su facultad de arrendar el inmueble, lo que además facilitaría la obtención de

(11) En sentido parecido se pronuncian también MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 13», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Aranzadi, Navarra, 1995, págs. 297 y 298; GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord.: LASARTE ALVAREZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 332; MENDEZ SERRANO, M. M., *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 270 y 271.

(12) Del mismo modo se ha pronunciado GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 13», en *Arrendamientos Urbanos*, Vol. I, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 161 y 162.

(13) En este sentido se habían manifestado ya con relación a la LAU de 1964: ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.*, págs. 419 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, págs. 2235 y sigs.

ingresos para el pago de la deuda. Al mismo tiempo, se permite al arrendatario permanecer en la vivienda durante un plazo de tiempo que le proporciona cierta estabilidad. Y por lo que se refiere al acreedor hipotecario, no sufriría el grave perjuicio al que quedaba sometido con la legislación anterior, dados los limitados términos en que subsiste el arrendamiento. En definitiva, el modo de operar del artículo 13 LAU, posiblemente desincentive el fraude frente al régimen precedente (14). Y ante la posibilidad de que se aprovechara el derecho que concede el artículo 13 LAU al arrendatario para defraudar al acreedor hipotecario, estimamos que el arrendamiento podría dejarse sin efecto, como veremos posteriormente, acudiendo al juicio declarativo correspondiente.

3. *El arrendamiento anterior a la hipoteca*

Por lo que se refiere al arrendamiento establecido con anterioridad a la constitución de la hipoteca, queda sometido a un doble régimen en atención a un criterio puramente registral: únicamente si ha accedido al Registro con anterioridad a esta garantía real subsistirá tras la ejecución hipotecaria por todo el tiempo pactado; fuera de este supuesto, y al igual que se establece para el arrendamiento posterior a la hipoteca, sólo podrá mantenerse hasta el cumplimiento del plazo mínimo de cinco años si éste no hubiera transcurrido ya al tiempo de la ejecución, en cuyo caso se extinguiría el arrendamiento al ejecutarse la hipoteca.

Con esta solución se evitan los perjuicios producidos con la normativa anterior al acreedor hipotecario por la imposición al mismo de un arrendamiento anterior que no conocía (15), pero al mismo tiempo se abre la posibilidad de que el arrendatario se vea perjudicado en su derecho por actos del arrendador posteriores al arrendamiento si no lo inscribe en el Registro de la Propiedad. Para garantizarse su derecho a permanecer en la vivienda durante todo el tiempo pactado cuando sea superior a cinco años, convendrá que el arrendatario inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, inscripción que por otra parte se ha visto notablemente facilitada tras la reforma del artículo 2.5 LH operada por la LAU de 1994.

En definitiva, tras los primeros cinco años del contrato de arrendamiento, éste cede rotundamente ante la hipoteca constituida sobre la vivienda, salvo si el arrendamiento accedió con anterioridad al Registro de la Propiedad, lo que supone una clara prevalencia del crédito territorial sobre el

(14) Ésta es la opinión mantenida también por ROJO AJURIA, L., *op. cit.*, pág. 191.

(15) En este sentido se ha manifestado con relación a la LAU de 1964, PUJOL CAPI-LLA, P., *op. cit.*, págs. 397 y sigs.

arrendamiento con la salvedad de las dos excepciones apuntadas. El acreedor hipotecario queda así fuertemente protegido frente a los fraudes de la regulación anterior, ya que sólo se le impondrá el arrendamiento por un breve período de tiempo o si, por la publicidad registral, pudo conocer su existencia antes de la constitución de la hipoteca. De este modo, si al constituirse una hipoteca sobre un inmueble no constase registralmente la existencia de un arrendamiento sobre el mismo, éste no se podría oponer al acreedor hipotecario más allá del plazo mínimo de cinco años durante los cuales el legislador parece considerar que los principios registrales han de ceder ante la necesidad de una mínima estabilidad de la vivienda. Transcurrido este período de tiempo, el artículo 13 LAU parece ajustarse a la estricta aplicación de los principios de prioridad (16) y de fe pública registral (17). De acuerdo con el primero, el arrendamiento inscrito habría de respetarse por los acreedores hipotecarios que inscribieran su derecho con posterioridad a aquél, y conforme al segundo, el arrendamiento anterior no inscrito no podría oponerse en el caso de ejecución de una hipoteca posterior al mismo, por su falta de constancia registral, pero sí el que hubiera accedido al Registro antes que la hipoteca.

Pese a las aludidas ventajas de esta regulación en orden a la evitación del fraude, se suscitan también ciertas dudas en torno al mismo. Algunos de estos problemas se pueden plantear en el supuesto en que el arrendamiento anterior no esté inscrito pero sea conocido por el acreedor hipotecario. El artículo 13.1 LAU alude a que «el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad», y una aplicación estricta de la norma supondría que el arrendamiento conocido pero no inscrito no encaja dentro del supuesto de hecho del precepto, por lo que no podría subsistir tras la ejecución hipotecaria. Frente al tenor literal del artículo 13, el artículo 14 LAU, relativo a subsistencia del arrendamiento en caso de enajenación de la vivienda, se refiere a que no concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 LH. Esta redacción legal parece indicar que el arrendamiento no inscrito, pero conocido por el adquirente, se va a mantener con la enajenación por toda la duración pactada, lo que comparado con el precepto anterior ha suscitado en nuestra doctrina (18) la incertidumbre acerca de si puede extenderse esta interpretación al artículo 13.1.2.º LAU.

Nos parece difícil que así pueda admitirse, ya que nos encontramos ante dos preceptos que contemplan situaciones distintas y que presentan un claro

(16) Al que ya ha aludido MARÍN LÓPEZ, J. J., *op. cit.*, págs. 299 y 300.

(17) Como ha puesto de relieve GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, págs. 318, 346, 347 y 351; PAU PEDRÓN, A., *op. cit.*, págs. 115 y 116.

(18) Para ROJO JAURÍA, L., *op. cit.*, págs. 187 y sigs.; LEÓN-CASTRO, J. y Cossío, M. DE, *op. cit.*, págs. 81 y 82, debe admitirse la equiparación, pero rechaza esta tesis GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, pág. 348.

tenor literal. La enajenación voluntaria de la vivienda arrendada supone la existencia de una relación directa entre el enajenante y el transmitente que se subroga en el arrendamiento, la cual no es predicable de los supuestos de ejecución hipotecaria. Esta vinculación permite que se ponga en conocimiento del adquirente el arrendamiento no inscrito y que ambas partes convengan en respetarlo, supuesto que tiene cabida en la noción de tercero hipotecario. En la ejecución hipotecaria no existe este vínculo directo entre el inicial propietario y el posterior, por lo que la seguridad jurídica aconsejaría, ante la duda sobre el conocimiento del arrendamiento anterior y el consentimiento sobre su subsistencia por parte no sólo del acreedor hipotecario, sino también del adjudicatario, que no se imponga el referido contrato si no ha accedido al Registro de la Propiedad antes que la hipoteca. Se evitarían además con esta solución posibles fraudes. No obstante, lo que tal vez sí pudiera admitirse al constituirse la hipoteca es el pacto relativo al mantenimiento del arrendamiento anterior no inscrito, y que tal pacto se incluyese en la inscripción de la hipoteca, de modo que tanto el acreedor hipotecario como los titulares de cargas y derechos posteriores y el adjudicatario conocerían la existencia del arrendamiento anterior y se evitarían las situaciones fraudulentas. Al primero le sería oponible tal arrendamiento porque libremente habría consentido en ello, y a los demás porque aun sin estar inscrito, este arrendamiento tuvo «acceso» al Registro con anterioridad a su derecho. Pero no parece que el acreedor hipotecario vaya a estar dispuesto fácilmente a convenir en semejante sentido.

Otro extremo que merece ser destacado consiste en que el arrendamiento resultará oponible en los términos en que esté inscrito en el Registro de la Propiedad (19). En relación con esta oponibilidad hemos de destacar, como ya indicó GARCÍA GARCÍA (20) con relación a la LAU de 1964, las ventajas que ofrece la publicidad registral frente a la que se produce por la mera situación posesoria, por cuanto permite conocer en qué concepto se posee, la renta, la duración del contrato y cualquier pacto o condición establecida en el arrendamiento. Todos estos extremos deberán ser respetados por el adjudicatario de la vivienda hipotecada en la forma en que hayan sido publicados, y de existir una divergencia con la realidad prevalecerá frente a terceros el contenido del Registro. En este sentido, MARÍN LÓPEZ se muestra partidario de admitir el acceso al Registro de las prórrogas convencionales, para que le sean respetadas al arrendatario (21).

De modo similar a la problemática precedente, se suscita aquí la duda de si puede imponerse al tercero el verdadero contenido del contrato cuando éste

(19) Así se ha advertido en la doctrina por autores como DÍAZ VALES, F., *op. cit.*, pág. 80; GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, pág. 316.

(20) *Op. cit.*, págs. 2250 y 2251.

(21) *Op. cit.*, pág. 300.

lo conocía y era consciente de la inexactitud registral. Una interpretación coherente con la mantenida en el caso anterior nos llevaría a defender la preferencia de lo publicado en el Registro de la Propiedad. Particularmente ha de entenderse así si pensamos en los casos en que se haya pactado una duración del contrato superior a cinco años: la regla general del artículo 13 LAU consiste en que el arrendamiento se respete durante el plazo mínimo de cinco años, salvo que concurran particulares circunstancias de publicidad registral, por lo que parece razonable entender que tal publicidad ha de alcanzar precisamente a la duración del contrato.

2. INCIDENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL ARRENDAMIENTO DEL INMUEBLE

Con anterioridad a la LEC de 2000, el procedimiento de ejecución hipotecaria se encontraba regulado en el artículo 131 LH, inicialmente criticado por la jurisprudencia (22) con base en la indefensión que provocaba para los arrendatarios de la vivienda ejecutada. No se notificaba a éstos la existencia del procedimiento, lo que habitualmente se traducía en el desconocimiento del mismo; y aun cuando por cualquier medio tuviesen constancia de su tramitación, no podían intervenir alegando y probando lo que estimasen pertinente en defensa de sus derechos por falta de articulación de una vía adecuada a tal fin. En consecuencia, la ejecución hipotecaria del inmueble arrendado tenía lugar sin atender a la posible vulneración de los derechos de los arrendatarios. Estas deficiencias se trataron de superar jurisprudencialmente admitiendo la posibilidad de los destinatarios de acudir al juicio declarativo que corresponda para la defensa de sus derechos, aunque lo cierto es que tras el lanzamiento su situación se veía considerablemente perjudicada (23).

Por otra parte, al no ser oídos estos sujetos, era fácil que en el proceso no se tuviera un verdadero conocimiento de todas las circunstancias relativas al inmueble que se ejecutaba, y particularmente las vinculadas a los contratos de arrendamiento. Así sucedió, por ejemplo, en la sentencia de 17 de marzo de 2003, donde los inquilinos ignoraban la incoación del procedimiento hipotecario por la entidad acreedora, y al mantenerse al margen del mismo los contratos de arrendamiento de las viviendas, no se pudo constatar la divergencia entre el

(22) Podemos destacar, en este sentido, las SSTC 6/1992, de 13 de enero, y 21/1995, de 24 de enero.

(23) Esta cuestión ha sido ampliamente estudiada por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de octubre de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 53, 2000, págs. 484 y sigs.

Registro de la Propiedad y la realidad. Sólo con el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por los arrendatarios se puso de relieve esta circunstancia, desencadenándose así los problemas que han dado lugar a esta sentencia. De haberse tenido presente en la ejecución hipotecaria la divergencia entre el Registro y la realidad, posiblemente se hubiera rectificado el error antes del ejercicio del derecho de tanteo, evitando así ulteriores conflictos.

Tratando de superar las deficiencias del régimen anterior, la vigente LEC ha introducido una disposición específica en materia de ejecución forzosa de bienes inmuebles que atiende a la posibilidad de que éstos se encuentren arrendados. Nos estamos refiriendo al artículo 661 LEC, establecido con carácter general para el procedimiento de apremio, pero aplicable también a los casos de ejecución hipotecaria, de acuerdo con la remisión del artículo 681 LEC a todas las normas de la ejecución dineraria, teniendo en cuenta las especialidades establecidas en el Capítulo V del Título IV para estos supuestos concretos.

Concretamente alude este precepto a los casos en que por cualquier medio haya constancia en el procedimiento de la ocupación del inmueble por personas distintas del ejecutado. Según el artículo 661.1 LEC, podrá tener el juez conocimiento de este extremo por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, procediendo entonces a notificarles la ejecución para que en el plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifican su situación. El hecho de la ocupación se expresará en el anuncio de la subasta, admitiendo además el artículo 661.2 LEC la posibilidad de que el tribunal se pronuncie sobre el derecho de los ocupantes a permanecer en el inmueble tras la ejecución, lo que en su caso también se reflejará en el referido anuncio.

a) LA CONSTANCIA DE LA OCUPACIÓN DEL INMUEBLE EN EL PROCEDIMIENTO

Como el propio artículo 661.1 LEC establece, la constancia de la ocupación del inmueble hipotecado puede producirse por múltiples vías. En cuanto a la manifestación de bienes del ejecutado, entendemos que es la referida en el artículo 589 LEC, donde se ha de indicar si el inmueble está ocupado, por qué personas y con qué título. Por su parte, el propio ejecutante puede hacer investigaciones en relación a la situación posesoria del inmueble, poniendo en conocimiento del juez la existencia de terceros ocupantes (24). Y la alusión

(24) Del mismo modo lo ha indicado PUEBLA POVEDANO, A., «El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 386.

a «cualquier otro modo» permite incluir una diversidad de supuestos entre los que podemos destacar a título de ejemplo el caso de que el arrendamiento se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad. En tal supuesto hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 656 LEC, en virtud del cual en la certificación de dominio y cargas remitida por el Registrador al juez constará la titularidad de los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, entre los que se encontraría el arrendamiento del inmueble si ha accedido al Registro. En este caso, aun cuando no se produjera la manifestación del ejecutante o del ejecutado en relación con el arrendamiento, el juez tendría constancia del mismo y debería proceder a la notificación prevista en el artículo 661 LEC.

Pero también es posible que no llegue a constar en el procedimiento la ocupación del inmueble. Con relación a tales supuestos, no se infiere de este precepto que el juez deba hacer indagaciones sobre la situación posesoria del inmueble, aunque si lo estima pertinente, admite parte de la doctrina que obtenga esa información de oficio (25). Esta interpretación nos parece acertada, teniendo en cuenta la finalidad de la norma que, como vamos a referir a continuación, consiste básicamente en respetar el derecho de defensa de los ocupantes y proporcionar una publicidad adecuada a los licitadores.

Desde otro punto de vista, no parece que para proceder a la notificación deba conocer el juez que la ocupación está teniendo lugar a título de arrendamiento porque precisamente podrá constatar este extremo a través de los títulos que sean presentados en el plazo indicado. Más bien entendemos que bastará con tener conocimiento del mero hecho de la ocupación por persona distinta del ejecutado, pudiendo determinarse posteriormente si existe o no un arrendamiento sobre el inmueble.

b) INTERESES PROTEGIDOS EN EL ARTÍCULO 661 LEC

El artículo 661 LEC establece una serie de consecuencias para los casos en que se tenga constancia en el procedimiento de la existencia de la ocupación con las que parece perseguirse la adecuada protección de los intereses del ocupante —en nuestro caso el **arrendatario**— y de los intereses de los licitadores.

Por lo que se refiere a la protección dispensada al arrendatario, superando las carencias del artículo 131 LH, se obtendría a través de la notificación del tribunal con relación a la existencia de la ejecución hipotecaria de la vivienda

(25) En este sentido se manifiestan autores como FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coord.: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Tomo III, Ed. Lex Nova, 2.^a ed., Valladolid, 2000, pág. 3322; JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 276.

arrendada. Además de ponerse en conocimiento del arrendatario tal circunstancia, con el artículo 661 LEC se permite a este sujeto ser oído antes de decretarse su lanzamiento. Este arrendatario, en cuanto titular de un derecho sobre el inmueble ejecutado que le faculta para poseerlo, y pese a no ser parte en el proceso, tiene interés en el mismo. Por este motivo, ha de conocer la existencia de la ejecución y debe poder acudir a la misma en defensa de sus derechos, lo que se hace posible con el artículo 661 LEC. Se evita así que se produzca la criticada indefensión del procedimiento del artículo 131 LH (26). Además, al tener constancia del proceso de ejecución, el arrendatario puede optar, si lo desea, por acudir a la subasta como licitador, cuestión que se vincula con el derecho de adquisición preferente del arrendatario al que posteriormente nos referiremos.

En cuanto a la tutela de los intereses de los licitadores, se lograría en la medida en que, constatada la ocupación del inmueble o que éste se encuentra desocupado, se expresará en el anuncio de la subasta esta circunstancia. Pero hemos de resaltar que para manifestar que tal inmueble está libre de arrendamiento o de cualquier otra ocupación, exige el artículo 661 LEC que este extremo se acredite cumplidamente; en su defecto parece deducirse de la norma que no constará en el expediente la situación posesoria (27).

Con esta publicidad de la situación posesoria del inmueble en el anuncio de la subasta se permite a los licitadores tener conocimiento de la misma (28), circunstancia que previsiblemente incidirá en las posturas, resultando menos elevadas en caso de ocupación. Aunque sería posible que habiendo tenido lugar el anuncio de la subasta se produjera una ulterior transmisión posesoria (29), creemos que esta circunstancia no debería plantear grandes problemas en el caso de arrendamiento, más allá de las reglas generales. El artículo 13 LAU de 1994 garantiza a todo arrendatario el derecho a permanecer

(26) Así lo han entendido también autores como CASERO LINARES, L., «Comentario a los artículos 655 a 675», en *Los procesos civiles*, Dir.: GARBERÍ LLOBREGAT, J., Tomo 5, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 134; MARTÍN DÍZ, F., *op. cit.*, págs. 1938 y 1939; JURADO JURADO, J. J., *op. cit.*, pág. 279.

(27) Así lo entiende además GRAGERA IBÁÑEZ, G., «La ejecución ordinaria: la realización de los bienes y las inscripciones a practicar en el Registro de la Propiedad», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 190.

(28) En este sentido se ha manifestado también MARTÍN DÍZ, F., «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, núm. 5.147, 25 de septiembre de 2000, págs. 1938 y 1939; FRANCO ARIAS, J., *op. cit.*, pág. 3324; JURADO JURADO, J. J., *op. cit.*, pág. 276.

(29) Circunstancia apuntada por autores como UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coords.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M., y VALLS GOMBAU, J. F., Tomo III, Ed. Irgium y Atelier, Barcelona, 2000, pág. 3045; FRANCO ARIAS, J., *op. cit.*, pág. 3323.

en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años de contrato, lo que se debe mantener salvo en el caso de apreciarse un fin fraudulento en el arrendamiento, muy probable en estos casos, procediéndose entonces al lanzamiento de los ocupantes que voluntariamente no abandonaran el inmueble tras la adjudicación.

Tal vez ligado a esta idea de ofrecer a los licitadores un mejor y más seguro conocimiento de las circunstancias del inmueble hipotecado, establece el artículo 661.2 LEC la posibilidad de que el ejecutante pueda pedir antes del anuncio de la subasta que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble tras la ejecución, siendo el auto que se dicte irrecurrible. Quizá con este pronunciamiento judicial se pretenda además que las posturas no se vean disminuidas por el temor a tener que soportar un arrendamiento que realmente iba a desaparecer con la ejecución, y de este modo el precio de remate será lo más elevado posible, favoreciendo así al acreedor hipotecario, a quien, según parece, interesará solicitar este pronunciamiento aunque con ello se retrase el procedimiento. Pero si bien la finalidad de la norma es loable, no puede ser igual de positiva la valoración de los resultados a que se puede llegar. Siguiendo la apuntada tendencia jurisprudencial que trataba de salvaguardar el derecho de defensa en el procedimiento del artículo 131 LH, la vigente LEC deja abierta la posibilidad de que en un ulterior juicio declarativo se resuelva en sentido contrario al contenido de este auto, planteándose así una problemática que procedemos a examinar a continuación.

C) LOS PROBLEMAS DERIVADOS DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL
SOBRE LA SUBSISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO

Como acabamos de apuntar, el auto que dicte el juez resolviendo sobre el derecho de los ocupantes del inmueble a permanecer en el mismo tras la ejecución no es recurrible, pero queda abierta la posibilidad de acudir posteriormente al juicio declarativo correspondiente para lograr el desalojo del inmueble. Esta previsión es criticada por FRANCO ARIAS, entendiéndose acertadamente que no se ajusta al principio de economía procesal y al derecho de defensa del artículo 24 CE (30). En consecuencia, es posible que habiéndose pronunciado el juez de la ejecución en un determinado sentido seguido por los licitadores al formular las posturas, se resuelva en un juicio declarativo posterior de forma contraria. En relación con esta cuestión resalta JURADO JURADO que el auto produce efectos sólo en el marco del procedimiento de ejecución en relación con el hecho posesorio, pero el juez no puede pronunciarse sobre la extinción o no del vínculo arrendaticio, cuestión que sólo

(30) *Op. cit.*, pág. 3324.

puede ventilarse en el correspondiente juicio declarativo, donde habrá contradicción y puede declararse la vigencia de la relación arrendaticia (31).

Con esta solución legal se puede plantear la siguiente problemática: si en el auto se declaró que no había derecho a continuar el arrendamiento y se ha adjudicado el inmueble por un precio de remate condicionado por esta circunstancia, el adjudicatario puede solicitar el lanzamiento de los ocupantes de conformidad con el artículo 675 LEC, pero éstos pueden acudir al juicio declarativo correspondiente tratando de hacer valer sus derechos y resolverse en él de manera distinta a lo establecido en el auto. En este caso, el adjudicatario que formuló una postura creyendo que la vivienda quedaría libre del arrendamiento con la ejecución tiene que pagar el precio de remate sin que se dé esta circunstancia y teniendo que soportar el arrendamiento. En sentido contrario, puede ocurrir que cuando en el auto se haya declarado que el arrendamiento debía subsistir tras la ejecución hipotecaria, el adjudicatario pretenda la extinción de este contrato en un juicio posterior. En este caso, si se declara posteriormente que el arrendatario no tiene derecho a permanecer en la vivienda, el resultado será que se ha obtenido un precio de remate inferior al que se debería haber alcanzado, perjudicando con ello al acreedor hipotecario y, con relación al eventual sobrante, al deudor ejecutado.

Las mismas divergencias se podrían plantear cuando no hubiera tenido lugar el pronunciamiento judicial del artículo 661 LEC en torno al derecho del ocupante a permanecer en el inmueble tras la ejecución. El artículo 675 LEC permite, en este caso al adjudicatario, aun cuando en el anuncio de la subasta sí que constase la situación posesoria del inmueble (32), que en el plazo de un año solicite al tribunal de la ejecución el lanzamiento de los ocupantes, resolviéndose mediante auto una vez celebrada una vista en la que podrán alegar y probar lo que estimen oportuno. Al igual que se establece en el artículo 661 LEC, el auto por el que se resuelva sobre el lanzamiento es irrecurrible, pero deja abierta la posibilidad de acudir al juicio que corresponda.

Para evitar todos estos problemas, quizá hubiera sido preferible que en lugar de resolverse la cuestión de la subsistencia del arrendamiento mediante un auto irrecurrible que deje abierta, no obstante, la posibilidad de acudir al juicio declarativo correspondiente, la resolución judicial fuera recurrible pero impidiera plantear la cuestión en un juicio posterior. Para ello, y con el fin de garantizar un mejor conocimiento del asunto, podría resultar conveniente una tramitación procesal que permitiera abordar con mayor detalle esta materia en lugar de celebrar una vista en el plazo de diez días para formular alegaciones y practicar pruebas.

(31) *Op.cit.*, pág. 279.

(32) **Como pone de relieve** JURADO JURADO, J. J., *op. cit.*, pág. 277.

Sin embargo, esta problemática no parece que vaya a tener gran trascendencia práctica, ya que previsiblemente entre el auto y lo que se resuelva en el proceso declarativo posterior no creemos que se vayan a producir grandes divergencias con frecuencia, al menos al amparo de la LAU de 1994, donde el artículo 13 se pronuncia claramente sobre la duración del contrato en caso de ejecución hipotecaria: sólo subsiste el arrendamiento hasta el plazo de cinco años, excepto si accedió al Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta, en cuyo caso se mantendrá por toda la duración pactada, más allá de esos cinco años. Nos inclinamos por pensar que posiblemente las diferencias entre el auto y el juicio declarativo posterior se originarán tan sólo en los casos de fraude cuando éste no sea advertido en la vista celebrada con anterioridad al referido auto. Los mayores problemas se suscitarían más bien en los arrendamientos sometidos a la ley de 1964, donde, como hemos visto, no hay una clara línea jurisprudencial en relación con su subsistencia tras la ejecución hipotecaria.

Podría ocurrir, por otra parte, que no llegue a haber constancia del arrendamiento en el proceso de ejecución, truncándose en cierta medida la protección dispensada al arrendatario y a los licitadores en el artículo 661 LEC. En este supuesto no interviene el primero en el proceso de ejecución ni se pone en conocimiento del segundo la ocupación del inmueble mediante el anuncio de la subasta. Ante este tipo de situaciones, el artículo 675 LEC permite al adjudicatario, una vez advertida la ocupación, que acuda en el plazo de un año desde la adquisición al juez de la ejecución solicitando el lanzamiento, que sólo puede decretarse tras la celebración de una vista con citación del ocupante. Transcurrido este plazo, la declaración de la extinción del arrendamiento sólo podrá pretenderse en el juicio correspondiente. Pero parece que no siempre va a lograr el adjudicatario el lanzamiento del arrendatario, dado que la LAU de 1994 garantiza a este último, en todo caso, un plazo mínimo de cinco años en que tiene derecho a permanecer en la vivienda. En principio creemos que sólo de haberse concertado fraudulentamente este arrendamiento podría obtenerse en el juicio declarativo correspondiente la declaración de su nulidad, pudiendo entonces el adjudicatario ocupar el inmueble.

d) LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO

En el caso de que con la ejecución hipotecaria se extinga el arrendamiento, y encontrándose éste inscrito en el Registro de la Propiedad, ha de procederse a la cancelación de la inscripción del arrendamiento. Tal cuestión carece de una regulación específica en la legislación hipotecaria, pero siguiendo a PAU PEDRÓN, podemos entenderla subsumida en otras normas generales, aunque teniendo en cuenta que para la cancelación de la inscripción

del arrendamiento sometido a la LAU de 1994 es necesario el transcurso de cinco años. Y por otra parte, al solicitar la cancelación, no será necesario acreditar este plazo porque figurará en los asientos registrales (33).

En la normativa vigente, la cancelación de la inscripción del arrendamiento habría de practicarse al amparo del artículo 674.2 LEC y del artículo 175.2.º RH. Estas normas se refieren con carácter general a la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores, lo que hemos de interpretar, como hemos dicho, adaptándolo al artículo 13.1 LAU de 1994. Conforme dispone este precepto, y por lo que se refiere al arrendamiento inscrito, sólo subsistirá durante el tiempo pactado si ha accedido al Registro con anterioridad a la hipoteca, cuya inscripción, por otra parte, no se cancela por aplicación de los artículos 674.2 LEC y 175.2.º RH.

Por lo que se refiere a la inscripción del arrendamiento con posterioridad a la hipoteca, lo único que se garantiza legalmente es el mantenimiento del arrendamiento durante cinco años. Pero pese a esta subsistencia temporal, conforme a los artículos 674.2 LEC y 175.2.º RH habría de procederse a la cancelación de su inscripción. En relación con esta cuestión, con anterioridad al artículo 13 LAU uno de los argumentos para defender la extinción del arrendamiento posterior a la hipoteca era el artículo 131.17.º LH, que determinaba la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, una vez que hubiera tenido lugar la adjudicación. Pero este precepto sólo se refería al ámbito registral y no al derecho sustantivo, lo que llevó a autores como SABATER BAYLE a plantear la posibilidad de que pese a la cancelación de la inscripción del arrendamiento, éste subsistiera extrarregistralmente (34).

Teniendo en cuenta estas posiciones, en el ámbito de la regulación actual podemos admitir una doble solución: o bien entender subsistente el arrendamiento en la realidad extrarregistral por el tiempo que reste hasta los cinco años, pese a haberse cancelado su inscripción en el Registro (35), o bien considerar que pese al silencio de la ley, cuando el Registrador proceda a la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores debería comprobar el transcurso de este plazo, y no habiendo tenido lugar, posponer la cancelación del asiento al momento en que se cumplan los cinco años de contrato y se proceda consecuentemente a su extinción. Esta segunda posibilidad nos parece preferible en la medida en que permite una adecuada correspondencia entre la publicidad registral y la realidad, pero lo cierto es que no existe ninguna norma que así lo disponga, por lo que puede cobrar más fuerza la primera postura.

(33) *Op. cit.*, pág. 81.

(34) *Op. cit.*, págs. 582 y sigs.

(35) Posición defendida por ROJO AJURIA, L., *op. cit.*, pág. 195.

3. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN LA VENTA FORZOSA DE LA VIVIENDA ARRENDADA

En la sentencia de 17 de marzo de 2003, los arrendatarios habían ejercitado un derecho de tanteo sobre las viviendas arrendadas, convirtiéndose en propietarios de las mismas tras la ejecución hipotecaria mediante el abono del precio de remate, posiblemente inferior al que se hubiera obtenido en caso de no existir el arrendamiento. Aunque el reconocimiento de derechos de adquisición preferente a los arrendatarios en los casos de enajenación forzosa provocaba una reducción del precio de remate, en los arrendamientos sujetos a las leyes de 1946 y 1964 no había inconveniente en admitir el ejercicio de estos derechos, básicamente porque había una marcada tendencia a proteger al arrendatario y facilitarle el acceso a la propiedad del inmueble (36).

Sin embargo, la vigente LAU cambia de dirección y no se muestra tan decididamente protectora de este sujeto, sino que trata de atender también a los intereses del arrendador. En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley alude al mantenimiento del «derecho de adquisición preferente en favor del arrendatario para el supuesto de enajenación de la vivienda arrendada durante la vigencia del arrendamiento, aunque referido a condiciones de mercado, por entenderse que constituye un instrumento que sin suponer una grave onerosidad para el arrendador incrementa las posibilidades de permanencia en la vivienda». Esta limitación relativa a las condiciones de mercado, que persigue evitar una grave onerosidad para el vendedor, nos lleva a cuestionar si los derechos de adquisición preferente han de seguir reconociéndose en los supuestos de enajenación forzosa de la vivienda arrendada o únicamente en la venta voluntaria, presidida por el libre juego de las circunstancias del mercado, que serán las que incidirán en la determinación del precio.

Con relación a esta cuestión no existe una tendencia doctrinal unánime (37), advirtiéndose tanto opiniones favorables como detractoras del reconocimiento

(36) En este sentido se han manifestado, entre otros autores, IZQUIERDO ALCOLEA, I., *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, págs. 83 y sigs., reconociendo además al arrendatario el derecho de retracto en los casos de enajenación forzosa en pág. 142; RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 91 y sigs.; COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P. A., «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord.: LASARTE ÁLVAREZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 679 y sigs.; FÍNEZ RATÓN, J. M., «Comentario al artículo 25», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir.: PANTALEÓN PRIETO, F., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 283; BLASCO GASCÓ, F., «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord.: VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 230.

(37) Niegan que deba reconocerse al arrendatario del derecho de adquisición preferente en los casos de enajenación forzosa de la vivienda, autores como COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, págs. 685 y 686; FÍNEZ RATÓN, J. M., *op. cit.*,

de los derechos de adquisición preferente del artículo 25 LAU en los casos de enajenación forzosa de la vivienda arrendada. Lo cierto es que no nos resulta fácil decantarnos abiertamente por una u otra solución. Desde un punto de vista puramente literal de la norma, advertimos que en ella se alude sin distinción al término «venta», lo que permite incluir los supuestos de venta forzosa junto con la venta voluntaria. Pero desde una perspectiva teleológica parece que deberíamos inclinarnos por negar la aplicación del precepto en los casos de enajenación forzosa para evitar esa grave onerosidad para el arrendador que la Exposición de Motivos de la ley configura como óbice al reconocimiento de los derechos de adquisición preferente del arrendatario (38).

Para ofrecer una respuesta adecuada que ponga fin a las dudas suscitadas, nos parece importante destacar que los derechos de adquisición preferente son en realidad un instrumento en manos del legislador para la consecución de determinados fines ligados a la función social de la propiedad, a razones de interés público que persiguen maximizar la utilidad social del bien objeto de retractor. Su reconocimiento depende por tanto de criterios de política legislativa (39). Teniendo en cuenta esta afirmación, y con el fin de manifestarnos sobre la conveniencia de admitir el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por el arrendatario de una vivienda en los casos de enajenación forzosa, hemos de analizar las consecuencias que se derivarían de tal reconocimiento.

Ciertamente, como hemos apuntado, lo habitual en los procesos de ejecución es que el inmueble sea enajenado por un precio inferior al de mercado. Si además concurre la circunstancia de tratarse de una vivienda arrendada y que este arrendamiento no se extinga con la ejecución, el precio de remate será aún más bajo. Añadiendo a todo ello la incertidumbre de los licitadores sobre un posible ejercicio de los derechos de adquisición preferente, sus incentivos para mejorar las posturas se verían claramente mermados, distanciándose aún más el precio de remate de lo que sería un precio establecido en las condiciones de mercado. Queda patente de este modo la grave onerosidad que supone al arrendador la aplicación del artículo 25 LAU en el ámbito de las enajenaciones forzosas.

Estas afirmaciones han de conectarse, por otro lado, con lo dispuesto en el artículo 13.1 LAU, porque consideramos que el posible reconocimiento de

págs. 285 y 286. Sin embargo, se muestran partidarios del reconocimiento de los derechos de adquisición preferente en la venta forzosa: RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *op. cit.*, pág. 121; BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, pág. 232; LEÓN-CASTRO, J., y Cossío, M. DE, *op. cit.*, págs. 115 y 116.

(38) Esta circunstancia ya ha sido apuntada por FÍNEZ RATÓN, J. M., *op. cit.*, pág. 286; COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, pág. 686.

(39) Así lo han puesto de relieve, entre otros, IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, págs. 75 y sigs.; RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *op. cit.*, págs. 78 y sigs.

los derechos de adquisición preferente sólo puede plantearse cuando el arrendamiento no se extinga con la ejecución forzosa. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el referido precepto, esto sólo tendrá lugar: a) cuando no hayan transcurrido aún cinco años de contrato, manteniéndose únicamente por este plazo, y b) cuando el arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca, en cuyo caso subsistirá por el plazo pactado. Ambos supuestos merecen un breve comentario.

En el primer caso podría suceder que no hubiese constancia del arrendamiento de la vivienda, evitándose así una disminución en el precio de remate. En este caso, las consecuencias negativas de los derechos de adquisición preferente vendrían originadas por lo dispuesto en el artículo 37.3.º LH (40), en la medida en que se impondría al adjudicatario el retracto legal aun cuando lo desconociera. Sin embargo, parece difícil que así pueda ocurrir, teniendo en cuenta, como hemos visto, la atención que presta la vigente LEC en relación con la posible ocupación del inmueble que se ejecuta. Sea como fuere, lo cierto es que nos estamos refiriendo al ejercicio de derechos de adquisición preferente por un arrendatario que va a tener derecho a permanecer en la vivienda por un breve período de tiempo, en todo caso inferior a cinco años (41). Y resulta chocante que ante estas circunstancias queridas por el legislador, restrictivas del derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda, se le reconozca a este mismo sujeto un derecho preferente sobre el adjudicatario para acceder a la propiedad del inmueble.

En el segundo supuesto, el casi seguro conocimiento del arrendamiento por parte de los licitadores dará lugar probablemente a los ya indicados recelos en cuanto al aumento de las posturas, perjudicando con ello al arrendador. Nos parecen, por tanto, plenamente aplicables en este caso los argumentos contrarios a la aplicación del artículo 25 LAU en los casos de enajenación forzosa, por suponer una grave onerosidad para el arrendador.

En otro orden de cosas, creemos conveniente indicar un último argumento en contra del reconocimiento de los derechos de adquisición preferente en los supuestos de venta forzosa, ligado precisamente a la finalidad perseguida por estos derechos. Como ya hemos dicho, con ellos se trata de facilitar el acceso a la propiedad por parte de los arrendatarios de viviendas. Y la vigente normativa sobre enajenación forzosa, en particular el artículo 661 LEC, permite a estos sujetos mediante la notificación judicial tener conocimiento del proceso de ejecución, con lo que, si tienen interés en convertirse en propietarios

(40) Esta cuestión ha sido ampliamente abordada con carácter general por CARRETERO, T., «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 366-367, noviembre-diciembre de 1958, págs. 824 y sigs.

(41) La dudosa justificación de los derechos de adquisición preferente en base a una relación jurídica de breve duración temporal ya ha sido puesta de manifiesto con carácter general por LEÓN-CASTRO, J., y Cossío, M. DE, *op. cit.*, pág. 107.

del inmueble, se facilita su intervención en la subasta como licitadores. Se les da de este modo la oportunidad de convertirse en propietarios de las viviendas arrendadas, cumpliéndose la misma finalidad de los derechos de adquisición preferente, sin que se produzca el efecto perverso de reducción del precio de remate. Consideramos por ello que sería más conveniente no reconocer estos derechos en las ventas forzosas y que el acceso a la propiedad por parte del arrendatario tuviera lugar mediante su intervención en la subasta (42). Pero a pesar de todos los inconvenientes apuntados con relación al reconocimiento de los derechos de adquisición preferente en los supuestos de enajenación forzosa de la vivienda arrendada, hemos de insistir en que tienen perfecta cabida en el tenor literal del artículo 25 LAU.

Estimando de aplicación en la materia que nos ocupa los derechos de adquisición preferente, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 25.5 LAU. Este precepto exige o bien acreditar que se han realizado las notificaciones del artículo 25 LAU, vinculadas al ejercicio de los derechos de adquisición preferente por el arrendatario, o declarar que la vivienda no se encuentra arrendada para poder inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de las viviendas. De este modo se trata de garantizar al arrendatario el adecuado ejercicio de sus derechos y que no se vean frustrados por la actuación del arrendador.

Con esta previsión normativa no podría prosperar, a nuestro juicio, una pretensión similar a la hecha valer por el deudor ejecutado en la sentencia de 17 de marzo de 2003, tratando de dejar sin efecto el derecho de tanteo por un error de la inscripción registral consistente en una divergencia entre el Registro y la realidad con relación a las letras A y B de las fincas, de modo que la que de las dos viviendas que existían en cada planta, la que en el contrato de arrendamiento figuraba como A, en el Registro se encontraba inscrita como B, y viceversa. Ante esta situación, el deudor ejecutado pretendía que se declarara la nulidad del derecho de tanteo porque se ejercitó por quienes no eran arrendatarios de las viviendas cuya propiedad se pretendía adquirir, y en consecuencia, carecían del derecho de adquisición preferente con relación a las referidas viviendas.

Atendiendo a la normativa vigente, sería difícil que se pudiera plantear una pretensión similar porque la inscripción de la venta forzosa de la vivienda arrendada, con independencia de esta discrepancia, exige que el arrendador acredite haber realizado las notificaciones preceptivas; y puesto de manifiesto el error

(42) Siendo así, se reforzaría la postura apuntada en relación con el artículo 661 LEC, a propósito de la constancia en el procedimiento de ejecución de la ocupación del inmueble. En este punto, nos mostrábamos favorables a que el juez pudiera de oficio investigar acerca de la ocupación del inmueble para proceder en su caso a la notificación del procedimiento de ejecución.

registral, parece que se procedería a su rectificación sin mayores consecuencias. Sólo cuando el deudor hubiera notificado al verdadero arrendatario de la vivienda ejecutada en los términos del artículo 25 LAU, podría éste ejercitar su derecho de adquisición preferente y podría inscribirse la transmisión. Si no se hubiera procedido así porque la notificación se hizo a quien, debido a la divergencia entre el Registro y la realidad no era el verdadero arrendatario, consideramos que no debería prosperar una ulterior pretensión del deudor de dejar sin efecto el derecho de tanteo del arrendatario por entender que lo ejercitó con relación a una vivienda distinta de la arrendada. Creemos que así debe entenderse porque la consecuencia en estos casos sería más bien que por no haber realizado debidamente las notificaciones el arrendador, no podría inscribirse la enajenación forzosa, lo que sólo podría tener lugar una vez que se acreditase haber realizado la debida notificación. Se impediría de este modo una posible manipulación del arrendador que frustrase el ejercicio de los derechos de adquisición preferente del arrendatario.

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO