

La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados

SUMARIO: I. LA IMPORTANCIA DE CONOCER LA SITUACIÓN POSESORIA DEL INMUEBLE OBJETO DE SUBASTA.—II. INMUEBLE DESOCUPADO U OCUPADO POR EL PROPIO EJECUTADO.—III. INMUEBLE OCUPADO POR TERCERAS PERSONAS: 1. NOTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN A LOS TERCEROS OCUPANTES. 2. DESATENCIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES. 3. PRESENTACIÓN DEL TÍTULO ACREDITATIVO DE SU SITUACIÓN POSESORIA POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES. 4. INCIDENTE PREVIO A LA SUBASTA PARA DECLARAR LA FALTA DE DERECHO DEL TERCER OCUPANTE A POSEER EL INMUEBLE: a) *Legitimación*; b) *Carácter no preceptivo de la comparecencia del artículo 661*; c) *Tramitación*; d) *Intervención de abogado y de procurador*; e) *Auto resolutorio del incidente*. 5. INCIDENTE POSTERIOR A LA SUBASTA PARA CONSEGUIR EL DESALOJO DEL TERCER OCUPANTE: a) *Legitimación*; b) *Plazo*; c) *Tramitación*; d) *Intervención de abogado y procurador*; e) *Auto resolutorio del incidente*.—IV. DESALOJO DE ARRENDATARIOS OCUPANTES DE INMUEBLES URBANOS ENAJENADOS FORZOSAMENTE: 1. INSUFICIENCIAS Y DEFECTOS DE LA SOLUCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 13 DE LA LAU: a) *Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no traen causa de una hipoteca o de una sentencia de condena*; b) *Laguna legal: los arrendamientos para uso distinto a vivienda*; c) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro*; d) *Desprotección de los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo no inscritos en el Registro de la Propiedad*; e) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro que a los posteriores a la traba que constan inscritos antes de la anotación preventiva de embargo*.—V. CONCLUSIONES.

En este artículo vamos a analizar desde una doble perspectiva, sustantiva y procesal, la problemática que se suscita cuando un inmueble, que es objeto de enajenación forzosa, se encuentra ocupado por terceras personas distintas del ejecutado.

Bajo la vigencia de la LEC de 3 de febrero de 1881, la situación posesoria de los inmuebles subastados constituía un dato incierto y un riesgo para los postores que, a menos que *a priori* realizaran sus propias investigaciones, podían encontrarse con la sorpresa de que el inmueble adquirido se hallaba poseído por terceras personas cuyo derecho a la posesión ni siquiera podía discutirse en el propio proceso de ejecución, pues la LEC silenciaba cualquier referencia al respecto, obligando a acudir a un juicio declarativo.

Con la actual LEC este problema se ha soslayado, aunque no se puede afirmar que se haya solventado por completo, por lo que en el presente artículo vamos a analizar el derecho de los arrendatarios de un inmueble subastado para mantener su posesión tras la venta forzosa y, asimismo, vamos a estudiar detenidamente los mecanismos sumarios de que pueden servirse el ejecutante y el rematante para intentar, en el propio proceso de ejecución, el desalojo de los ocupantes que consideren de mero hecho o sin título suficiente.

I. LA IMPORTANCIA DE CONOCER LA SITUACIÓN POSESORIA DEL INMUEBLE OBJETO DE SUBASTA

El conocimiento de la situación posesoria de un inmueble que va a ser objeto de ejecución forzosa reviste una importancia de primer orden en aras de que el mercado de las subastas judiciales sea más transparente y efectivo.

Resulta loable que la vigente LEC haya introducido como novedad en los artículos 646.2 y 661.1 *in fine* la necesidad de hacer constar en los edictos que anuncian la subasta la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, el mismo se encuentra desocupado en el caso de que se acredite cumplidamente esta circunstancia.

De todos modos, no deja de ser criticable que, por un lado, la Ley establezca dicha previsión normativa y que, por otro, contemple de manera difusa los mecanismos a través de los cuales se puede conocer si el inmueble objeto de subasta se encuentra ocupado o desocupado. El artículo 661 se limita a disponer que dicho conocimiento se adquirirá *por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo*, sin decir a qué otros modos se refiere, lo que en la práctica forense propicia que en más ocasiones de las que sería deseable en los anuncios de las subastas tan sólo se haga constar que «se desconoce la situación posesoria del inmueble», lo que obliga a los postores a realizar costosas averiguaciones o a formular sus ofertas en unas condiciones de auténtica incertidumbre, por lo que su situación resulta parangonable con la existente bajo la vigencia de la LEC de 1881 y que nuestro legislador mostró especial empeño en desterrar, como manifiesta en la Exposición de Motivos de la vigente LEC.

Bien es cierto que el artículo 589 de la LEC prevé la posibilidad de que, de oficio o a instancia de parte, se requiera al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución con expresión de las cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, *si están ocupados y con qué título*. De todos modos, dicho requerimiento no resulta preceptivo sino que la ley lo supedita a que se desconozcan bienes suficientes objeto de embargo. Además, resulta habitual en la práctica forense que el ejecutado desatienda dicho requerimiento, pues aunque se le apercibe con multas coercitivas, éstas no están teniendo el resultado deseado, ya que la ley no regula esta cuestión debidamente, pues ni determina el trámite que debe seguirse para su exacción, ni su destinatario (1) y tampoco establece su prelación en relación al crédito del ejecutante. No obstante, lo más coherente es considerar que el beneficiario de dichas multas es el Tesoro Público y que su exacción no tiene carácter preferente en relación al crédito del ejecutado, sino que la multa queda supeditada a la previa y completa satisfacción del principal, así como al pago de los intereses y las costas de la ejecución (2). Por lo demás, aunque el artículo 589 de la LEC también

(1) Sería deseable que el artículo 589 de la LEC, al igual que en el artículo 711, dispusiera expresamente que la multa coercitiva debe ser ingresada en el Tesoro Público.

(2) A favor de que el crédito del ejecutante tenga preferencia sobre la multa: Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Presupuestos, actos procesales, recursos y ejecución en la LEC 1/2000. Ejecución forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Recursos y ejecución provisional en la LEC 1/2000*. T. III. Madrid, 2001, pág. 340.

ACHÓN BRUÑEN, M. J., «La localización de bienes embargables del ejecutado», en *Diario La Ley*, martes, 17 de diciembre de 2002, pág. 4: «En el caso de que el patrimonio del ejecutado resulte insuficiente para hacer frente a la cantidad reclamada por el ejecutante y a la multa impuesta por el órgano judicial, resulta preferible que previamente se proceda al pago de lo debido al ejecutante, pues si en primer lugar se destinaran los bienes del ejecutado al pago de la multa, el ejecutante resultaría perjudicado por partida doble: por un lado, por no haber obtenido una información fidedigna del deudor en relación a los bienes de su propiedad y, en segundo lugar, por tener que supeditar el cobro de su crédito al pago de otra obligación que no sólo ha surgido con posterioridad a dicho crédito sino que, paradójicamente, ha nacido como consecuencia del mismo. Si la *voluntas legislatoris* al prever el requerimiento de manifestación de bienes ha sido coadyuvar al ejecutante en la localización de bienes embargables, no se puede entender que la multa impuesta al ejecutado por desobedecer dicho requerimiento goce de preferencia sobre el crédito del actor, pues se estaría consiguiendo justamente el efecto contrario, es decir, lejos de ayudar al ejecutante, perjudicarlo. Asimismo, consideramos que la multa impuesta al deudor debe pagarse en último lugar por analogía con lo que dispone el artículo 126 del CP para la imputación de los pagos del penado o responsable civil subsidiario».

En contra: ALMENAR BELENGUER, M., «La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes. Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Judicial*, 31. Ed. CGPJ, Madrid, 2000, págs. 237 y 238. Este autor, con base en los artículos 31 y 32 de la Ley General

prevé la posibilidad de proceder contra el ejecutado por un delito de desobediencia grave, la imposición de la pena correspondiente tampoco conlleva el cumplimiento por el ejecutado del requerimiento de manifestación de bienes.

En consecuencia, procede preguntarse cómo se podrá cumplir la previsión normativa de hacer constar en los anuncios de la subasta si el inmueble se encuentra ocupado en los casos en que el ejecutante lo desconozca y tampoco se haya efectuado requerimiento de manifestación de bienes al ejecutado o, habiéndose realizado, lo haya desatendido.

La verdad es que no se alcanza a comprender a qué se refiere el legislador cuando establece que el conocimiento de la existencia de terceros ocupantes del inmueble se obtendrá no sólo por la manifestación de bienes del ejecutado o por indicación del ejecutante sino también «de cualquier otro modo», ya que ningún precepto de nuestra ley procesal civil contempla la manera de tener conocimiento «de otro modo» de la situación posesoria del inmueble, aunque todo nos conduce a pensar que el legislador está concediendo al órgano judicial ciertas facultades para realizar, incluso de oficio, las investigaciones pertinentes.

A estos efectos podría resultar oportuno que, cuando el requerimiento de manifestación de bienes no se hubiera realizado por resultar suficientes los bienes objeto de embargo, se requiriera, de oficio o a instancia de parte, al ejecutado con el único fin de averiguar si el inmueble que le ha sido embargado se encuentra desocupado u ocupado, acreditando, en este último caso, si lo ocupan terceras personas y el título que ostentan. El plazo para cumplir dicho requerimiento podría ser de diez días por analogía con el previsto en el artículo 663 de la LEC, e incluso estimamos que podría hacerse al mismo tiempo que el requerimiento que prevé dicho precepto, pudiendo interesarse a la vez la presentación de los títulos de propiedad del inmueble.

No obstante, en tanto que el requerimiento para la presentación de los títulos de propiedad no resulta preceptivo, estimamos que también podría resultar oportuno que la propia Comisión Judicial o, en su caso, el correspondiente Servicio Común se personara en el inmueble objeto de subasta para cerciorarse de su situación posesoria.

Asimismo, en el seno de la ejecución hipotecaria se ha defendido (3) la posibilidad de efectuar dicha diligencia en el propio requerimiento de pago si

Presupuestaria en concordancia con el artículo 71 de la Ley General Tributaria, mantiene que la Hacienda Pública goza de prelación para el cobro del importe de la multa impuesta.

(3) Cfr. ROYO GARCÍA, J. G., «La subasta de bienes inmuebles: especialidades en la ejecución de bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Presupuestos, actos procesales, recursos y ejecución en la LEC 1/2000. Ejecución Forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Recursos y ejecución provisional en la LEC 1/2000*, T. III, 2001, pág. 526.

éste se practica por no haberse efectuado por acta notarial con al menos diez días de antelación a la interposición de la demanda.

De todos modos, aunque los antedichos mecanismos podrían servir para conocer la situación posesoria del inmueble con objeto de hacer constar dicha información en el anuncio de la subasta, no por ello quedan salvaguardados por completo los intereses de los postores, ya que puede ocurrir que el ejecutado arriende el inmueble con posterioridad a la publicación de los edictos y que la información contenida en los mismos sea engañosa, lo que podría defraudar las justas expectativas de los postores, máxime teniendo en cuenta que de acuerdo con nuestra legislación arrendaticia el hecho de que el arrendamiento se haya concertado con posterioridad al embargo o a la hipoteca, y aun ulteriormente a la publicación de los edictos de la subasta, no supone *per se* que el mismo haya de extinguirse a consecuencia de la enajenación forzosa.

En suma, estimamos que dada la importancia que reviste el conocimiento de la situación posesoria del inmueble y en vista de que no va a resultar baladí para los postores que el bien se encuentre ocupado por terceras personas, este dato debería figurar inexcusablemente en el anuncio de la subasta, por lo que sería oportuno desterrar la práctica existente en muchos Juzgados de hacer constar en los edictos el desconocimiento de la situación posesoria del inmueble o de omitir toda referencia sobre el particular.

Por consiguiente, al igual que la Ley prevé en la subasta de inmuebles la preceptiva petición de la certificación de cargas al Registro de la Propiedad, también debería establecer la necesidad inexorable de practicar las diligencias oportunas para que en todo caso se conociera con carácter previo a la enajenación forzosa quién ocupa el inmueble.

Además, *de lege ferenda* sería oportuno que en la LEC se previera la necesidad de que el ejecutado informara al órgano judicial de los contratos de arrendamiento concertados tras el anuncio de la subasta con objeto de dar a conocer este dato al inicio de la misma y de enmendar el contenido inexacto de los edictos, debiendo presumirse en caso contrario que dicho arrendamiento ha sido concertado en fraude de acreedores.

A estos efectos se ha propuesto por la doctrina (4) el establecimiento de algún tipo de medida —como el precinto— para evitar la ocupación del inmueble sin conocimiento del Tribunal en el ínterin existente entre el anuncio de la subasta y su celebración.

(4) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3323.

II. INMUEBLE DESOCUPADO U OCUPADO POR EL PROPIO EJECUTADO

Si por indicación del ejecutante, manifestación del ejecutado o por alguno de los mecanismos a que hemos hecho mención, consta en las actuaciones que el bien se encuentra desocupado o que lo ocupa el propio ejecutado y las personas que con él conviven, se hará constar dicha circunstancia en los anuncios de la subasta para el conocimiento de los postores.

Los edictos se fijarán en el sitio destacado, público y visible de la sede del tribunal y en los lugares públicos de costumbre (art. 645 de la LEC); si bien, como la LEC no concreta a qué se refiere con la expresión «lugares públicos de costumbre», en la práctica forense lo habitual es que se fijen exclusivamente en el tablón de anuncios del Juzgado, a menos que se solicite una mayor publicidad por el ejecutante o el ejecutado y el tribunal lo estime conveniente.

Procede preguntarse qué ocurrirá si el deudor en el requerimiento de manifestación de bienes ha dado una información engañosa respecto a la situación posesoria del inmueble, ya que esto puede propiciar que los edictos tengan un contenido erróneo. En estos casos, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse al ejecutado *ex* artículo 589 de la LEC, la ley no contiene previsión alguna al respecto, por lo que para evitar este problema se debe exigir la máxima diligencia a los Juzgados, siendo conveniente que legalmente se previera la posibilidad de que con anterioridad al anuncio de la subasta se pudieran realizar las diligencias oportunas —como la personación de la Comisión Judicial o del Servicio Común en el inmueble objeto de subasta— con objeto de cerciorarse de su situación posesoria siempre que la misma, aun constando en autos, no se conozca con plena certeza, pues lo que en modo alguno puede permitirse es que los edictos resulten inexactos y tampoco resultaría procedente que en los mismos se hiciera constar que *según manifestaciones del ejecutado el piso se encuentra libre* u otras expresiones parecidas, ya que ello propiciaría incertidumbre e inseguridad entre los postores, haciendo todavía más inaccesibles las subastas a los ciudadanos que no se dedican a dicho «negocio».

Por lo demás, si realizadas las investigaciones oportunas, resulta que el bien inmueble se encuentra *desocupado*, la ley es de una claridad meridiana, ya que el artículo 675.1 establece que una vez celebrada la subasta se deberá entregar la posesión al rematante o al adjudicatario de forma inmediata.

En el caso de que el inmueble se encuentre *ocupado por el ejecutado y por quienes con él convivan*, la ley no resulta tan precisa, ya que no especifica si deberán ser desalojados inmediatamente o si se les concederá un plazo de humanidad para que procedan al desalojo. La verdad es que aunque la doctrina no es unánime al respecto, compartimos la opinión de quienes esti-

man (5) que si se trata de la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan debe concederse el plazo de un mes para el desalojo, prorrogable por otro mes de existir motivo fundado, por analogía con el plazo que prevé el artículo 704 para el caso de que el ejecutado haya sido condenado a entregar un inmueble (6). A nuestro juicio, esta es la postura más acertada en aras de evitar la indefensión, máxime teniendo en cuenta que toda analogía favorable está permitida y si bien es cierto que podría alegarse que el ejecutado que ocupa un inmueble que va a ser objeto de enajenación forzosa ya conoce con al menos veinte días de antelación la fecha de la subasta (art. 667.2 de la LEC) y que tras ella deberá desalojar el inmueble, también el condenado en una sentencia a entregar un inmueble conoce dicha condena desde que se le notifica la sentencia y, asimismo, posee un plazo de al menos veinte días desde su notificación hasta el momento en que el ejecutante puede instar su ejecución forzosa para el cumplimiento voluntario (art. 548 de la LEC) y, sin perjuicio de ello, el artículo 704 le concede el plazo de un mes para el desalojo.

III. INMUEBLE OCUPADO POR TERCERAS PERSONAS

En el caso de que el inmueble objeto de enajenación forzosa se encuentre ocupado por personas distintas del ejecutado y su familia, en tanto que dichos terceros no están pasivamente legitimados en el título ejecutivo para sufrir las actividades ejecutivas, se les debe dotar de mecanismos de defensa para hacer valer sus intereses.

La vigente LEC ha supuesto un importante avance en este sentido al permitir resolver esta cuestión en el propio proceso de ejecución, sin necesidad de remitir a los interesados a un juicio declarativo, con lo que se ha logrado conciliar el principio de celeridad, que debe protagonizar todo pro-

(5) Cfr. ROYO GARCÍA, J. G., «La subasta de bienes inmuebles: especialidades en la ejecución de bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», *op. cit.*, pág. 551.

En contra: Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 675», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3359.

GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Ed. Forum, Oviedo, 2000, pág. 371.

CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002, pág. 375.

(6) En el caso de que el inmueble no constituya la vivienda habitual del ejecutado, resulta criticable que la vigente LEC no establezca un plazo para el desalojo, pues dicha laguna legal origina inseguridad jurídica, ya que en situaciones muy similares pueden arbitrarse soluciones muy dispares dependiendo del Juzgado que conozca de la ejecución con el agravante de que los justiciables tampoco podrán recurrir con garantías de éxito dichas decisiones dada la discrecionalidad judicial que el silencio de la ley ha propiciado en esta cuestión.

ceso de ejecución, con el de audiencia y el de tutela judicial efectiva de aquéllos que resultan afectados por un proceso de ejecución ajeno.

Este importante avance legal no sólo se debe agradecer a nuestros legisladores, ya que huelga decir que éstos no hicieron sino acatar las sugerencias que les realizó el propio Tribunal Constitucional, el cual tuvo ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre este problema que dio lugar a diversos recursos de amparo.

De todos modos, no resulta ocioso poner de relieve que la postura del Tribunal Constitucional sobre este particular no siempre resultó acertada, pues al intentar salvaguardar la situación de indefensión del arrendatario en más de una ocasión colocó en una posición análoga al rematante.

A estos efectos resulta paradigmática la sentencia de 16 de enero de 1992 (7) en que resolvió el recurso de amparo 1317/88, que fue interpuesto por una arrendataria, alegando la vulneración del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva en un proceso de ejecución hipotecaria en que se acordó el desalojo de la vivienda que ocupaba tras ser enajenada en pública subasta. En este caso, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a la citada arrendataria imponiendo al rematante la carga de instar un juicio declarativo ordinario con objeto de conseguir el desalojo del ocupante y ello con independencia de que el contrato de arrendamiento se hubiera concertado con posterioridad a la hipoteca, pues según dicha sentencia no implicaba una pérdida o disminución del derecho de propiedad la subsistencia del arrendamiento, lo que a nuestro juicio resulta más que discutible, ya que resulta obvio que no es ni mucho menos lo mismo adquirir un bien libre que arrendado, pues la posesión mediata no permite al dueño ejecutar plenamente sus facultades dominicales.

No obstante, nuestro Alto Tribunal, consciente del conflicto suscitado, hizo un llamamiento al legislador en la citada sentencia para que introdujera un párrafo en el entonces artículo 132 de LH que permitiera la comparecencia, con igualdad de armas procesales, del arrendatario de la finca hipotecada. Desafortunadamente, tuvieron que transcurrir ocho años para que dicha suge-

(7) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», en *Justicia*, núm. IV, 1992, págs. 911 a 968.

LEDESMA IBÁÑEZ, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992 (BOE de 13 de febrero de 1992). Ejecución del procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria: problema de su compatibilidad con los arrendamientos existentes sobre la finca ejecutada y tutela judicial efectiva», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, págs. 683 a 692.

SEGUÍ PUNTAS, J., «Efectos reflejos de la ejecución hipotecaria. Comentario a la STC 6/1992, de 16 de enero», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, págs. 693 a 701.

rencia se consagrara en un texto legal —que no fue la Ley Hipotecaria, sino la vigente LEC— sin perjuicio de que para salvar el vacío legal existente hasta dicho momento, parte de la doctrina (8) estimara que al no existir en el procedimiento de apremio ordinario ningún precepto similar al entonces artículo 132 de la LH (que no permitía la suspensión del procedimiento hipotecario más que en casos tasados) dicho criterio no podía hacerse extensivo al procedimiento de apremio ordinario, en donde no existía impedimento alguno para declarar extinguido el arrendamiento de la finca subastada en el marco de la ejecución. No obstante, dichas opiniones no pasaron de ser propuestas *de le ge ferenda* sin apenas proyección en la práctica forense.

Ulteriormente, el Tribunal Constitucional perfiló su doctrina y en el Auto 309/1994, de 14 de noviembre, denegó el amparo en un supuesto en que el arrendamiento posterior a la hipoteca fue estimado fraudulento por su excesiva duración —quince años— y por el importe antieconómico del alquiler. De todos modos, poco tiempo después, en la STC 21/1995 de 24 de enero, reprodujo casi literalmente lo establecido en la sentencia de 16 de enero de 1992.

Afortunadamente, en la sentencia 69/1995, de 9 de mayo (9), matizó su postura, afirmando que la doctrina de la STC 6/1992 de remitir en todo caso al rematante a un juicio declarativo para desalojar al tercer ocupante del inmueble, no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocu-

(8) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», *op. cit.*, pág. 851. «Del procedimiento de apremio», en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*. Coordinador: J. MONTERO AROCA, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Civitas, S. A., 1993, Madrid, pág. 157 y sigs., nota 2, y en «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, Ed. CGPJ, Madrid, 1997, pág. 115.

(9) En la STC 69/1995, de 9 de mayo, se denegó el amparo al entender que al tener la recurrente su derecho de usufructo inscrito en el Registro de la Propiedad, aunque con posterioridad a la hipoteca, le fueron notificadas las Resoluciones dimanantes del procedimiento hipotecario que afectaban a su derecho, posibilitando su intervención en la ejecución, por lo que no se vio afectado su derecho de defensa (cfr. SOLE, J., «Finca subastada en procedimiento hipotecario (art. 131 de la Ley Hipotecaria): desalojo y lanzamiento de la usufructuaria sin necesidad de acudir a ulterior proceso declarativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1995, de 9 de mayo», en *Justicia*, núm. III-IV, 1995, págs. 309 a 320).

Resulta curioso reseñar cómo la doctrina al comentar la STC 6/1992, de 16 de enero, ya se había aventurado a predecir que el TC no apreciaría vulneración del artículo 24 de la CE si en vez de tratarse del desalojo de un arrendatario fuera un usufructuario el que tuviera su derecho inscrito con posterioridad a la hipoteca (cfr. MONSERRAT VALERO, A., «La ejecución de la hipoteca y la extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a su constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», en *RJC*, núm. 3, 1992, pág. 720).

pante afectado por la ejecución, por lo que denegó el amparo a una usufructuaria cuyo derecho estaba inscrito con posterioridad a la hipoteca, estimando que la decisión del Juzgado de no remitir a otro procedimiento para obtener el lanzamiento de dicha usufructuaria no entrañaba limitación o privación del derecho de defensa de la recurrente, la cual tenía a su disposición la posibilidad de instar un juicio declarativo para hacer valer su derecho.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional tampoco otorgó el amparo requerido en las SSTC 158/1997, de 2 de octubre; 174/1997, de 27 de octubre (10); 223/1997, de 4 de diciembre; 227/1997, de 15 de diciembre, y 42/1998, de 14 de febrero, estimando que el proceso declarativo posterior al procedimiento hipotecario proporcionaba un instrumento de defensa a las partes y demás interesados sin exclusión alguna, cualquiera que fuera su posición y los títulos de su situación posesoria. No obstante, en estas sentencias nuestro Alto Tribunal —sin duda insatisfecho de que se resolviera el problema del desalojo de los terceros ocupantes de los inmuebles subastados en un juicio declarativo— apuntó la posibilidad de que fuera en el propio proceso de ejecución donde los ocupantes pudieran exhibir su título posesorio con objeto de que el Juez lo valorara a los solos efectos de su desalojo a consecuencia de la ejecución.

Dicha sugerencia tuvo eco en nuestro legislador que la matizó y desarrolló en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por aquel entonces se encontraba en fase de elaboración, consagrándose finalmente en los artículos 661 y 675, en donde se prevé la comunicación de la ejecución a los terceros ocupantes del inmueble objeto de enajenación forzosa para que en el plazo de diez días presenten los títulos que justifiquen su situación posesoria, pudiendo el ejecutante, antes de anunciarse la subasta, promover un incidente en que el Juez se pronuncie sobre el derecho de dichos ocupantes a continuar poseyendo el inmueble tras la venta forzosa (art. 661), sin perjuicio de que si no se insta dicho incidente por el ejecutante, pueda ser promovido por el adquirente del inmueble en el plazo de un año desde la adquisición (art. 675).

No obstante, ciertas voces doctrinales (11) han puesto de relieve el carácter restringido del mecanismo de defensa previsto en los citados artículos, el cual se presenta como el único posible para la intervención de los ocupantes del inmueble.

Por lo demás, conviene reseñar que aunque los artículos 661 y 675 se encuentran insertos dentro de la sección sexta del Título IV del Libro III

(10) Las SSTC 158/1997, de 2 de octubre, y 174/1997, de 27 de octubre, tuvieron un voto particular en el que se entendía que el TC debía haber otorgado el amparo solicitado en consonancia con la doctrina esgrimida en las SSTC 6/1992, de 16 de enero, y 21/1995, de 9 de mayo.

(11) Cfr. 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. 5147, 25 de septiembre de 2000, pág. 4.

titulada «De la subasta de bienes inmuebles», su ámbito de aplicación no puede circunscribirse a los supuestos en que el inmueble sea enajenado en pública subasta sino que también debe hacerse extensivo a los casos en que se procede a la enajenación forzosa del inmueble por los medios alternativos a la subasta previstos en la sección tercera y cuarta del mismo Título (12), así como al proceso de ejecución hipotecaria, pues precisamente en este último es donde se han suscitado los mayores problemas en relación al desalojo de terceros ocupantes de los inmuebles subastados.

A continuación vamos a analizar pormenorizadamente el contenido de los artículos 661 y 675 de la LEC:

1. NOTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN A LOS TERCEROS OCUPANTES

Una vez que el órgano judicial conozca que el inmueble se encuentra ocupado por terceras personas distintas del ejecutado, el artículo 661 de la LEC establece la necesidad de notificar a dichos ocupantes la existencia de la ejecución para que en el plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.

Aunque la Ley prevé la necesidad de practicar una diligencia de notificación, en puridad se trata de un requerimiento, no empleando adecuadamente el legislador los términos que él mismo define en el artículo 149 de la LEC donde establece que la *notificación* en un acto de comunicación que tiene por objeto dar noticia de una resolución, diligencia y actuación; en contraposición con el *requerimiento*, el cual sirve para ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad. En este caso resulta obvio que se está ordenando al ejecutado que en un determinado plazo lleve a cabo la conducta consistente en presentar los títulos que acrediten su posesión, por lo que, a pesar de la impropiedad del término legal utilizado, se trata de un requerimiento.

La doctrina (13) encuentra cierta similitud entre esta notificación y la del auto despachando ejecución, tras la cual el ejecutado puede comparecer y

(12) Cfr. UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 675», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II. Coordinadores: Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pág. 3072. Este autor acertadamente considera que nos encontramos ante una mera omisión del legislador y no ante una voluntaria exclusión de lo dispuesto en los artículos 661 y 675 a los casos en que la enajenación del bien embargado se realice por los medios alternativos a la subasta previstos en la LEC.

(13) Cfr. MORENO CATENA, V., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. IV. *La ejecución forzosa*. Coordinadores: Cortes Domínguez y Moreno Catena. Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 137. Este autor realiza esta apreciación al comentar el artículo 704 de la LEC, pero puede hacerse extensiva al artículo 661, ya que ambos preceptos se refieren a la necesidad de notificar a los terceros ocupantes de un inmueble, que sale del patrimo-

oponerse en el plazo de diez días, ya que en este caso también se da a los ocupantes la posibilidad de oponerse al desalojo en idéntico plazo de diez días presentando los títulos que amparan su situación posesoria.

Por lo demás, el artículo 661 también resulta impreciso cuando establece que se notificará la existencia de la ejecución a las «personas distintas del ejecutado que ocupen el inmueble embargado», pues resulta obvio que a pesar de la impropiedad terminológica de dicho precepto si la vivienda la habita el ejecutado con su cónyuge e hijos no se les deberá notificar a estos últimos la existencia del procedimiento aunque tengan el carácter de terceros en la ejecución, dejando a salvo la notificación que se haya podido realizar al consorte del ejecutado en el caso de que la vivienda tuviera carácter ganancial (arts. 541 de la LEC, 1.373 del CC y 144 del RH) (14).

La notificación deberá realizarse a aquellas terceras personas que ocupen el inmueble distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél. Esta interpretación no sólo resulta la mas coherente sino que guarda armonía con lo que el legislador dispone con mucha más propiedad en el artículo 704 de la LEC que, en sede de ejecución por deberes de entregar bienes inmuebles, establece la necesidad de notificar la existencia de la ejecución *a las terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización del inmueble* para que en el plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación, en aras de que el ejecutante pueda pedir su lanzamiento si son ocupantes de mero hecho o sin título suficiente.

De todos modos, si los ocupantes tuvieran su título inscrito en el Registro de la Propiedad previamente al embargo, y aunque la ley no lo dice expresamente, debe entenderse que no será necesario efectuarles dicho requerimiento, ya que al constar en la certificación de cargas inscrito su derecho con anterioridad a la traba que origina la enajenación forzosa, su derecho será preferente y deberá ser aceptado por los postores.

Para algún autor (15) esta notificación no será necesaria ni siquiera en el caso de que el ocupante tenga su título inscrito en el Registro con posterioridad al embargo, pues si su derecho es anterior a la expedición de la certificación de cargas habrá tenido conocimiento de la ejecución por notificación del Registrador (art. 659 de la LEC) y en el caso de que la inscripción sea

nio del ejecutado, la existencia de la ejecución con objeto de que presenten los títulos que justifiquen su situación posesoria.

(14) Sobre los medios de defensa del cónyuge no deudor en caso de embargo de bienes gananciales y la doctrina y jurisprudencia existente sobre este tema, véase: ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 261 y sigs.

(15) Cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 357.

posterior a la expedición de la certificación del dominio y cargas ese conocimiento lo habrá adquirido en el mismo Registro.

La verdad es que no compartimos estas opiniones doctrinales, ya que si dichos terceros tienen su título inscrito con posterioridad al embargo aunque el Registrador les notifique *ex* artículo 659 la existencia de la ejecución, ello no supone requerimiento alguno para la presentación de sus títulos, pues aunque pudiera pensarse que por ser la inscripción de su derecho posterior a la traba se extingue con la enajenación forzosa, ello no es así en todo caso, pues conforme a lo previsto en el artículo 13 de la LAU los arrendamientos posteriores a un embargo subsisten hasta que se cumpla el plazo de cinco años desde que se concertaron.

2. DESATENCIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES

La LEC ha dado carta de naturaleza a las multas coercitivas en muchos de sus preceptos (589.3, 591.2 699.2, 709, 710, 711, etc.); sin embargo, no ha contemplado expresamente la posibilidad de imponer dichas multas al ocupante de un inmueble que se niegue a presentar los títulos que justifiquen su situación posesoria y aunque estas multas podrían imponerse con base en el artículo 591.2 de la LEC —que prevé su posible imposición a todos aquellos terceros que no presten su colaboración en las actuaciones de ejecución negándose a entregar al tribunal los documentos y datos que tengan en su poder— tampoco va a resultar necesario la utilización de estos mecanismos de constricción teniendo en cuenta que la no presentación de los títulos redundará en su contra, ya que el ejecutante podrá pedir la celebración de una comparecencia con objeto de determinar el derecho de los terceros ocupantes a seguir poseyendo la finca tras la venta forzosa y, a falta de títulos que acrediten la legitimidad de su situación posesoria, el Juez deberá dictar auto declarando su falta de derecho a permanecer en el inmueble, sin perjuicio de que los perjudicados puedan ejercitar el derecho que crea corresponderles en el juicio que corresponda.

En el caso de que los ocupantes no presenten en el plazo de diez días concedido al efecto los títulos que legitimen su situación posesoria y que el ejecutante tampoco solicite la celebración de vista para dilucidar esta cuestión, consideramos que la ausencia de presentación de títulos no podrá entenderse como una falta de derecho de los ocupantes a permanecer en el inmueble, por lo que no se podrá hacer constar dicha circunstancia en los edictos que anuncian la subasta, sin perjuicio del derecho del adquirente del bien para solicitar su lanzamiento previa celebración de la comparecencia que prevé el artículo 675 de la LEC.

3. PRESENTACIÓN DEL TÍTULO ACREDITATIVO DE su SITUACIÓN POSESORIA
POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES

En el plazo de diez días concedido al efecto, los terceros ocupantes del inmueble deben presentar los títulos que justifiquen su posesión. Para la mera presentación de dichos títulos estimamos no es necesario que se valgan de abogado y de procurador aunque en el proceso resulte preceptiva su intervención, sin que ello suponga vulneración alguna del artículo 539 de la LEC que tan sólo exige abogado y procurador al ejecutante y al ejecutado cuando en el proceso declarativo previo hubiera sido preceptivo.

Por consiguiente, y sin perjuicio de que necesiten valerse de estos profesionales en la comparecencia que con posterioridad pueda celebrarse *ex* artículo 661.2 ó 675.3, podrán cumplir el requerimiento de presentación de títulos adjuntándolos con un escrito dirigido al Juzgado o aportándolos en una mera comparecencia ante el mismo. Esta es la solución que resulta más acertada a nuestro modo de ver y ello aun cuando, como pone de manifiesto la doctrina (16), la presentación de los títulos que legitimen la posesión del ocupante del inmueble no constituye ninguna de las excepciones a los requisitos de postulación ordinarios enunciados en los artículos 23 y 31 de la LEC, ya que, por un lado, el artículo 23.2 exceptúa de la comparecencia mediante procurador la presentación de títulos de créditos, pero únicamente en los juicios universales, y, por otro lado, tampoco resulta fácil subsumirlo en el artículo 31.2.2.^a como una excepción a la intervención de abogado, ya que no se puede considerar propiamente un mero escrito de personación sino que se postula directa o mediatamente el reconocimiento de un derecho. Sin embargo, consideramos que la exigencia de que el tercer ocupante se sirva de abogado y de procurador para la presentación de los títulos que justifiquen su derecho posesorio constituiría para éste una carga procesal innecesaria, máxime en los supuestos en que, por considerarse el título de posesión presentado suficiente, no se celebre comparecencia alguna para decidir sobre esta cuestión.

Cuando el tercer ocupante presente los títulos requeridos —y aunque la ley no lo dice expresamente— debe darse traslado al ejecutante para que manifieste si los considera suficientes, por analogía con lo previsto en el artículo 663.2 de la LEC para cuando el ejecutado presenta los títulos de propiedad de la finca embargada. El ejecutante puede evacuar el traslado conferido en un doble sentido:

(16) Cfr. ILLESCAS RUS, A., «Comentario al artículo 704», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinadores: Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombau. T. III, Iurgium Editores, Barcelona, 2000, pág. 3173.

- Manifestando que considera los títulos suficientes, en cuyo caso de momento no se celebrará una vista para que el Juez resuelva sobre el particular. No obstante, la conformidad del ejecutante no vincula al rematante, ya que éste, una vez celebrada la subasta, podrá pedir la celebración de una comparecencia para decidir sobre el desalojo, pues el artículo 675 tan sólo excluye dicha posibilidad cuando con anterioridad se hubiere resuelto sobre esta cuestión a petición del ejecutante.
 - Considerando que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble tras la subasta, en cuyo caso podrá solicitar, antes del anuncio de ésta, que se convoque a una vista en la que el Juez decidirá sobre el derecho del tercero a permanecer en el inmueble tras la venta forzosa.
4. INCIDENTE PREVIO A LA SUBASTA PARA DECLARAR LA FALTA DE DERECHO DEL TERCER OCUPANTE A POSEER EL INMUEBLE

a) *Legitimación*

Si el ejecutante considera que el tercero que ocupa el inmueble no tiene derecho a permanecer en el mismo tras su venta forzosa, deberá solicitar la celebración de una comparecencia para resolver esta cuestión, sin que dicha convocatoria se pueda señalar de oficio por el mero hecho de alegar el ejecutante que el título presentado por el ocupante resulta insuficiente.

Algún autor (17) estima que también ostenta legitimación activa a estos efectos el ejecutado o cualquier otro sujeto que sea parte del proceso; si bien, a nuestro juicio, y aunque de *legeferenda* podría ser conveniente que tanto el ejecutante como el ejecutado estuvieren legitimados puesto que a ambos interesa la obtención de un buen precio en la subasta, somos conscientes de que dicha interpretación es difícil de conciliar con la literalidad del apartado segundo del artículo 661 de la LEC que tan sólo concede al ejecutante legitimación activa para instar este incidente antes de celebrarse la subasta.

Ni siquiera el tercer ocupante puede interesar el señalamiento de la comparecencia que previene dicho precepto en aras de probar la validez de su título posesorio, no quedándole más remedio que permanecer pasivo a la espera de que el ejecutante, o en su defecto el rematante *ex* artículo 675, pretendan su lanzamiento, sin perjuicio de su derecho a instar el juicio declarativo correspondiente para hacer valer sus intereses en caso de ser desalojado.

(17) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 3324.

b) *Carácter no preceptivo de la comparecencia del artículo 661 de la LEC*

La ley no preceptúa la necesidad de que en los edictos en que se anuncie la subasta se haga constar si el tercer ocupante tiene o no derecho a seguir poseyendo el inmueble tras la enajenación forzosa, por lo que la convocatoria de una comparecencia para decidir sobre este particular no constituye un requisito *sine qua non* previo a la subasta.

El apartado segundo del artículo 661 fue producto de la enmienda número 286 al Proyecto de Ley presentada en el Senado (18), que fue admitida con indudable acierto, pues aunque en principio puede dilatar la ejecución, en contrapartida permite al acreedor obtener en la venta forzosa un precio superior por el inmueble en el caso de que el auto que resuelva el incidente declare que el ocupante es de mero hecho o sin título suficiente.

Por consiguiente, el ejecutante deberá ponderar sus intereses, eligiendo entre no demorar la ejecución o dilatar la misma pero obtener una mayor seguridad de ver satisfecho su crédito.

En el caso de que considere que el ocupante no tiene título suficiente y que la existencia de un tercer ocupante va a ocasionar una depreciación notable del bien en la venta forzosa que le va a impedir ver satisfecho su crédito, le convendrá instar el incidente.

Sin embargo, si el ejecutante prevé que aunque el inmueble esté ocupado por un tercero esto no va a impedir que en la subasta se obtenga una cantidad suficiente para cubrir la cantidad reclamada, no le traerá cuenta instar dicho incidente, lo que ocurrirá, v.gr., cuando el inmueble sea de valor muy superior al importe por el que se ha despachado ejecución por no existir más que este bien en el patrimonio del deudor y haber sido necesario su embargo a los fines de la ejecución (art. 584 de la LEC).

La decisión del ejecutante no siempre será de fácil apreciación, pues nunca se puede prever *a priori* el resultado de una subasta al igual que tampoco se pueden predecir las posibilidades de éxito del incidente sumario previsto en el artículo 661, pues la prueba no siempre va a resultar sencilla.

Así, es posible que el deudor haya concertado un contrato de arrendamiento en connivencia con un tercero —amigo o familiar— fingiendo los elementos esenciales del contrato como, por ejemplo, el precio; sin embargo, la simulación en los contratos de tracto sucesivo resulta difícil de probar (19), pues raramente se poseen pruebas directas, por lo que han de usarse las presunciones a fin de alcanzar la certeza de la inexistencia del arrendamiento. De todos modos, si el ejecutante consigue probar la total ausencia de precio,

(18) BOCG, VI Legislatura, Senado. Serie II, núm. 154 (d), pág. 332.

(19) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 165.

esto ocasionará la nulidad absoluta del negocio, como ha reiterado el TS en su jurisprudencia (20), por lo que si se trata de precio sólo documentado y no de precio real y verdadero, es decir, que hubiera tenido materialización efectiva mediante su pago mensual, le alcanza la condición de precio aparente que despoja a los contratos de uno de sus elementos esenciales y en estos casos el TS considera inexistente por simulación la relación arrendaticia.

La verdad es que si el contrato de arrendamiento fuera simulado o se hubiera celebrado con dolo o fraude se debería extinguir, pero el *onus probandi* del fraude o simulación corresponderá al que lo alegue, pues la presunción del artículo 1297.2 del Código Civil, según la cual se presumen fraudulentas las enajenaciones hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiera expedido mandamiento de embargo, no es aplicable a los casos en que se arrienda un inmueble embargado.

c) Tramitación

El artículo 661.2 de la LEC no establece el trámite por el que se ha de sustanciar este incidente, sino que se remite a lo previsto en el apartado tercero del artículo 675, el cual tampoco detalla el contenido de dicha comparecencia, aunque la parquedad de la ley se debe interpretar en el sentido de que la vista tiene un contenido sumario.

A diferencia de lo que resulta habitual en nuestra LEC, el legislador no se remite en lo que respecta a la tramitación de esta comparecencia a lo previsto para la vista del juicio verbal, sin embargo lo más coherente es que se sustancie conforme a las reglas de ésta, por lo que los interesados deberán acudir con los medios de prueba de que intenten valerse para su práctica en el propio acto de la comparecencia. De todos modos, algún autor (21) estima que el Juez también podrá conceder un período probatorio si no resulta posible practicar todos los medios de prueba en el acto, opinión que, a nuestro modo de ver, no resulta fácil de conciliar con el carácter sumario del incidente ni con el tenor literal de la ley.

Por lo demás, el apartado tercero del artículo 675, al que se remite a su vez el artículo 661, no presenta una redacción muy acertada en lo que se refiere a la prueba en este incidente, ya que establece que en la comparecen-

(20) SSTs de 11 de diciembre de 1986 (RAJ 7432), 31 de enero de 1991 (RAJ 522), 10 de noviembre de 1992 (RAJ 8962), 6 de octubre de 1994 (RAJ 7459), 14 de junio de 1997 (RAJ 4658).

(21) Cfr. UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II. Coordinadores: Córdón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández. Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pág. 3073.

cia «los ocupantes (...) podrán alegar y probar lo que estimen conveniente respecto de su situación», por lo que parece obviar que en aras de defender sus pretensiones el mismo derecho tendrá el que inste el incidente en pro de su derecho de audiencia.

La doctrina (22) se pregunta si en el acto de la vista se podrán aportar los títulos que justifiquen la ocupación en el caso de que en el plazo de diez días concedido con anterioridad no se hayan aportado, pues podría considerarse que dicho plazo era preclusivo, máxime teniendo en cuenta que el desalojo no implica un pronunciamiento definitivo al poder ventilarse posteriormente la cuestión en el juicio correspondiente. La verdad es que a nuestro juicio, y por aplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, si la LEC no establece en esta comparecencia ninguna limitación en materia de prueba, no se puede impedir al ocupante presentar en la misma los títulos que justifiquen su situación posesoria aunque antes no los presentara en el plazo de diez días concedidos al efecto, ya que ello supondría privarle de su principal medio de defensa.

El objeto de este incidente se ha de centrar en la existencia y validez del título del ocupante y en si éste le legitima para seguir poseyendo el inmueble tras la venta forzosa, resolviéndose sobre dicha cuestión a estos solos efectos, por lo que la declaración de su falta de derecho ninguna validez tendrá si no llega a celebrarse la subasta porque el deudor pague la cantidad debida o por cualquier otro motivo (23). Por consiguiente, si el ejecutado continúa siendo propietario del bien no podrá aprovecharse de dicho pronunciamiento para desalojar al tercer ocupante del inmueble.

d) *Intervención de abogado y de procurador*

Resulta criticable que la ley silencie si a la vista se debe comparecer con la representación de un procurador y con la asistencia de un letrado. Además, el artículo 539 de la LEC —que regula la representación y defensa en el proceso de ejecución— tampoco resuelve nada al respecto, pues dicho precepto tan sólo se refiere a las partes del proceso de ejecución, imponiéndoles la necesidad de servirse de dichos profesionales, salvo que la resolución que se ejecute haya sido dictada en un proceso en que no sea preceptiva su intervención.

La verdad es que dada la naturaleza sumaria de este incidente en el que no se van a debatir cuestiones de especial complejidad y en el que, por lo general, la prueba queda reducida a la documental, tampoco tendría que re-

(22) Cfr. MORENO CATENA, V., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. T. IV. La ejecución forzosa», *op. cit.*, pág. 138.

(23) Cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 376.

sultar necesaria la intervención de abogado y de procurador. De todos modos, si en el proceso de ejecución fueran preceptivos dichos profesionales, resultaría paradójico que al ejecutante se le exonerara de servirse de los mismos en un incidente dimanante del mismo proceso de ejecución y, por tanto, si se exige al actor valerse de dichos profesionales no se puede eximir al tercer ocupante de dicha obligación en pro del principio de igualdad.

e) *Auto resolutorio del incidente*

Este incidente terminará por medio de auto, sin que la ley establezca el plazo de que dispone el Juez para dictarlo, aunque estimamos que en ningún caso deberá ser superior a los diez días previstos para dictar sentencia en el juicio verbal.

Dicha resolución será irrecurrible, pero, cualquiera que sea su contenido, dejará a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda, lo que concuerda con lo previsto en el artículo 447.2 de la LEC, que prevé la ausencia de cosa juzgada para todos los procesos en los que se tutele de forma sumaria la posesión (24).

No obstante, si las pretensiones del ejecutante son desestimadas, ya no se podrá volver a instar similar incidente por quien resulte adquirente del bien en la subasta, por lo que si el mismo pretende el desalojo del ocupante se verá forzado a acudir al juicio declarativo correspondiente.

Cuando el auto considere que el ocupante es de mero hecho o sin título suficiente, deberá figurar dicha circunstancia en el anuncio de la subasta en donde también se hará constar que quedan a salvo las acciones que pudieran corresponder al ocupante para recobrar la posesión.

En el caso de dictarse auto declarando el derecho del ocupante a continuar en la posesión del inmueble tras la venta forzosa, cabría preguntarse si no sería conveniente que dicha «carga» que posee el inmueble se descontara del valor de tasación del mismo, ya que dicha circunstancia no va a resultar atractiva para los postores, sino todo lo contrario, por lo que va a disminuir el precio en la subasta. Bien es cierto que si como suele ser habitual el título que posee el ocupante es un contrato de arrendamiento, éste no puede considerarse *stricto sensu* como un gravamen —si se entiende gravamen como la situación pasiva de una relación jurídico real— aunque sí que se puede entender como un gravamen dentro de un concepto amplio del mismo (25) y la mejor prueba de que

(24) Cfr. NADAL GÓMEZ, I., «Comentario al artículo 704», en *Comentarios a la LEC*. Vol. II. Coordinadores: Cerdón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández. Aranzadi editorial, Navarra, 2001, pág. 596.

(25) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 248.

constituye una carga para la propiedad es que supone una disminución económica del precio de venta en la subasta; además, si el arrendamiento se encuentra sujeto a prórroga forzosa por estar sometido a la LAU de 24 de diciembre de 1964, no sólo se ha considerado por la doctrina (26) —con expresión más gráfica que exacta— como un derecho real sino como algo más, dado que es oponible a terceros aunque no conste inscrito en el Registro. De todos modos, aun en el caso de que el arrendamiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad resulta harto difícil su valoración a los efectos de tenerlo en cuenta en la liquidación de cargas. De hecho, la doctrina (27) ha criticado que el legislador no haya tenido en cuenta, en el artículo 666 de la LEC, que puede haber cargas preferentes cuyo valor no sea fácil de determinar por el Secretario Judicial, atendiendo a lo que consta en la certificación de cargas (v.gr., servidumbres y, en general, la mayor parte de los derechos inscritos que no sean una mera anotación de embargo o hipoteca).

5. INCIDENTE POSTERIOR A LA SUBASTA PARA CONSEGUIR EL DESALOJO DEL TERCER OCUPANTE

En el caso de que el ejecutante no haya solicitado el desalojo del tercero que ocupa el inmueble, el artículo 675 de la LEC contempla la posibilidad de promover un incidente con objeto de lograr el desalojo del tercer ocupante.

a) *Legitimación*

Ostentan *legitimación activa* para la promoción de este incidente el adjudicatario o rematante de la subasta, así como el adquirente del bien enajenado por otros medios de realización forzosa alternativos a la subasta. Asimismo, y a pesar de que el artículo 675 no lo contempla, se puede considerar legi-

(26) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M., «Arrendamientos de local de negocio posterior a la hipoteca (Comentario a la STS de 4 de mayo de 1961)», en *ADC*, T. XIV, 1961, pág. 1022.

ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*. T. I. Octava edición revisada y puesta al día. Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 293, 293, nota 68.

SABATER BAYLE, I., «Arrendamientos y finca hipotecada», en *RCDI*, marzo-abril, núm. 615, 1993, págs. 576-577.

POVEDA BERNAL, M. I., «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», en *RCDI*, mayo-junio, núm. 652, 1999, pág. 922.

(27) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 666», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III, Ed. Lex Nova, 2.^a ed., Valladolid, 2000, pág. 3335.

timado el cesionario de remate aunque en ningún caso tendrá legitimación un tercero que haya adquirido el bien con posterioridad (28).

La *legitimación pasiva* la ostenta el ocupante u ocupantes del inmueble siempre que éstos no sean el ejecutado ni las personas que compartan con él la utilización del mismo.

b) *Plazo*

La petición se deberá efectuar en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda (art. 675.2 *in fine*).

La introducción de este plazo fue producto de la enmienda número 1.337 al Proyecto de Ley, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (29), resultando acertada su incorporación al texto definitivo de la LEC, pues ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto se contemplaba plazo alguno, lo que ocasionaba inseguridad jurídica, ya que parecía dejar al arbitrio del adquirente la posibilidad de solicitar el lanzamiento aun varios años después de la adquisición del bien en la enajenación forzosa, por lo que dicha laguna legal había sido objeto de crítica por parte de la doctrina (30).

Afortunadamente, el legislador optó, finalmente, por establecer un plazo preclusivo de un año, sin duda influenciado por lo que dispone el apartado 4 del artículo 460 del Código Civil, que prevé la pérdida de la posesión de un bien por el hecho de poseerlo otra persona, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año. Por consiguiente, si el adquirente del bien en la enajenación forzosa no solicita el lanzamiento del tercer ocupante del inmueble dentro del plazo de un año desde su adquisición, aunque el ocupante carezca de título posesorio o éste sea manifiestamente insuficiente, la cuestión de su desalojo ya no podrá ser resuelta en el propio proceso de ejecución sino en un juicio declarativo.

Dadas las consecuencias negativas que el transcurso de este plazo puede ocasionar al adquirente del inmueble, procede preguntarse cuál es *el dies a quo* para el cómputo del mismo, lo que nos lleva a efectuar una cuidada exégesis del párrafo segundo *in fine* del artículo 675, que establece que la

(28) Cfr. UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 675», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II, *op. cit.*, pág. 3072.

(29) BOCG. VI Legislatura. Congreso. Serie A, núm. 147-9, págs. 360 y sigs.

En parecidos términos se presentó la enmienda núm. 578 por el Grupo Socialista, pero no se mantuvo para su debate en el pleno.

(30) Cfr. IGLESIAS MEJUTO, J., «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y anteproyecto de la LEC», en *Presente y futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV. Dirigido por Pico y Junoy, Barcelona, 1998, pág. 654.

petición de lanzamiento del tercer ocupante deberá efectuarse «*en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble*». Algún autor (31) entiende que ha de estarse a la fecha del auto de adjudicación, si bien a nuestro juicio, dado que cuando se dicta dicho auto todavía no se ha consignado por el rematante el resto del precio (art. 670.1) (32), no se puede considerar que en dicho momento se haya adquirido el inmueble, por lo que entendemos que el plazo de un año debe contarse desde la expedición por el Secretario Judicial del testimonio comprensivo del auto de aprobación del remate en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

c) *Tramitación*

Si el adquirente del inmueble solicita dentro del referido plazo el lanzamiento del ocupante, dicha petición se notificará al mismo con citación a una vista dentro del plazo de diez días. El artículo 675.3 de la LEC no hace referencia a la forma de practicar dicha citación, pero se puede entender que se llevará a cabo por correo o telégrafo con acuse de recibo o por otro medio fehaciente por analogía con lo dispuesto en el artículo 660, respecto a la forma de practicar las comunicaciones a los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta (33).

Si no comparece el ocupante sin justa causa, no sólo pierde toda posibilidad de defensa sino que además —y con independencia de lo que alegue y pruebe el que haya instado el incidente— el artículo 675 no deja ningún margen de discrecionalidad al Juez sino que le compele a dictar un auto decretando en todo caso el lanzamiento. De todos modos, dicha consecuencia legal tan sólo opera cuando la incomparecencia haya sido injustificada, ya que si no consta la oportuna recepción de la citación por correo certificado o telegrama con acuse de recibo, en tanto que la misma tiene por objeto su personación, se deberá intentar de nuevo por medio de entrega de copia de la resolución o cédula (arts. 155.4 y 158 de la LEC), sin que resulte aplicable

(31) Cfr. ARROYO GARCÍA, S., *Comentarios prácticos a la nueva LEC*. AA.VV. Ed. Trivium, S. A., Madrid, 2000, pág. 615.

(32) En el caso de que el adquirente del inmueble sea el propio ejecutante, tampoco adquirirá el bien en el propio auto de aprobación del remate, ya que, conforme a lo previsto en el artículo 670.2 de la LEC, aprobado el remate, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que deba por principal, intereses y costas y, realizada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere.

(33) Cfr. 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», *op. cit.*, págs. 5 y 7 en nota 50.

la práctica de la citación por medio de edictos, pues siempre será conocido su domicilio por tratarse del ocupante de un inmueble que ha sido objeto de enajenación forzosa, sin perjuicio de que si no es hallado en la franja horaria comprendida entre las ocho y las diez de la noche se puedan habilitar horas ex artículo 131 de la LEC.

En la vista el ocupante u ocupantes podrán alegar y probar lo que estimen oportuno y, a pesar de que la Ley olvida decirlo expresamente, es de suponer que la misma facultad tendrá aquél que haya instado el incidente, pudiendo proponer cualquiera de las pruebas previstas en la Ley que se admitirán si resultan pertinentes y no dilatorias (34).

d) *Intervención de abogado y procurador*

La LEC no establece si resulta preceptiva la intervención de abogado y de procurador en este incidente e incluso procede preguntarse si la comparecencia del tercer ocupante sin dichos profesionales puede ocasionar que el Juez lo tenga por no comparecido y deba dictar auto acordando el desalojo. La verdad es que *de lege ferenda* resultaría conveniente que el legislador colmara esta laguna normativa, pues *de lege data* caben dos interpretaciones posibles:

Por un lado, efectuar una interpretación *in extenso* del artículo 539 de la LEC (que establece la necesidad de que las partes comparezcan con dichos profesionales en el proceso de ejecución, salvo que el mismo dimanase de un juicio verbal cuya cuantía no exceda de 900 euros), aun siendo conscientes de que dicho precepto tan sólo establece normas de representación y defensa para el ejecutante y el ejecutado, pero no para los terceros que intervengan en el proceso de ejecución, siendo que en este caso el incidente se sustancia precisamente entre personas ajenas a la ejecución (el rematante y los terceros ocupantes), salvo que lo promueva el ejecutante ex artículo 661 o en virtud del artículo 675 por ser el adjudicatario.

Por otro lado, en tanto que el artículo 539 no se refiere expresamente a la representación y defensa de los terceros que intervengan en el proceso de ejecución, cabría acudir a las reglas generales sobre la necesidad de procurador y abogado, entendiendo preceptivos dichos profesionales al no ser subsumible este supuesto en ninguna de las excepciones contempladas en los artículos 23 y 31 de la LEC.

La verdad es que, a nuestro juicio, la primera interpretación resulta más oportuna, por lo que estimamos que serán preceptivos dichos profesionales,

(34) Cfr. IGLESIAS MEJUTO, J., «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y anteproyecto de LEC», *op. cit.*, pág. 657.

salvo que este incidente se promueva en un proceso de ejecución de sentencia dictada en un juicio verbal cuya cuantía no exceda de 900 euros. De todos modos, en procesos de esta cuantía raramente se embargará y enajenará forzosamente un inmueble, ya que ello podría contravenir el artículo 584 de la LEC que prohíbe el embargo de bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo exista dicho bien y su afección sea estrictamente necesaria.

Esta interpretación se encuentra avalada por el hecho de que si el incidente lo promueve el ejecutante, no resulta coherente que se le exima de valerse de dichos profesionales cuando los mismos resulten preceptivos en el proceso de ejecución del que dimana precisamente dicho incidente. Asimismo, si lo insta un tercero que ha adquirido el inmueble en la enajenación forzosa, también se deberá seguir el mismo criterio, pues la necesidad de abogado y de procurador no puede depender de que el incidente lo promueva el ejecutante o un rematante, por lo que estimamos que en todo caso la intervención de abogado y de procurador dependerá de que éstos sean resultado necesarios en el proceso de ejecución.

e) *Auto resolutorio del incidente*

Finalmente, el órgano judicial dictará auto, acordando que el ocupante continúe en la posesión del inmueble si cuenta con título suficiente o decretando su lanzamiento si es de mero hecho, carece de título posesorio o si no comparece sin justa causa a la vista, así como cuando, aun teniendo título suficiente, éste sea fraudulento o simulado.

Contra el auto que dicte el Juez no cabrá recurso alguno, lo que parece explicarse por el carácter sumario del incidente y por el hecho de que dicha resolución carece de efectos de cosa juzgada. Sin embargo la doctrina (35) ha entendido que no se ajusta al principio de economía procesal ni es lo más acorde con el derecho de defensa la inadmisión de recurso, pues ningún perjuicio produciría la interposición de un recurso de reposición o de uno de apelación sin efecto suspensivo, pues, lejos de producir dilaciones indebidas, evitaría en muchos casos la necesidad de acudir a un juicio declarativo posterior.

La verdad es que compartimos en parte estas opiniones doctrinales, pues aunque no consideramos muy oportuno que la ley estableciera la posibilidad de interponer en este caso un recurso de reposición, sí que resultaría deseable que la ley previera la interposición de un recurso de apelación contra el auto

(35) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario a los artículos 661 y 675», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., págs. 3324 y 3360.

que pusiera fin a un incidente promovido *ex* artículo 661 ó 675, pues tampoco tienen efectos de cosa juzgada las sentencias dictadas en los juicios verbales que pretenden la tutela sumaria de la posesión y no por ello se les priva de la posibilidad de recurso.

No obstante, cualquiera que fuere el contenido del auto, siempre quedan a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda aunque no hay que olvidar que dicho proceso no conllevará la suspensión de la ejecución del auto.

IV. DESALOJO DE ARRENDATARIOS OCUPANTES DE INMUEBLES URBANOS ENAJENADOS FORZOSAMENTE

El órgano judicial debe resolver sobre el derecho del tercer ocupante a permanecer en el inmueble que haya sido enajenado en la ejecución forzosa teniendo en cuenta el derecho sustantivo.

En este apartado nos vamos a centrar en la normativa aplicable cuando el tercer ocupante es un arrendatario de una finca urbana cuyo contrato de arrendamiento se encuentra regulado por la vigente *Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos*, ya que éste es el supuesto que con más frecuencia se presenta en la práctica forense.

El artículo 13 (36) de dicha ley, bajo el epígrafe «Resolución del derecho del arrendador», prevé una respuesta específica para el problema que nos ocupa, siguiendo la tónica general de la LAU de proteger a ultranza los contratos de arrendamiento durante un plazo mínimo de cinco años.

En el apartado primero de este artículo se contemplan una serie de supuestos —entre los que se encuentra la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de una sentencia judicial— que producen la resolución del derecho del arrendador.

(36) Artículo 13.1 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994:

«Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.

En contratos de duración determinada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendador por la duración pactada».

Cuando dicha resolución tiene lugar *durante los cinco primeros años de duración del contrato de arrendamiento*, éste subsistirá hasta que se cumpla el plazo de cinco años. Sin embargo, si el derecho del arrendador quedare resuelto por estas mismas causas *una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato*, éste se extinguirá, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuará por la duración pactada.

Ab initio, procede reseñar que resulta loable que el referido artículo 13 haya puesto fin a la polémica existente respecto a la subsistencia o extinción de los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo a consecuencia de la realización forzosa del inmueble.

El propio Tribunal Supremo había mantenido a este respecto una postura vacilante. Así, dicho Tribunal se había pronunciado a favor de la extinción del arrendamiento en sus sentencias de 5 de febrero de 1945 (RAJ 502) (37), 22 de diciembre de 1945 (RAJ 1305), 22 de mayo de 1963 (RAJ 3587), 31 de octubre de 1986 (RAJ 6022), 23 de diciembre de 1988 (RAJ 9814) y 17 de noviembre de 1989 (RAJ 7890). Por el contrario, se decantó por declarar subsistente el arrendamiento posterior a la hipoteca en las sentencias de 19 de febrero de 1968 (RAJ 1153) (38), 9 de junio de 1990 (RAJ 4749), 23 de febrero de 1991 (RAJ 1591), 6 de mayo de 1991 (RAJ 3566), 23 de junio de 1992 (RAJ), 20 de abril de 1995 (RAJ 3485), 9 de mayo de 1996 (RAJ 3784) y 14 de junio de 1997 (RAJ 4658).

De todos modos, el artículo 13.1 de la LAU de 1994 tan sólo ha dado respuesta a esta cuestión en lo que respecta a los arrendamientos de vivienda sometidos a su ámbito de aplicación, sin que sus previsiones normativas puedan hacerse extensivas a los arrendamientos de locales de negocio ni a los que, de conformidad con las Disposiciones Transitorias 2.^a y 1.^a de la LAU de 1994, todavía se rigen por la LAU de 24 de diciembre de 1964 o por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica.

(37) Cfr. FLÓREZ DE QUIÑONES, V., «Comentario de la STS de 5 de febrero de 1945», en *RDP*, 1945, pág. 531 y sigs.

(38) En la STS de 6 de mayo de 1968 (RAJ 1153), se declara la subsistencia de un arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca, con el argumento de que tal decisión no se oponía a lo resuelto en las sentencias de 5 de febrero de 1945 (RAJ 502), 22 de diciembre de 1945 (RAJ 1305), 4 de mayo de 1961 (RAJ 2304) y 22 de mayo de 1963 (RAJ 3587), «porque la primera, pronunciada por la Sala de lo Social, se refiere a un arrendamiento de finca rústica regulado por la legislación especial sobre la materia; la segunda se dictó en el caso de un arrendamiento sometido a Derecho común, la tercera no resolvió el fondo de la cuestión planteada, pues se limitó a declarar la inadecuación del procedimiento, y, en cuanto a la cuarta y última, porque, en todo caso, una sola sentencia no constituye doctrina legal».

A este respecto, y en tanto que dichos textos normativos contienen una laguna legal en esta materia, quizá hubiera sido deseable que la actual LAU, en aras de unificar criterios, hubiese incorporado en sus Disposiciones Transitorias alguna cláusula haciendo extensiva la solución esgrimida en el artículo 13 a los arrendamientos urbanos sometidos a la anterior legislación arrendaticia (39) y ello no porque la solución que aporta dicho precepto sea idónea, pues la verdad es que resulta acreedora de numerosas críticas, sino porque la anterior regulación todavía resulta más caótica.

Así, la LAU de 24 de diciembre de 1964 silencia toda referencia sobre el particular, sin embargo con base en el artículo 57 (que establece la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones) y en el artículo 114 (que prevé unas causas limitadas de extinción del arrendamiento entre las que no se encuentra la enajenación forzosa del inmueble) se ha venido propugnando la subsistencia del arrendamiento tras la subasta del inmueble aun cuando dicho contrato hubiere sido estipulado con posterioridad a la hipoteca o al embargo.

De todos modos, esta tesis resulta más que discutible (40), ya que la *ratio legis* del artículo 57 es evitar que el derecho de prórroga forzosa pueda ser burlado por el arrendador mediante la transmisión de la finca a un tercero, por lo que a nuestro juicio difícilmente se puede dar esta conducta fraudulenta cuando el arrendamiento es posterior a la hipoteca o al embargo y, por tanto, su futura enajenación forzosa es un riesgo ya latente en el momento de concertarse el contrato.

Asimismo, también quiebra el argumento que se sustenta en que el artículo 114 enumera unos motivos tasados de resolución del contrato de arrendamiento, entre los que no se encuentra la enajenación forzosa del inmueble a consecuencia de un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador,

(39) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», *op. cit.*, pág. 112. Este autor considera que como la normativa de la anterior LAU era confusa, la solución más conveniente, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, hubiera sido la de considerar que en la anterior regulación existía una laguna legal en cuanto al régimen de los arrendamientos urbanos en caso de apremio y, por consiguiente, aplicar el artículo 13 de la LAU de 1994 a dichos casos por analogía.

(40) El artículo 57 de la LAU de 1964 establece el derecho de prórroga forzosa frente a todo tercero que suceda al arrendador, ahora bien, mientras que en la venta voluntaria el adquirente es un sucesor pleno del vendedor, en la venta forzosa el adjudicatario tan sólo sucede al ejecutado en cuanto a la situación jurídica que éste tuviera en la finca en el momento de constituirse la hipoteca (cfr. GINOT LLOBATERAS, F., «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, T. VIII, fasc. IV, 1955, pág. 1218. GIMENO-BAYÓN COBOS, R., «Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 637).

porque tampoco se enumeran en dicho precepto las causas generales de extinción de los contratos (nulidad, anulabilidad, rescisión) u otros motivos que han sido puestos de manifiesto en la doctrina (41), como son los casos de arrendamientos que fueron concertados por los padres de un menor sobre una finca propiedad de éste cuando llega a la mayoría de edad, o los supuestos de donación de finca urbana con prohibición de arrendar por tiempo determinado cuya infracción por parte del arrendador da lugar a la ineficacia del contrato. Asimismo, el artículo 7.2 de la LPH (art. 19.2 antes de la reforma acaecida por Ley 8/1999, de 6 de abril) también contempla la posibilidad de declarar la extinción de todos los derechos relativos a la vivienda que tenga el ocupante no propietario, así como su inmediato lanzamiento en el caso de que así se disponga por sentencia cuando éste desarrolle en el piso o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (42).

En cuanto a los arrendamientos que se rigen por el *Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica* (D.T. 1.^a de la LAU de 1994) aunque no les resulta aplicable el régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 de la LAU de 1964, tampoco contienen previsión alguna respecto a la posible extinción del arrendamiento a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble, por lo que se plantea el problema de si es posible que subsista dicho arrendamiento (43), pues aunque su extinción sería lo más oportuno (44), la cuestión no resulta pacífica. De todos modos, si el

(41) Cfr. 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 *RCDI*, núm. 607, pág. 2234.

SANZ HEREDERO, J. D., «Subsistencia o extinción del contrato de arrendamiento tras la ejecución hipotecaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 711.

(42) Cfr. LA MONEDA DÍAZ, F., «Una causa de resolución de los contratos de arrendamientos urbanos en la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, año LVI, núm. 666, marzo de 2000, págs. 1857 a 1886.

(43) Sobre el particular, cfr.: FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», *op. cit.*, pág. 955, nota 48, y en «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», en *Cuadernos de Derecho judicial. Ejecución de sentencias civiles II. La vía de apremio*, *op. cit.*, pág. 110, nota 23.

(44) Cfr. 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)», *op. cit.*, pág. 2255. POVEDA BERNAL, M. I., «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», *op. cit.*, pág. 917.

RDGRN de 19 de noviembre 1987 (RAJ 8737): «Parece hoy prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos —cfr. sentencia de 31 de octubre de 1986 (RAJ 6022)—. Ésta es, sin duda, la

contrato de arrendamiento se concierta por el ejecutado con carácter indefinido o por un plazo previsiblemente superior al que ha de permanecer el bien en su poder, se ha entendido por la doctrina que debería extinguirse por manifiesto abuso de derecho (45).

En esta tesitura, se entiende que la solución que dio el artículo 13 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994, resulte, en cierto modo, halagüeña, pues al menos contempla expresamente los efectos que la resolución del derecho del arrendador produce sobre el arrendamiento.

No obstante, la existencia de una solución legal no supone que la misma sea justa, pues dicho precepto contiene, a nuestro modo de ver, numerosas lagunas e imperfecciones que diez años después de la promulgación de dicha ley sería necesario subsanar, ya que de poco sirve que el legislador haya previsto en la LEC normas procesales para resolver el problema de los terceros ocupantes de inmuebles que son objeto de enajenación forzosa si la normativa sustantiva existente al respecto no contempla una solución adecuada.

1. INSUFICIENCIAS Y DEFECTOS DE LA SOLUCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 13 DE LA LAU

- a) *Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no traen causa de una hipoteca o de una sentencia de condena*

Estimamos criticable que el artículo 13 tan sólo establezca como un supuesto de resolución del derecho del arrendador «la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial», ya que olvida que un proceso de ejecución también puede tener su origen en otros títulos ejecutivos.

Además, el arrendador no sólo puede perder su propiedad sobre el bien por la venta forzosa del mismo en un proceso de ejecución, sino también a consecuencia de una sentencia que le condene a la entrega de la propiedad de un inmueble al demandante, pensemos, por ejemplo, en una acción reivindicatoria en la que se haya practicado la oportuna anotación preventiva de demanda. Bien es cierto que en estos casos se puede considerar injusto que subsistan, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años, los arrendamientos estipulados con posterioridad a la anotación preventiva de demanda,

solución más adecuada, al menos, para los arrendamientos que se concierten después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, puesto que ya no se impone a los contratantes que el arrendamiento haya de gozar de prórroga forzosa». En el mismo sentido la Resolución de 20 de noviembre de 1987 (RAJ 8738).

(45) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 248.

pero si esto se reputa injusto con el mismo calificativo debería tildarse el mantenimiento de un arrendamiento concertado con posterioridad a una hipoteca o a un embargo y en este caso la ley es de una claridad meridiana: «el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años».

A estos efectos, el artículo 704.2 de la LEC, en sede de ejecución de sentencias de entregar inmuebles, contempla la posibilidad de que el inmueble se encuentre ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan su utilización, estableciendo que se notificará a dichos ocupantes la ejecución o la pendencia de ésta para que en el plazo de diez días presenten los títulos que justifiquen su situación, pudiendo pedir el ejecutante el lanzamiento de los mismos, lo que se sustanciará conforme a lo que establecen los apartados 3 y 4 del artículo 675 para los casos en que el inmueble es vendido en pública subasta y el rematante interesa el desalojo de los ocupantes.

Huelga decir que entre estos supuestos y los contemplados en el artículo 13.1 de la LAU hay una evidente *eadem ratio* y donde existe la misma razón deben regir los mismos principios, sin que el silencio legal suponga que la *voluntas legislatoris* sea la de querer dar un tratamiento distinto a esta cuestión cuando el proceso de ejecución tenga su origen en otros títulos ejecutivos o cuando la resolución del derecho del arrendador se deba a una sentencia condenatoria de dar y no a la enajenación forzosa del bien. Por ello, compartimos las opiniones doctrinales (46) que, efectuando una interpretación extensiva del apartado primero del artículo 13, estiman que el evento determinante de la resolución del derecho del arrendador no sólo puede ser la enajenación forzosa de la finca, sino en general la privación del derecho de propiedad a consecuencia de un proceso judicial.

Esta opinión se encuentra avalada por el hecho de que la doctrina se cuestione el carácter de *numerus clausus* de los supuestos de resolución del derecho del arrendador contemplados en el artículo 13.1 de la LAU (47). A nuestro modo de ver, dichos supuestos constituyen un *numerus apertus*, es decir, una lista meramente ejemplificativa, ya que el legislador ha olvidado bastantes causas de resolución del derecho del arrendador (nulidad, anulación

(46) Cfr. LOZANO ROMERAL, D. y DE FUENTES BARDAJÍ, J., *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Praxis, S. A., Barcelona, 1994, pág. 169.

(47) Respecto a las distintas opiniones esgrimidas por la doctrina acerca de si el artículo 13.1 enumera un *numerus clausus* de supuestos de resolución del derecho del arrendador o tan sólo una lista ejemplificativa: cfr. GIRÁLDEZ BLANCO, J., «Oponibilidad del arrendamiento: los artículos 13, 14 y 29 de la LAU», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIH: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, págs. 224 y sigs.

o rescisión contractual, incumplimiento de una condición resolutoria, anulación o rescisión de una partición hereditaria, rescisión de la división de la sociedad de gananciales, revocación de una donación o reducción por inoficiosa, etc.) y lo cierto es que no existe ninguna razón para tratar estos casos de modo distinto a los que enumera el artículo 13.1 de la LAU (48).

A nuestro juicio, resultaría contrario al espíritu de la LAU que por el mero hecho de subastarse un inmueble arrendado en una ejecución que no tuviera su origen en una hipoteca ni en una sentencia judicial —como puede ser la de un título no judicial, un laudo arbitral, un auto de cuantía máxima, etc.— se haya de excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.1, pues ello supondría una grave vulneración del principio de igualdad, y lo mismo puede predicarse en el caso de que la pérdida del derecho del arrendador no sea consecuencia de una enajenación forzosa sino que se deba a una sentencia que le condene a entregar el inmueble a quien se lo haya reivindicado.

b) *Laguna legal: los arrendamientos para uso distinto a vivienda*

En segundo lugar, también resulta criticable que la LAU de 1994 haya obviado una solución específica para este problema en los casos de arrendamientos para usos distintos de vivienda, por lo que se plantea el problema de su subsistencia o extinción a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble en un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador.

Dicha laguna legal origina inseguridad jurídica, ya que, como ha puesto de manifiesto la doctrina (49), con la normativa actual existen varias interpretaciones posibles: una primera es considerar aplicable lo que se establece para las ventas no judiciales en el artículo 29 de la LAU («El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria»), lo que plantea el problema de que en algunos casos estarán mejor protegidos los arrendamientos para uso distinto de vivienda que los arrendamientos de vivienda, ya que en aquéllos el adquirente de la finca arrendada se subrogará en los derechos y obligaciones del arrendador por el plazo pactado, a menos que dicho adquirente sea de buena fe y haya adquirido a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades

(48) Cfr. MARTÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la LAU*. Coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Aranzadi editorial, Navarra, 1995, pág. 286.

(49) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», *op. cit.*, pág. 106 y sigs. «Problemática derivada de la posesión en la subasta judicial», en *Justicia*, núm. 1-2, 1998, pág. 27.

para transmitirlo, lo que en una enajenación forzosa no tendrá lugar cuando el rematante conozca por el anuncio de la subasta la situación posesoria del inmueble. Por consiguiente, siguiendo esta interpretación se puede dar la paradoja de que un contrato de arrendamiento de un local de negocio que date de fecha anterior a cinco años subsista tras la venta forzosa aunque no conste inscrito en el Registro, mientras que un arrendamiento de vivienda en estas mismas circunstancias se extinga.

Una segunda opción para cubrir esta laguna legal es considerar aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 13 de la LAU, con lo que se daría el mismo tratamiento a los arrendamientos de -vivienda que a los que tuvieran distinto uso (50).

Asimismo, también cabría aplicar analógicamente el artículo 1.571 del Código Civil (51), el cual establece como norma general la extinción del arrendamiento a consecuencia de la resolución del derecho del arrendador, salvo pacto en contrario o lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 1.571 del CC) (52). El pacto a que se refiere dicho precepto no es el que pudiese existir entre arrendador y arrendatario, sino el pactado entre vendedor y comprador, el cual podrá configurarse como una cesión de contrato o como una estipulación en favor de tercero, por lo que dicho pacto resulta impensable en la adjudicación hipotecaria (53); sin embargo, sí que afectan al rema-

(50) En contra: cfr. SERRA I CAMÚS, M., «Finalización del arrendamiento urbano al extinguirse el derecho del usufructuario arrendador», en *RJC*, T. III, 2003, pág. 801. Este autor considera que el artículo 13 de la LAU no es aplicable a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, porque al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.3 del mismo texto legal, tales arriendos se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

(51) De esta opinión se muestra partidario UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II, *op. cit.*, pág. 3047.

(52) El artículo 1571 del Código Civil sigue el criterio del Derecho romano clásico establecido en la *Ley Emptorem*, el cual subsistió en el Derecho intermedio común, plasmandose en el aforismo *emptio tollit locatum* (venta quita renta). En los países de tradición germana se seguía la postura contraria: *Kaufbricht nich miete* (la venta no quita la renta). En España, Las Partidas continuaron la tradición romana, sentando como principio general el de «venta quita renta», así en la Ley 19, Título VIII de la Partida V se establecía: «*Aviendo arrendado algún ome ó alogado á otro casa ó heredamiento á tiempo cierto, si el señor della la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprare bien puede echar della al que le fuera alogada; más el vendedor que gelo logo, tenuto es de tomarlo tanta parte del loguero, quanto tiempo fincaba que sedevia della aprovechar*» (cfr. ESTRADA ESTRADA, A., «Eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *RCDI*, T. 1, 1989, pág. 423. LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V., «Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre», en *RCDI*, núm. 656, enero-febrero de 2000, pág. 138).

(53) Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, R., «Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 623.

tante las limitaciones que surgen de la legislación hipotecaria y así procede la subsistencia del arrendamiento que conste inscrito con anterioridad en el Registro de la Propiedad.

Por consiguiente, y dado que la diversidad de interpretaciones puede atentar contra el principio de seguridad jurídica y el derecho de igualdad de los justiciables, que dependerán de la opinión del concreto órgano judicial que resuelva el conflicto, lo más oportuno sería que el legislador se pronunciara al respecto cubriendo esta importante laguna normativa.

c) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro*

En tercer lugar, no consideramos justo que la LAU otorgue el mismo tratamiento a los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo que a los estipulados con anterioridad que no consten inscritos en el Registro de la Propiedad, pues en ambos casos si el inmueble es objeto de enajenación forzosa en un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador, el artículo 13 prevé su subsistencia por el tiempo que les falte para alcanzar el plazo de cinco años desde que se concertaron o desde que el inmueble se puso a disposición del arrendatario, sin perjuicio de la facultad de no renovación que, aunque la ley no lo especifica, tan sólo puede ejercitar el arrendatario.

A este respecto resulta paradójico que la Disposición Adicional 2.^a de la LAU modificara el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria en aras de fomentar el acceso de los arrendamientos al Registro, pues con independencia de que consten o no en el mismo, se les otorga la misma protección durante los cinco primeros años, ya que subsisten tras la enajenación forzosa (54).

Por lo demás, resulta obvio que el *bonus fumus* de un arrendamiento no puede ser el mismo cuando recae sobre una finca embargada o hipotecada que cuando ha sido concertado con anterioridad a dicha afección; no obstante, la LAU les otorga el mismo tratamiento e incluso resultan más beneficiados los arrendatarios cuyos contratos hayan sido estipulados con posterioridad al embargo o a la hipoteca, pues al ser de fecha más reciente, el rematante se verá obligado a soportarlos durante un plazo mayor de tiempo. A estos efectos, resulta criticable que, a tenor de lo previsto en el artículo 13.1 de la LAU, un contrato de arrendamiento concertado un mes antes de la subasta deba

(54) Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V., «Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre», *op. cit.*, págs. 135, 136 y 161.

respetarse durante cuatro años y once meses, teniendo incluso el arrendatario un derecho de retracto frente al adquirente (55); y que, por el contrario, un contrato estipulado seis años antes del embargo deba extinguirse si no consta inscrito en el Registro de la Propiedad.

La subsistencia de un arrendamiento concertado con posterioridad a un asiento registral que denuncia la inestabilidad del título —como puede ser una hipoteca o una anotación preventiva de embargo— implica, incluso, una alteración de los principios registrales de buena fe y de inoponibilidad de los derechos no inscritos que se justifica en la necesidad de proteger al arrendatario durante un plazo de cinco años aunque sea a costa de sacrificar los principios registrales (56), resultando paradójico que la realización forzosa comporte la extinción de verdaderos derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y que, por el contrario, subsistan los contratos de arrendamiento posteriores por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años (57). Por consiguiente, no resulta ocioso preguntarse acerca de la justicia y la seguridad que puede haber en un ordenamiento en el que un derecho cede ante otro nacido con posterioridad cuya existencia no podía conocer el titular del primero en el momento de su constitución, ya que a pesar de que la subsistencia del arrendamiento tan sólo se predica en todo caso por cinco años, tal circunstancia, que convierte el problema real en un mal menor, no debe dejar de merecer un juicio negativo (58), pues aunque haya quien defienda que la solución esgrimida por el citado artículo 13 supone un retroceso en la protección conferida al arrendatario por la jurisprudencia (59), conceder una excesiva protección a éste puede

(55) STS de 6 de mayo de 1991 (RAJ 3566).

(56) Cfr. MARTÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la LAU, op. cit.*, pág. 286.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Ejecución de condenas de dar*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 257.

(57) A este respecto, la RDGRN de 24 de febrero de 2000 (BOE de 23 de marzo, RAJ 1048) establece: «No sería lógico que la ejecución hipotecaria comportara la extinción de verdaderos derechos reales de goce sobre la cosa, constituidos después de la hipoteca ejecutada, como el usufructo, la enfiteusis o la superficie (cfr. arts. 17 y 131.17 LH) y que, en cambio, debieran subsistir derechos a los que no corresponde tal carácter, y es que, en definitiva, aquel criterio de purga de las cargas posteriores no evidencia sino que el *ius distrahendi*, inherente a la hipoteca, determinará que la transmisión, en su caso, del bien o derecho gravado, se producirá con el alcance y contenido que este derecho tiene al tiempo de constitución de la hipoteca».

(58) POVEDA BERNAL, M. I., «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», *op. cit.*, págs. 940 y 948.

(59) Cfr. PRATS ALBENTOSA, L., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Coordinadores: Valpuesta Fernández, M. A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 125.

traer consigo que las subastas queden desiertas y que las entidades de crédito endurezcan las condiciones para otorgar un préstamo hipotecario (60).

En esta tesitura procede cuestionarse si no hubiera sido más adecuado dar a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo el mismo tratamiento que a los arrendamientos otorgados por un usufructuario o un superficiario, los cuales se extinguen al término del derecho del arrendador (art. 13.2 de la LAU). Esta solución —que hace casi cincuenta años se propuso por la doctrina (61)— fue objeto de una enmienda al Proyecto de 1992; sin embargo, nuestro legislador prefirió optar por proteger al arrendatario, siguiendo la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo en aquel momento, la cual propugnaba el mantenimiento de los arrendamientos posteriores a la hipoteca aunque los mismos estuvieran sometidos a prórroga forzosa.

Lo cierto es que la subsistencia tras la subasta de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo puede propiciar el fraude, proliferando arrendamientos de bajas rentas concertados por el ejecutado con familiares o amigos en aras de defraudar las justas expectativas del ejecutante o de simular una situación posesoria que le permita no perder la posesión sobre el inmueble, lo que con razón se ha considerado por la doctrina (62) incoherente con los criterios de modernidad, competitividad y transparencia que deben impulsar la economía y con la necesidad de interpretar las normas bajo el prisma de la equidad, evitando interpretaciones que potencien el surgimiento de actuaciones fraudulentas (arts. 3.2, 6.4, y 7.2 del CC y 11 LOPJ).

Las consecuencias no deseadas que puede propiciar una interpretación literal de la ley que injustamente concede el mismo tratamiento a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro, ha llevado a la doctrina a intentar forzar la exégesis del artículo 13 en aras de conseguir una solución más adecuada. Así, se ha esgrimido (63) que la expresión del artículo 13.1: «*Si durante los cinco primeros años el derecho del arrendador quedara resuelto por...*» podría impli-

(60) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Ed. Forum, Oviedo, 2000, pág. 761.

(61) Cfr. MORO LEDESMA, S., «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca», en *ADC*, T. IX, 1956, pág. 1346.

(62) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», *op. cit.*, págs. 963 y 964.

FERRER GUTIÉRREZ, A., «Procedimiento de apremio (arts. 634 a 698)», en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*. Vol. II. Coordinadores: Martínez-Pardo y Loscertales Fuertes, 2.^a ed. Ed. Sepín.

(63) Cfr. ROJO AJURIA, L., «Comentario del artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Dirigida por Pantaleón Prieto, F. Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1995, pág. 186.

car que han de estar presentes dichas causas en el momento de la celebración del contrato de arrendamiento, por lo que la norma no comprendería los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo.

No obstante, y sin negar la virtualidad de dichos estos esfuerzos hermenéuticos, que no pretenden sino llegar a una solución más adecuada y equitativa, estimamos que la *ratio legislatoris*, al incluir la citada expresión en el artículo 13, no fue la de excluir de dicho precepto los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo, pues si ésta hubiera sido la intención del legislador no hubiese cambiado la redacción del texto definitivo en relación a como aparecía en los proyectos en donde se hacía mención a *arrendamientos otorgados por propietarios de finca hipotecada o que hubiera sido objeto de anotación registral de demanda o embargo*, de lo que se deducía claramente que la norma no comprendía los contratos de arrendamiento estipulados con anterioridad a la hipoteca o al embargo.

De todos modos, el Juez no puede verse compelido por el artículo 13 de la LAU a declarar la subsistencia, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años, de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo, pues aunque bien es cierto que el artículo 13 de la LAU establece que «en todo caso» ha de continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, esta expresión no puede interpretarse como una patente de curso del arrendatario, ya que es lógico pensar que el citado precepto sólo protege al arrendatario de buena fe y contra las actuaciones de mala fe es posible reaccionar con los medios generales que proporciona nuestra legislación (64).

De hecho, el propio TS ha establecido que si el contrato de arrendamiento es simulado o se ha celebrado con dolo o fraude se extingue (65) y el TC también viene denegando el amparo a los arrendatarios cuando aprecia dichas circunstancias (66), puesto que en estos casos no se está cuestionando la prevalencia de la ejecución sobre el arrendamiento sino elevando la cuestión a la teoría general sobre la eficacia y validez de los contratos (67).

(64) Cfr. ROJO AJURIA, L., «Comentario del artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., págs. 190 y 191.

(65) En la STS de 9 de mayo de 1996 (RAJ 3784) se declara que la doctrina defendida por dicho Tribunal de la subsistencia del arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca quiebra: «a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia [sentencia de 17 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7890)]; b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando en el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario».

(66) ATC 309/1994, de 14 de noviembre.

(67) Cfr. AYALA RODRÍGUEZ, M., «La situación del tercero arrendatario ante la ejecución hipotecaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 733.

El inconveniente en estos casos es probar dichas conductas fraudulentas, por lo que a estos efectos sería interesante para distinguir la posible confabulación o fraude entre arrendador y arrendatario tener en cuenta ciertos factores como la cuantía o la propia existencia de una renta real así como la fecha del arrendamiento, pues, aun siendo posterior a la hipoteca o al embargo, no es lo mismo que se estipule antes de su ejecución que una vez iniciado el procedimiento sumario o incluso celebrada la subasta y pendiente todavía la posesión judicial (68).

d) *Desprotección de los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo no inscritos en el Registro de la Propiedad*

El artículo 13.1 *in fine* establece que cuando el contrato de arrendamiento se ha pactado por una duración superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros el derecho del arrendador quedare resuelto por las causas que prevé dicho precepto, el arrendamiento se extinguirá, salvo que haya accedido al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador.

Si comparamos el apartado primero y el segundo del artículo 13.1 no se alcanza a comprender que, por un lado, se proteja al arrendatario —excesivamente a nuestro modo de ver— cuando el contrato de arrendamiento no haya alcanzado los cinco años de duración, declarando en todo caso su subsistencia aunque se haya concertado con posterioridad al embargo o a la hipoteca del inmueble y que, por otro lado, una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato, se le prive de toda protección (69), declarándose la extinción del arrendamiento, a menos que conste inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo (70). Ante

(68) Cfr. VELA TORRES, P. J., «Subsistencia de los arrendamientos urbanos tras la ejecución hipotecaria de la finca arrendada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 721.

En parecidos términos: NUÑO DE LA ROSA AMORES, Á. P., «Incidencias en ejecución de arrendamientos urbanos y otros problemas procesales», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, pág. 264.

(69) Sobre el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 de la CE: Cfr. HERRANZ CASTILLO, R., «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución», en *Diario La Ley*, núm. 5823, 14 de julio de 2003, págs. 1 a 5.

(70) Si el arrendamiento consta inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca subsistirá por la duración pactada. No dice la ley si serán posibles las prórrogas, aunque en principio se pueden considerar excluidas [cfr. SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Dirigidos por O'Callaghan. EDESA, Madrid, 1995, pág. 143].

esta previsión legal procede preguntarse si en realidad es más digno de protección un arrendatario cuyo contrato se haya concertado pocos días antes de la subasta del bien o un inquilino que lleve en el inmueble más de cinco años y cuyo arrendamiento no conste inscrito en el Registro, ya que, de seguir estrictamente el tenor de la ley, el primero subsistirá *en todo caso* tras la venta forzosa y el segundo se extinguirá por el mero hecho de no tener constancia registral.

Lo cierto es que la *ratio legis* del artículo 13 de la LAU viene a coincidir con la del artículo 1.549 del Código Civil, estableciendo implícitamente la conveniencia de inscribir los arrendamientos para poder producir efectos respecto a terceros por aplicación de los principios hipotecarios de oponibilidad, publicidad y prioridad (71). No obstante, el artículo 13 establece algunas matizaciones, pues durante los cinco primeros años del contrato protege en todo caso el arrendamiento con independencia de su constancia en el Registro y de que haya sido concertado con posterioridad a la concurrencia de ciertas circunstancias determinantes de la resolución del derecho del arrendador como una hipoteca o un embargo.

Por lo demás, y sin perjuicio de dichas previsiones legales, la tónica general es que los arrendamientos carezcan de publicidad registral e incluso se ha llegado a decir (72) que los contratos que se inscriben hay que mirarlos con cierta reticencia, ya que tal inscripción —tanto *contra natura*—podría tener por norte una oponibilidad del arrendamiento en que el fraude estuviera presente.

Por lo tanto, cuando el contrato de arrendamiento haya superado el plazo de cinco años —bien por haberse estipulado un plazo mayor bien merced a las prórrogas— se extinguirá a consecuencia de la enajenación forzosa, sancionándose en exceso la falta de constancia registral.

La verdad es que procede preguntarse hasta qué punto resulta justo que se vea afectado un tercero —el arrendatario— a consecuencia de un proceso de ejecución dirigido contra otra persona —el arrendador— pues aunque la LEC le brinda la posibilidad de presentar el título en que fundamenta su posesión y defender sus pretensiones en el incidente previsto en los artículos 661 y 675, lo cierto es que sus alegaciones van a resultar vanas, ya que si del título posesorio que presenta resulta que su contrato de arrendamiento data de una fecha anterior a cinco años y que, además, no consta inscrito en el Registro, se extinguirá en todo caso a consecuencia de la enajenación forzosa aunque la duración pactada en el contrato sea muy superior.

(71) Cfr. VERGER GARAU, J., «Els arrendaments urbans en relació amb tercers. Els articles 13, 14 i 29 de la Llei 29/1994», en *RJC*, núm 3, 1997, pág. 735.

(72) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 168 y 169.

Por consiguiente, nos encontramos con que un tercero va a sufrir las consecuencias de un proceso en el que no ha sido demandado, siendo desalojado forzosamente del inmueble que posee igual que si hubiera recaído contra él una sentencia condenatoria de desahucio, pero con la diferencia de que en este caso el desalojo se habrá acordado en un simple auto dictado en un incidente sumario sustanciado en un proceso de ejecución ajeno. Bien es cierto que dicha Resolución no tiene efectos de cosa juzgada y que el arrendatario puede acudir a un juicio declarativo posterior para defender sus intereses (art. 675.4 de la LEC), pero también es verdad que de poco sirven dichas previsiones procesales, pues el derecho sustantivo es claro al respecto y si la duración del arrendamiento es superior a cinco años y no consta inscrito en el Registro se extingue en todo caso.

En esta tesitura no resulta extraño que en aras de proteger al arrendatario cuyo contrato de arrendamiento sea anterior al embargo pero no disponga de publicidad registral, la doctrina (73) haya procedido a efectuar una interpretación sistemática del artículo 13.1 *in fine* con el artículo 14.2 del mismo texto legal, el cual establece que si la duración del contrato de arrendamiento fuere superior a cinco años el adquirente de una finca arrendada se subrogará en la posición del arrendador por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la LH (74), estimándose que no hay razones para dar peor trato al arrendamiento no inscrito en el caso de que el inmueble se enajene en pública subasta que en el caso de compraventa ordinaria, por lo que se ha defendido que aunque el arrendamiento anterior al embargo no se hubiera inscrito, el adquirente de la vivien-

(73) Cfr. ROJO AJURIA, L., «Comentario del artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., pág. 187 y sigs.

En contra: FERNÁNDEZ MARTÍN, F., «Ejecución de sentencias y Registro de la Propiedad», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. VI. El Tribunal del Jurado: presente y futuro. Ejecución civil. Derecho de Circulación*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1997, pág. 484.

(74) Si el adquirente cumpliera los requisitos del artículo 34 de la LH, conforme a lo establecido en el artículo 14.2 *in fine*, sólo deberá soportar el arrendamiento durante el plazo que reste hasta cumplirse cinco años, teniendo el enajenante que indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo de cinco años, reste por cumplir.

Cfr. FUENTES LOJO, J. V., *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 (BOE del 25)*, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 86. Este autor considera que dicha indemnización no tendrá lugar si las partes, al constituirse el contrato, hubieran convenido expresamente que la enajenación de la vivienda produciría la extinción del arrendamiento, pues en tal caso aunque el adquirente de la vivienda vendría obligado a soportar el arrendamiento durante el tiempo que restara para el transcurso del plazo de cinco años, el primitivo arrendador no tendría que abonar cantidad alguna al arrendatario por la extinción del arrendamiento en cuanto al período de tiempo que excediera del plazo mínimo legal.

da arrendada debería subrogarse por la totalidad de la duración pactada, salvo que reuniera los requisitos del artículo 34 de la LH, los que resultan de difícil concurrencia porque el adquirente del artículo 34 es ante todo un adquirente de buena fe desconocedor de la propia existencia del arrendamiento y el rematante conocerá dicha circunstancia por el anuncio de la subasta, máxime teniendo en cuenta que el mismo data de una fecha anterior a cinco años.

A nuestro juicio, y sin perjuicio de negar la virtualidad de dichos esfuerzos hermenéuticos, estimamos que resultan demasiado forzados y que no se deducen de la *voluntas legislatoris*.

- e) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro que a los posteriores a la traba que constan inscritos antes de la anotación preventiva de embargo*

Finalmente, y sin ánimo de ensañarnos con el párrafo primero del artículo 13 de la LAU, aunque éste sea el quinto aspecto que estimamos criticable, consideramos injusto que se otorgue la misma protección a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro de la Propiedad que a los posteriores cuya constancia registral sea anterior a la anotación preventiva de embargo, ya que en ambos casos subsistirán por la duración pactada, pues el artículo 13.1 así lo establece cuando prevé que el arrendamiento continuará si ha accedido al Registro de la Propiedad *con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador*, por lo que la doctrina (75) entiende que en caso de divergencia entre la fecha del contrato y la de la inscripción registral hay que estar a esta última.

La anotación preventiva de embargo no tiene carácter constitutivo, existiendo la traba desde que se decreta por resolución judicial o se reseña la descripción del bien en el acta de la diligencia de embargo (art. 587 de la LEC). Por consiguiente, puede ocurrir que el arrendamiento sea posterior al embargo pero anterior a la anotación preventiva de embargo y en estos casos si el rematante o el ejecutante prueban en el incidente sumario previsto en la LEC que el tercero conocía la traba, estimamos que el arrendamiento deberá extinguirse transcurridos los cinco primeros años del mismo, siguiendo la norma general prevista para los arrendamientos posteriores al embargo; sin perjuicio de que dicho arrendamiento deba extinguirse tras la venta forzosa si se consigue probar que se concertó con fraude.

(75) Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *LAU. Comentario articulado*, 2.^a edición actualizada conforme a la nueva LEC. Comares editorial, Granada, 2001, pág. 101.

Procede reseñar que este problema difícilmente se planteará en los supuestos de fincas hipotecadas, pues la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo, ya que dicha carga tan sólo cobra existencia desde el momento en que consta registralmente. No obstante, puede ocurrir que el arrendatario conozca la escritura de la hipoteca antes de su inscripción registral y en estos casos, de evidente fraude de ley, en modo alguno puede declararse subsistente el arrendamiento por la duración pactada (76).

V. CONCLUSIONES

En suma, procede concluir que en principio resulta loable que los artículos 661 y 675 de la LEC prevean un incidente sumario para que el ejecutante o el rematante puedan instar en el propio proceso de ejecución el rápido desalojo de los terceros ocupantes del inmueble subastado, a los que se otorga la posibilidad de defender sus intereses presentando los títulos que justifiquen su derecho a continuar en la posesión, sin perjuicio de que dicha cuestión pueda ser objeto de un juicio plenario posterior.

No obstante, estimamos que por medio de estos cauces procesales no siempre se obtienen resultados justos, ya que el derecho sustantivo adolece de múltiples lagunas e imperfecciones en esta materia. Así, si el inmueble se encuentra ocupado por un arrendatario, de poco va a servir al rematante o adjudicatario que la LEC le permita instar en el propio proceso de ejecución el desalojo del tercero ocupante, siendo que, de conformidad con el artículo 13.1 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994, ha de soportar —por el tiempo que falte para alcanzar cinco años— el contrato de arrendamiento estipulado por el ejecutado, aun cuando éste se haya concertado con posterioridad a la hipoteca o el embargo y su existencia no figure tan siquiera en los edictos de la subasta, por no ser conocido en aquel momento (pues la LEC no contempla mecanismos eficaces para su averiguación) o por haberse concertado ulteriormente.

Además, aun resulta más alarmante que a tenor de lo previsto en el artículo 13.1 *in fine* de la LAU, deban subsistir por la duración pactada, los arrendamientos posteriores al embargo que hayan accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo, ya que

(76) A estos efectos, el Tribunal Supremo declaró en su sentencia de 3 de octubre de 1986 (RAJ 6022), que «es cierto que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo del derecho real, pero ello no autoriza para que los otorgantes y sus causahabientes (entre los que se halla el recurrente) desconozcan esa fecha de la escritura y se constituya un arrendamiento posterior que pretende dejar ineficaz el efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor».

dicha previsión legal parece abrir la puerta a conductas fraudulentas por parte del deudor, proliferando arrendamientos de baja renta concertados con familiares o amigos que incluso pueden tratar de simular una situación posesoria que permita al ejecutado no perder la posesión sobre el inmueble. En estos casos si el rematante o el adjudicatario pretende lograr el desalojo del arrendatario no le quedará más remedio que tratar de probar el carácter simulado o fraudulento del contrato de arrendamiento, lo cual puede resultar harto difícil.

Por el contrario, el artículo 13.1 de la LAU no ampara los intereses de los arrendatarios que habiendo concertado su contrato en fecha anterior al embargo, posean el inmueble desde hace más de cinco años. En estos supuestos poco importará a dichos ocupantes que la LEC les otorgue la posibilidad de defender sus pretensiones en el propio proceso de ejecución o en un juicio declarativo posterior, ya que legalmente se prevé la extinción del arrendamiento a consecuencia de la enajenación forzosa cuando el mismo no tenga constancia registral, resultando criticable que un tercero sufra las consecuencias de un proceso de ejecución ajeno, viéndose obligado a desalojar la vivienda que ocupa antes del plazo pactado.

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑEN
Doctora en Derecho Procesal