

Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA Y SU CONSTITUCIONALIDAD.—III. EL PROBLEMA DE LA SUBSISTENCIA O EXTINCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2. POSICIONES DOCTRINALES. 3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA SUBSISTENCIA O EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: a) *Los arrendamientos anteriores a la constitución de la hipoteca.* b) *Los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca:* a') Consideraciones generales. b') Argumentos a favor y en contra de la subsistencia del arrendamiento. c') La suerte de los arrendamientos posteriores a la hipoteca en la Ley de arrendamientos rústicos de 1980. d') La suerte de los arrendamientos posteriores a la hipoteca en la Ley de arrendamientos urbanos de 1994.

I. PLANTEAMIENTO

La cuestión de las relaciones entre el arrendamiento y la ejecución hipotecaria, consecuencia del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, no puede ser más compleja (1): es necesario diferenciar entre arrendamientos anteriores y posteriores a la constitución de la hipoteca, inscritos y no inscritos en el Registro de la Propiedad, sometidos al Código Civil o a las leyes especiales, y, dentro de estos últimos se ha dado un tratamiento diferente a los sometidos a la LAR, que a las leyes arrendaticias urbanas.

El TC ha venido a complicar aun más las cosas, en su desafortunada Sentencia de 16 de enero de 1992, donde, además de separarse injustificada-

(1) Problemática que ya abordábamos en nuestra obra: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997; y en la que ahora profundizamos tras la incidencia que ha tenido en la materia la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y los comentarios a que su artículo 13.1 ha dado lugar.

mente de su línea jurisprudencial anterior que mantenía la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario, invadiendo sus límites competenciales, emite un juicio de fondo sobre la subsistencia del arrendamiento, al que considera inmune a la ejecución hipotecaria y no afectado por el principio de purga; especialmente perturbadora en un momento en que el TS parecía haberse decantado, tras muchos vaivenes y pronunciamientos contradictorios, por la afirmación de que la ejecución hipotecaria extingue, en todo caso, los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca.

Los arrendamientos concertados con anterioridad a la constitución de la hipoteca no plantean grandes dificultades; en este caso el propietario hipotecante utiliza como garantía de la obligación de que se trate, el inmueble que previamente había arrendado. Tratándose de un arrendamiento sometido al Código Civil es básico que se halle o no inscrito en el Registro de la Propiedad: si no está inscrito el adjudicatario en virtud del procedimiento judicial sumario tiene derecho a que termine el arriendo vigente, por aplicación del principio contenido en el artículo 1.571 CC.

Si el arrendamiento se ha inscrito, es de aplicación la regla 8.^a del artículo 131 LH, conforme al cual las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor continuarán subsistiendo. Los arrendamientos sometidos a la LAU, subsistirán, sin necesidad de inscripción, durante los cinco primeros años, después necesitarán la inscripción; este mismo régimen —altamente criticable por cuanto superpone la protección legal a la registral— será de aplicación a los arrendamientos rústicos sometidos a la LAR, tras la LMEA.

Más problemática es la cuestión en el caso de los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca; en virtud del sistema de purgas, sólidamente establecido en nuestro ordenamiento, el procedimiento ejecutivo de la hipoteca, cuando llega a la ejecución, provoca la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores al gravamen que ha sido objeto de ejecución, según se establece claramente en la regla 17.^a del artículo 131 LH. Si el arrendamiento inscrito, que es el más tutelado, se cancela y extingue, en mayor medida deberá extinguirse el no inscrito. La solución no deja lugar a dudas, conforme a nuestro ordenamiento positivo; sin embargo y para tratar de justificar la solución contraria en los arrendamientos sujetos a las anteriores leyes arrendaticias se han esgrimido muchos argumentos.

Se ha dicho que: 1.º La regla 17.^a del artículo 13 LH es dudosamente aplicable al arrendamiento; pues habría de interpretarse en relación con la certificación del Registro a que se refiere la regla 4.^a del mismo precepto, la cual se refiere a todos los censos, hipotecas, gravámenes, y derechos reales a que estén afectos los bienes; lo que lleva a cuestionarse si el arrendamiento se encuentra incluido entre esos gravámenes, condición que puede predicarse de los arrendamientos de larga duración y los de renta notoriamente insuficiente; con todo, la única razón por la que la regla 4.^a del artículo 131 LH no

se refiere expresamente al arrendamiento es que la LH los considera incluidos en la alusión que hace a los derechos reales.

2.º Esa misma regla no es aplicable a arrendamientos no inscritos, pero éstos no se extinguen por aplicación de preceptos hipotecarios sino civiles, otra cosa nos llevaría al absurdo de que los derechos inscritos serían de peor consideración que los inscritos.

3.º La regla 17.^a del artículo 131 LH no es concluyente para defender la purga de los arrendamientos ya que se refiere a la cancelación de los asientos registrales, pero no atañe, por su carácter adjetivo, a la extinción de los derechos que el Registro publica; de manera que extrarregistralmente el contrato subsistirá y habrá que utilizar, en su caso, mecanismos exclusivamente contractuales: acción de revocación en el supuesto de arrendamiento concertado en fraude del acreedor hipotecario y del posible adjudicatario, acción de simulación, etc. Pero la acción de revocación por fraude es subsidiaria y será muy difícil probar la existencia del fraude en un contrato oneroso; la misma dificultad de prueba afectará al ejercicio de la acción de simulación. Además, es evidente que esta argumentación constituye una falacia: la regla 8.^a del artículo 131 establece que las cargas o gravámenes anteriores continuarán subsistiendo; siendo entonces evidente que cuando la regla 17.^a habla de cancelación de los posteriores, entiende que éstos «no continuarán subsistiendo», lo mismo puede extraerse del artículo 225 RH; se trata además de un argumento literal de escasa enjundia, con arreglo al artículo 97 LH cancelado un asiento se presume extinguido el derecho. Incluso autores que, como ROCA SASTRE, defienden la subsistencia de los arrendamientos posteriores entienden absurdo fundarla en este motivo. Lo esencial para defender la purga de los arrendamientos posteriores deriva del examen de la propia naturaleza y eficacia real de la hipoteca; el propietario de la finca hipotecada no queda privado de su facultad de disponer, pero, aunque el dueño disponga libremente, disponer de una finca «sujeta a hipoteca»; todos los actos realizados por el dueño quedan sujetos a los efectos de la hipoteca y nacen con la impronta o sello de la hipoteca, en una simple aplicación de los principios de prioridad y «*nemo plus iuris transferre potest quam ipse haber*».

4.º El mandato final de la regla 17.^a del artículo 131 LH referido a la puesta en posesión judicial de los bienes al adquirente debe interpretarse conciliando la posesión mediata del adjudicatario con la inmediata del arrendatario; pero tal construcción es irreal, es evidente que la posesión mediata es una posesión desvalorizada; la «puesta en posesión», no puede ser la posesión mediata, pues esta la tiene ya concedida el adjudicatario en virtud de la tradición instrumental del artículo 1.462.2.º CC, en base al testimonio del auto judicial de adjudicación; sólo puede ser la inmediata que ha de llevar consigo el lanzamiento de los poseedores que tengan un derecho de condición inferior a la hipoteca. Sin embargo la posibilidad de desalojar al arrendatario

por la vía del artículo 131 LH ha sido resuelta de una manera distinta por la jurisprudencia de las Audiencias, y la negó la STC de 16 de enero de 1992; en cualquier caso, el adjudicatario podrá utilizar, la acción derivada del artículo 41 LH, el juicio de desahucio, o los procesos especiales establecidos en las leyes arrendaticias, sin tener que acudir, en **ningún** caso, al juicio declarativo ordinario donde se vuelva a plantear la subsistencia del arrendamiento.

5.º La existencia de la acción de devastación que podrá utilizar el acreedor cuando la finca sea arrendada «en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar [...] disminución del valor», conforme al artículo 219 RH constituye un argumento en favor de la subsistencia del arrendamiento; pero la acción de devastación no puede utilizarse como argumento ni a favor ni en contra de la subsistencia del arrendamiento, porque no se refiere a la fase de ejecución, sino a la de seguridad de la hipoteca, y cabe que el acreedor hipotecario esté interesado en pedir la nulidad del arriendo aun a sabiendas de que en el momento de ejecutar la hipoteca éste se extinguirá.

Otra serie de argumentos, de menor entidad, se apoyaban en el carácter excepcional de la legislación arrendaticia y en algunos preceptos del TR 1964; como el artículo 57 o la posibilidad de aplicar analógicamente lo establecido en la causa 12ª del artículo 114, en relación con los arrendamientos concertados por los usufructuarios, los cuales subsistían, salvo que resultaren notoriamente gravosos para el dueño. Pero, a pesar de que tales argumentos sólo tendrían hoy sentido en los escasos contratos regulados por esa legislación, no puede dejar de observarse su nulo fundamento: el artículo 114.12ª TRR. 1964 no puede aplicarse analógicamente porque no hay identidad de razón entre ambos supuestos: la finalidad de la ejecución hipotecaria no es la adquisición de la propiedad —como en el caso del nudo propietario, cuyo interés sólo se pospondría con la subsistencia del arrendamiento—, sino la satisfacción del crédito del acreedor, mediante el valor en venta de la cosa gravada; interés que se destruiría con la subsistencia del arrendamiento y la subsiguiente minoración de este valor. El artículo 57 TR 1964 que imponía la prórroga forzosa del contrato «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones», no es aplicable a la ejecución hipotecaria porque no nos hallamos ante una sucesión: lo que el adjudicatario adquiere es el derecho en la situación que el ejecutante lo tenía en el momento de constituirse la hipoteca. El artículo 57 deja sin efecto los artículos 1.571 CC o 32 LH, pero no el principio de rango y prioridad. Tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico-positivo, como del de la justicia material y la seguridad jurídica no cabe, de ninguna manera, defender la subsistencia de los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca.

Por ello causa perplejidad, cuanto menos, una norma como el artículo 13.1. LAU conforme a la cual, el arrendamiento, concertado antes *o después*

de la constitución de la hipoteca, subsiste, en todo caso, durante los cinco años de duración legal del contrato.

II. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA Y SU CONSTITUCIONALIDAD.

Cuando el acreedor tiene garantizado su crédito con una hipoteca goza, en base a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, de diversos mecanismos procesales, si pretende exigir dicho crédito, que pueden ser clasificados de la siguiente forma (2):

1.º Juicio ejecutivo del artículo 1.429.1 LEC. En este supuesto, y teniendo como título a la escritura pública de hipoteca, la pretensión ejercitada no es hipotecaria sino personal.

Ello supone dos consecuencias: 1. Que se aplicarán íntegramente los preceptos de la LEC, y 2. Que la pretensión, al ser personal, se dirige contra el deudor, pudiéndose embargar sólo bienes de los que el deudor es propietario y atendiendo al orden de prelación establecido en el artículo 1.447 LEC.

2.º Juicio ejecutivo del artículo 1.429 LEC, pero interponiéndose una pretensión pura hipotecaria, es decir, aun considerando como título a la escritura pública de la hipoteca, la pretensión que se ejercita no es personal sino hipotecaria.

3.º Juicio ordinario que corresponda por razón de la cuantía. Aunque se trate de una vía menos apropiada al existir la posibilidad de acudir directamente a la ejecución de un título no judicial, cabe, sin embargo, la vía del proceso ordinario como otro mecanismo para hacer valer el crédito garantizado con hipoteca, por el acreedor.

4.º Procedimiento ejecutivo extrajudicial, siempre que se den determinados presupuestos. Se trata de un procedimiento privado que parte de un pacto expreso en la escritura de constitución de la hipoteca y de la sustanciación del mismo por un notario, que es el que va a requerir de pago al deudor y al tercero poseedor y el que procederá, en el supuesto de impago, a la subasta del bien hipotecado.

5.º Procedimiento judicial sumario (3) del artículo 131 L.H (4).

(2) *Vid.* S. BARONA VILAR, «El procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria» (Sobre las *SSTC 217/1993*, 30 de junio y *296/1993*, 18 de octubre), *DPC*, núm. 3, 1994, págs. 325-326.

(3) Denominación criticada por J. GUASP, *Vid.* «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», *RCDI*, núm. 161, 1941, pág. 594. Considerando LA PLAZA que la vigente Ley Hipotecaria hubiera debido efectuar un cambio de calificación. (*Vid.* «Los principios fundamentales del proceso de ejecución», *RDP* 1945 pág. 83).

(4) Si bien sólo se alude a este precepto en realidad se halla regulado en los arts. 129 a 135 LH, y 225 a 233 RH.

Este procedimiento especial de ejecución fue introducido por la Ley hipotecaria de 1909 (5), subsistiendo en la Ley hipotecaria vigente, con algunos retoques (6).

La finalidad de su implantación en nuestro sistema hipotecario fue favorecer la realización del crédito real inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios (7).

Con anterioridad a la LH 1909, los acreedores hipotecarios sólo disponían del juicio ejecutivo de la ley procesal civil, aparte del declarativo ordinario. Pero este juicio ejecutivo, a pesar de su tramitación abreviada, era demasiado largo, antieconómico y complicado, sobre todo tratándose de hacer efectivo un derecho real de hipoteca, constatado en el Registro con todas las seguridades que la inscripción proporciona (8).

La finalidad de establecer un procedimiento breve, sencillo y económico de ejecución hipotecaria fue conseguida a base de simplificar fuertemente el procedimiento ejecutivo ordinario, lo que le imprimió su verdadera naturaleza jurídica. Esta simplificación se efectuó amputándole o prescindiendo de la

(5) Sobre la ejecución procesal en la LH 1861, Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 y Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar de 14 de julio de 1893 —que creó un procedimiento especial de ejecución hipotecaria para Puerto Rico, Cuba y Filipinas, que constituye el antecedente directo del procedimiento judicial sumario—, Vid J. M. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, 1994, págs. 19-20.

(6) La Ley de 27 de agosto de 1932 reformó la regla 5.^a del artículo 131; La reforma hipotecaria de 1944-1946 las reglas 2.^a, 3.^a, 4.^a, 6.^a, 7.^a, 10.^a, 11.^a y 12.^a; El texto refundido de la LH de 8 de febrero de 1946 recoge íntegramente el texto de reforma de la Ley de 1944, con sólo dos traslados meramente formales de párrafos que estaban en el artículo 131 y los lleva al actual artículo 133 LH, que se forma por el párrafo tercero que contenía la regla 6.^a del artículo 131 sobre duración de la administración y posesión interina, y por el párrafo último del artículo 131 que contenía la regla de que lo relativo a subsistencia de cargas anteriores se aplicaría a todos los procedimientos de ejecución y no sólo al judicial sumario. La Ley de 14 de mayo de 1986 modifica las reglas 3.^a, 7.^a, 8.^a, 12.^a, 14.^a, 15.^a y 17.^a. La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992, la regla 1.^a (Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 25-30).

(7) Vid. Exposición de motivos del proyecto de reforma de 1909. Cfr. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, t. II, vol. 1.^o

(8) Vid. R. M. ROCA SASTRE, quien señala que la mejor crítica de este procedimiento la hizo MAURA en la Exposición de motivos del proyecto presentado a las Cortes de 1893, estableciéndose para las provincias de Ultramar un procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Acusaba las dificultades que ofrecía el juicio ejecutivo para el cobro de los créditos hipotecarios diciendo que «su complicación abrumadora, la inseguridad de éxito y su coste incalculable, retraen el capital o sugieren condiciones usurarias; la venta a *retro* viene sustituyendo al préstamo, por suprimir todo procedimiento con daño del terrateniente; se estipulan intereses que triplican el capital prestado y, tal vez, empleando otras fórmulas, se sujeta con responsabilidades penales al deudor... Emplea estas artes la desconfianza, porque el procedimiento legal no satisface las exigencias razonables de la contratación». (*Derecho hipotecario*, t. IV, vol. 2.^o, 1968, pág. 1023).

fase de juicio ejecutivo propiamente dicho, o sea lo que es proceso de cognición, conservando sólo la fase de vía de apremio o de proceso de ejecución en estricto sentido, y, además, eliminando varios trámites en este último (9).

Una de las cuestiones más debatidas y puede ser la clave para solucionar los problemas de constitucionalidad que ha planteado el procedimiento es la de su naturaleza (10); siendo acertada la posición de ROCA SASTRE (11), que considera al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria como un procedimiento especial de apremio, en el que no hay una previa fase procesal de contención, oposición o controversia entre partes.

No existe un período de cognición que preceda al meramente ejecutivo. No es un juicio, sino un simple proceso de ejecución y, concretamente,

(9) Vid. R. M. ROCA SASTRE, R., *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1.024.

(10) GARCÍA FERNÁNDEZ incluyó a este procedimiento entre los actos de jurisdicción voluntaria, al no haber posibilidad de controversia entre acreedor y deudor dentro del procedimiento. (Vid. «Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario», *RGLJ*. 1912, pág. 289); Frente a esa opinión ha dicho J. GUASP que la oposición en la jurisdicción voluntaria no está prohibida, como en el artículo 131 LH De manera que mientras en la jurisdicción voluntaria la oposición hace contencioso el expediente en el artículo 131 LH no cabe oposición. (Vid. *La ejecución procesal...*, cit., págs. 49-50); En opinión de LÓPEZ DE HARO en dicho procedimiento no hay ejercicio de acción en juicio, sino simple efectuaración judicial de una relación jurídica. (Vid. «Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas», *RGLJ*. 1932, pág. 51); Pero J. GUASP, contestando a esta opinión señala que hay litis, pues hay un conflicto de intereses entre acreedor y deudor y una pretensión insatisfecha dada la falta de pago del deudor. (Vid. *La ejecución procesal...*, cit., pág. 51); Para J. GUASP, la naturaleza jurídica del procedimiento judicial sumario es el ser un proceso de ejecución, ya que su característica básica es la ausencia en la tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones. Su objetivo fundamental se halla en procurar al titular del derecho subjetivo, o del interés protegido, la satisfacción, sino contra la voluntad del obligado. Señala este autor que la calificación del procedimiento regulado en la legislación hipotecaria ha de obtenerse, no tanto por el especial objeto a que está destinado, como por la índole de los actos que lo componen. De ahí que se trate de un procedimiento especial que él denomina como procedimiento judicial sumario, manteniendo este autor que es un verdadero proceso de ejecución. (Vid. «La ejecución procesal...», *loc.cit.*, pág. 596). La teoría del proceso de ejecución es también mantenida por P. ARAGONESE Y CASI, *Compendio de Legislación hipotecaria*, t.I, 1909, págs. 92 ss.; LA PLAZA, mantiene también que nos hallamos ante un proceso de ejecución, pero no considera que estemos ante un proceso sumario. Lo sumario supone siempre abreviación de trámites de un procedimiento ordinario, no establecimiento de un procedimiento distinto. (Vid. *loc.cit.* págs. 83 ss.); Esta es también la tesis sostenida por S. BARONA VILAR, que considera que estamos ante un proceso de ejecución, pero en ningún caso es este sumario, dado que la sumariedad se predica respecto del incidente de oposición que se abre, al amparo de los motivos establecidos en el artículo 132 LH, más no respecto de la ejecución misma. (Vid. «El procedimiento ejecutivo...», *loc.cit.*, pág. 331); la tesis de que la sumariedad es predicable respecto de la declaración del derecho, pero nunca de la ejecución del mismo, es sostenida por MONTERO AROCA, Vid. «Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas». (Comentario a la *STC 110/1993, de 25 de marzo*), *DPC*, núm.2, 1994, págs. 283 ss.).

(11) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1024.

es un procedimiento de realización del valor en cambio de la finca hipotecada (12).

El procedimiento tiene una serie de características peculiares que lo separan de la normativa general del Derecho procesal (13). Pudiendo destacarse los siguientes (14):

- 1.º Es un procedimiento de base registral.
- 2.º La ausencia de fase de audiencia o de contradicción procesal.
- 3.º Criterio de rogación con exclusión del principio de oficialidad.
- 4.º Aplicación del principio de buena fe procesal.
- 5.º Inalteración de los trámites por convenio.
- 6.º No es acumulable a otros.
- 7.º Es es procedimiento de ejercicio de la acción real hipotecaria.
- 8.º Es un procedimiento sumario y económico.

(12) Tal es también, sustancialmente la tesis de J. M. GARCÍA GARCÍA, sobre la naturaleza del procedimiento, insistiendo en que se trata de un proceso de ejecución o vía de apremio muy especial que tiene una base estrictamente registral. (*Vid. El procedimiento judicial sumario...*, cit., pág. 44).

(13) Sobre el procedimiento y sus peculiaridades *Vid. J. GUASP*, «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», *RCDI*, núm. 168, págs. 297-314; 169, págs. 382-394; 170, págs. 455-463; 171, págs. 504-515; B. BLÁZQUEZ, «El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles.—Edictos.—Precio.—Liquidación de cargas.—Subrogación.—Principio de cobertura», *RCDI*, 1944, núms. 191 págs. 227-240; 192, págs. 289-302; 193, pp. 362-368; 194, págs. 450-458; 195, págs. 508-519; Criticando las tesis de J. GUASP en el núm. 196, págs. 553-567; contestando a tales críticas *Vid. J. GUASP*, «En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles», *RCDI*, 1945, núm. 202, págs. 153-167; J. RUIZ ARTACHO, «Cuestión resuelta por el Reglamento hipotecario vigente», *RCDI*, 1947, págs. 600-607; J. RUIZ ARTACHO, «Naturaleza y efectos de la nota marginal del procedimiento judicial sumario, y de sus similares de los artículos 235 y 143 del Reglamento Hipotecario. Su importancia en el aspecto procesal y en el hipotecario», *RCDI*, 1953, págs. 522 ss.; J. M. RODRÍGUEZ VILLAMIL, «El derecho del acreedor ejecutante después de celebrada la tercera subasta», *RCDI*, 1945, págs. 823-827; H. SUREDA, *Derecho procesal hipotecario. Prácticas de las acciones y de los procedimientos judiciales en la legislación hipotecaria*, 1947, págs. 149 ss.; F. BARRACHINA Y PASTOR, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, t. III, 1911, págs. 155 ss.; F. CAMPUZANO Y FORMA, *Legislación hipotecaria...*, cit., págs. 255 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1.037 ss.; L. M. SELVA SÁNCHEZ, «La posición del rematante en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1986, págs. 1.411-1.442; P. VIDAL FRANCÉS, «Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria», *Hipotecas y seguridad jurídica*, 1991, págs. 284 ss.; J. M. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 97 ss.; R. GIMENO-BAYÓN COBOS, «Notificaciones en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 13-30; F. RAMOS MÉNDEZ, «Reflexiones sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 121-130; F. J. GÓMEZ GALLIGO, «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 95-120.

(14) Señalados por J. M. GARCÍA GARCÍA, *Vid. El procedimiento judicial sumario...*, cit., págs. 45 ss.

La falta de trámite de audiencia al deudor y demás partes e interesados en el procedimiento judicial sumario ha llevado a plantear ante el Tribunal Constitucional el problema de la constitucionalidad o no del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, por la vía del recurso de amparo (15).

En no pocas ocasiones nuestro más alto tribunal se ha planteado si los arts. 131 y 132 LH, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la contradicción y producen indefensión —artículo 24 CE—.

El TC ha asentado su criterio mediante una sólida doctrina jurisprudencial que ha venido a sancionar la plena adecuación al texto constitucional de la regulación legal del procedimiento judicial sumario, teniendo en cuenta su origen, naturaleza y efectos (16): estamos ante un procedimiento hipotecario, que es ejecutivo, pero, cuya especialidad, frente al ejecutivo ordinario, radica en que va destinado a potenciar la efectividad de un crédito que se encuentra garantizado con una hipoteca.

Para ello se suprime la fase de cognición, salvo aquellas cuestiones que sí pueden suscitarse vía artículo 132 LH; si no se suscitan estas cuatro cuestiones que suspenden el procedimiento, se entra directamente en la vía de apremio (17).

Precisamente porque queda abierta la posibilidad de acudir al proceso declarativo posterior para la defensa de sus derechos, es por lo que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones afirmando que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulnera el artículo 24 CE (18) (19).

(15) Vid. J. M. DÍAZ FRAILE, «La constitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria (Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH)*, 1994, pág. 131.

(16) Resulta curioso constatar que las críticas de indefensión del deudor hipotecario, a que podía dar lugar el procedimiento dadas sus especiales características de este procedimiento, ya se pusieron de manifiesto en la discusión parlamentaria entre el senador BLANCO RAJOY, empeñado en implantar un trámite de audiencia al deudor, y los senadores LASTRES Y ALVAREZ GUIJARRO, señalando este último: «Este artículo [...] establece un sólo precepto, y es que tan pronto como la obligación está vencida y no satisfecha se celebre la subasta judicial, así es que cuando se nos viene diciendo si este procedimiento es bueno o malo, nosotros contestamos: ¡Si no es procedimiento! «Que este juicio es eficaz o ineficaz, deficiente o exagerado.» ¡Si no hay juicio! «Que quedarán desamparados derechos o intereses de algunos.» ¡Si no vamos a declarar nada contra nadie! «Que el deudor podrá tener mermada su defensa.» ¡Si no le vamos a atacar en nada, si no vamos a hacer más que cuando una hipoteca pese sobre una finca o sobre un derecho, siendo vencida la obligación y no pagada, obedeciendo a lo prescrito en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria, se subaste judicialmente con sus naturales consecuencias!». {Vid. *Leyes Hipotecarias...*, cit., t. II, vol. 1º, págs. 460-461).

(17) Vid. S. BARONA VILAR, «El procedimiento del artículo 131...», *loc.cit.*, pág. 339.

(18) Vid. SS.TC de 18 de diciembre de 1981, 17 de mayo de 1985, 17 de enero de 1991, que señala como «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria

Un segundo argumento para defender la constitucionalidad del artículo 131 LH es el de que este procedimiento trae causa de la propia sumisión negocial del interesado, por lo que la impugnación por inconstitucionalidad del citado procedimiento viene a constituir una actuación contraria a sus propios actos (20).

Un último argumento es el de que se ha declarado incluso la constitucionalidad de otros procedimientos más sumarios, como los de jura de cuentas de abogados y procuradores de los arts. 8 y 12 LEC (21) basándose en el mismo argumento de que no producen excepción de cosa juzgada (22).

El hecho de que el TC haya sancionado la constitucionalidad de la regulación legal contenida en la Ley Hipotecaria, en sus artículos 129 a 135 del procedimiento judicial sumario, no impide que algunas sentencias del Alto Tribunal hayan tachado de inconstitucionalidad algunas actuaciones judiciales de aplicación de esta regulación, por determinar una situación de indefensión (23).

fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, además tienen la posibilidad de contención».

(19) También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del procedimiento del artículo 131 LH en «Sentencia de 23 de octubre de 1992», *RJA*, 1992, núm. 8.403; la Sentencia declaró que no había lugar a la casación en base a la supuesta inconstitucionalidad por la indefensión en que se puede hacer incurrir a terceros poseedores acreedores y titulares de derechos posteriores a la hipoteca ejecutada por razón de la regulación contenido en las reglas 3.^a y 5.^a del artículo 131 LH, en las que se establece una primacía del domicilio que conste registralmente sobre el domicilio real de los citados afectados por la ejecución hipotecaria, a efectos de notificaciones.

Con menor claridad ya se había referido al tema anteriormente en «SSTS de 10 de diciembre de 1991», *RJA*, 1991, núm. 8.924, y 2 de abril de 1992, *RJA*, 1992, núm. 2.772.

(20) Argumento utilizado en la STC de 18 de diciembre de 1981.

(21) *Vid* STC de 25 de marzo de 1993.

(22) *Vid* J. M. DÍAZ FRAILE, «La constitucionalidad...», *loc. cit.*, pág. 135.

(23) En estos supuesto el TC ha aplicado su construcción del concepto de indefensión con trascendencia constitucional, alegando que éste es de carácter material y no exclusivamente formal, con fallos diversos atendiendo a las circunstancias del caso en SSTC de 2 de abril de 1986, 14 de julio de 1988, 30 de junio de 1993 y 18 de octubre de 1993. Señalando I. BARONA VILAR que la doctrina del constitucional viene a establecer que si se tiene conocimiento de la existencia del procedimiento ejecutivo con anterioridad a la primera subasta y, sin embargo, se deja que siga el curso el procedimiento sin actuación alguna hasta que se llega a dictar auto de remate, y luego comparece ante el órgano jurisdiccional denunciando dicha infracción procesal y solicitando la nulidad de actuaciones, es lógico que se entienda que no hubo indefensión alguna para la parte. Esa actitud procesal pasiva no puede luego ser utilizada para beneficiarse con la alegación de indefensión. (*Vid.* «El procedimiento ejecutivo...», *loc. cit.*, pág. 341).

Esta línea jurisprudencial consagrada por el Tribunal Constitucional se vio rota, inexplicablemente, en la *STC de 16 de enero de 1992* (24), de gran interés para nuestro estudio, porque, además de admitir el amparo en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, se pronuncia sobre la subsistencia del arrendamiento constituido con posterioridad a la hipoteca.

Los hechos de la Sentencia podrían resumirse de este modo (25):

El recurrente es un inquilino que habita con su familia en una vivienda arrendada después de que se inscribiera en el Registro de la Propiedad una hipoteca en favor de una entidad bancada. Como consecuencia de la ejecución de la hipoteca por los trámites del artículo 131 LH, la finca resulta subastada. Desierta la segunda subasta, el banco ejecutante se adjudica la finca. Previamente, el recurrente inquilino había comparecido, entre la primera y segunda subasta, alegando su condición, con objeto de que fuera conocida por los eventuales concurrentes a la segunda subasta.

Después de la adjudicación, se procede a dar posesión de la finca al acreedor ejecutante con requerimiento de desalojo a sus ocupantes. El recurrente en amparo solicitó nulidad de la diligencia de desalojo, que fue desestimada por el juez de instancia «por haber comparecido en autos, pero no ser tenido por parte».

El recurrente interesa del TC una sentencia estimatoria en que se declare que ha sido violado su derecho a la defensa y tutela jurídica, establecidos en el artículo 24 CE, en el procedimiento del artículo 131 LH solicita que se declare nulidad de las actuaciones de las providencias de desalojo y de las resoluciones que desestiman el recurso de nulidad de actuaciones, interesando del TC que se ordene al juzgador de instancia que se abstenga de lanzar al recurrente de la vivienda que ocupa, hasta tanto no se le tenga por parte y oída en el proceso correspondiente.

En sus alegaciones ante el TC el acreedor ejecutante sostiene que al recurrente le queda abierta la vía del procedimiento declarativo posterior, a que se refiere el artículo 132 LH, que, en ningún caso, como señala este precepto, puede tener eficacia suspensiva del proceso de ejecución.

El Ministerio Fiscal sostiene que la subsistencia o extinción del arrendamiento por la ejecución de una hipoteca previa es cuestión de legalidad ordinaria, que deberá ser resuelta en el declarativo correspondiente.

El TC estima el amparo, anulando las providencias de referencia y restablece al recurrente en su derecho «para lo cual el juez ejecutor se abstendrá

(24) *Vid.*, *JC*, núm. 61.

(25) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección». (A propósito de la *STC*, 6/1992, de 13 de enero), *DPC*, núm.1.º, 1994, pág. 228.

de ordenar en aquel procedimiento ejecutivo el lanzamiento de la arrendataria recurrente».

La sentencia resulta altamente criticable por muchos motivos:

1.º No delimita claramente el objeto de la controversia, no se sabe muy bien qué se discute en ella (26).

2.º Supone una ruptura injustificada de una línea jurisprudencial. El TC no explica suficientemente por qué ha roto, en este caso, su propia doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el artículo 131 LH no contiene causa de indefensión.

Si bien el núcleo de la argumentación parece hallarse en las confusas razones del Fundamento 3.º (27), lo cierto es que la razón diferencial de este supuesto, sólo se deriva de una peculiar concepción de la naturaleza del derecho del arrendatario, que le inmunizaría frente a las consecuencias naturales del carácter sumario de la ejecución. Lo cual presupone que el arrendamiento como institución es inmune a la ejecución hipotecaria y que no le afecta el principio de purga, que es precisamente el tema sobre el que el TC advierte expresamente que «no se está pronunciando» (28).

(26) Señala A. CARRASCO que no se sabe muy bien si se discute si el arrendamiento concertado posteriormente a la hipoteca se extingue o no con la ejecución, en general; si el arrendamiento concertado después de la hipoteca se extingue con la ejecución de éste, de manera que el juez pueda proceder a dar posesión de la finca, desalojando a los ocupantes, en el mismo procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH; si la extinción y lanzamiento pueden ser decididos en el procedimiento de ejecución sumaria del artículo 131 LH omitiendo un trámite de citación y audiencia al poseedor inmediato de la finca; si el recurrente ha sufrido una lesión de su derecho a una tutela efectiva de jueces y tribunales, con resultado de indefensión; o si, aunque se de por supuesta la extinción del arrendamiento, es viable «desposeer» materialmente a la arrendataria de la cosa, mediante desalojo o lanzamiento, sin haber sido oída. (*Vid.* «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 229-231).

(27) Conforme al cual: «No se trata de introducir aquí un nuevo interrogante sobre la constitucionalidad del proceso sumario. [...] Pero de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero, y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de «ejercer el juicio declarativo correspondiente» que le reconoce la Ley, ya que esta conclusión podría ser citada en determinados casos pero nunca en otros, dependiendo ello de las circunstancias, que no son naturalmente siempre las mismas, como puede comprobarse con la atenta lectura de las sentencias citadas, cuyos supuestos fácticos no estaban relacionados, como en el caso, *por terceros poseedores por título arrendaticio*».

(28) Preguntándose A. CARRASCO PERERA qué otras pueden ser las razones que deben inducir al legislador a «introducir una nueva previsión en el proceso del artículo 131 LH que permite la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada» (Fundamento 7.º); así como ¿qué existen en la institución arrendaticia que la legitima a ella sola para pretender que una ejecución hipotecaria *ex* artículo 131 LH lesiona los derechos de defensa?. (*Vid.* «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 233); Estima, por el contrario que debe modificarse urgentemente el artículo 131 LH,

3.º Resulta inconsecuente estimar el amparo y mantener la validez del precepto discutido; el TC hubiera debido, al menos para ser consecuente con su propio fallo, someter al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 131 LH, revisando de esta forma su doctrina constante que no encontraba tacha de inconstitucionalidad en este precepto.

Sin que pueda admitirse esta compatibilidad por vía interpretativa de las reglas 4.ª, 5.ª, 8.ª y 17.ª del artículo 131 LH «en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales», como pretende el TC, en su Fundamento 6.º, ya que la interpretación conforme a la Constitución es imposible cuando su resultado deja vacío de contenido el precepto y destruye su *ratio* (29).

4.º El TC, invadiendo sus límites competenciales, y pese a su advertencia de que no va a «terciar en la cuestión, que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria, de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca, o si, por el contrario la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca en razón de la protección que le otorga la legislación especial», se pronuncia, implícitamente, sobre la subsistencia del arrendamiento.

Ciertamente sólo así se justifica la razón de la singularidad del arrendamiento frente a otras posiciones legítimas, sacrificadas merced al rigor de la ejecución hipotecaria.

Ningún otro sentido pueden tener las referencias que hace la sentencia a los artículos 57 y 114.4 TR 1964, para justificar una interpretación del artículo 132 LH que tienda a eliminar sus efectos más chocantes con el derecho fundamental de defensa, y con normas de derecho necesario; así

aceptando esa «amenaza» del TC de conceder el amparo en todos los supuestos similares, C. LASARTE ALVAREZ, *Vid.*, «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendamiento» (Notas de urgencia a la *STC de 16 de enero de 1992*), *Tapia*, núm.62, 1992, pág. 8.

(29) En este sentido señala A. CARRASCO PERERA, que no es posible una interpretación de los arts. 131 y 132 LH que consigne el resultado de que «el desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa, requiere como exigencia constitucional que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes», siendo interpretación indiscutible de los preceptos que en el procedimiento en ellos regulado no hay trámite de oposición, en el que ni el deudor ni el tercer poseedor llegan a constituirse siquiera como partes procesales; no precisan ser emplazadas, ni es preciso darles copia de los escritos; a los poseedores y acreedores anteriores a la nota marginal a que se refiere la regla 4.ª del artículo 131 LH se les notifica para pago, no para discutir extremo alguno referente a su derecho. Añadiendo el autor, que los esfuerzos constructivos en que se empeña el TC exceden de lo que permite el sentido literal de estas normas, por muy generoso que se fuese en la delimitación de este sentido y cita textualmente a LARENZ (*Metodología*, 318): «Una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal ya no es interpretación, sino modificación del sentido». (*Vid.* «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 234-235).

como la advertencia de que «por cierto», la más reciente doctrina del TS se pronuncia en favor de la subsistencia del arrendamiento.

Que el arrendamiento subsiste, en el perjuicio del TC, se puede inferir, en definitiva, de las líneas finales del Fundamento 6.º Según el Tribunal, si el ejecutor se abstiene de lanzar a la familia ocupante «no se provoca en modo alguno una pérdida o disminución de su derecho de propiedad, que es lo adquirido, pues justamente se le da lo que el Ordenamiento jurídico, permite, es decir, el dominio de la finca».

Resulta evidente que en consideración del TC, tampoco se perjudicaría al adjudicatario, si se mantiene al arrendatario en el declarativo ulterior. Por otra parte, la expresión «no provocar una pérdida de su derecho» testimonia una inadecuada valoración del sentido del derecho de hipoteca, pues el acreedor no hipoteca para adquirir después el dominio de la cosa, sino para cobrar su crédito con la venta de la misma. Y no puede dudarse que la cosa vale menos si tiene inquilino dentro que si está libre de arrendatarios (30).

5.º Con esta sentencia el TC legitima, en el futuro, todo tipo de irracionalidad interpretativa de los jueces con ocasión de los preceptos discutidos.

Consecuencia especialmente perturbadora en un momento en que la jurisprudencia del TS parecía haberse decantado, tras muchos vaivenes y pronunciamientos contradictorios, por la afirmación —indiscutible a nuestro juicio y en base a los razonamientos que **expondremos**— de que la ejecución hipotecaria extingue, en todo caso, los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca (31).

Con posterioridad, la *STC 21/1995 de 24 de enero* ha reiterado esta doctrina: el fundamento jurídico 3.º, siguiendo la doctrina establecida en la *STC*

(30) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, que concluye preguntándose: ¿A quién puede vender la casa ahora el banco ejecutante, cobrándose con el precio, si al comprador le corresponde cargar con este arrendamiento, o, al menos, con los riesgos de litigar infortunadamente para extinguirlo?. («Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 236-238); En el mismo sentido señala J. M. GARCÍA GARCÍA que con una argumentación como la de esta sentencia, se podría venir abajo el procedimiento judicial sumario si se aplica a las demás partes e interesados, ya que si su título es un documento privado no serán notificados ni serán partes ni desde luego se les concede audiencia sobre el problema de fondo, preguntándose por qué ha de ser distinto el arrendatario y respondiendo que únicamente podría haber una diferencia si se parte del problema de legalidad ordinaria de que el derecho del arrendatario prevalece sobre la hipoteca. También considera criticable esta sentencia en cuanto señala que el legislador podría *de lege ferenda* arbitrar una modificación en el artículo 131 LH que permitiera dar entrada en el procedimiento al arrendatario, ya que el arrendatario puede ser notificado si se cumple lo dispuesto en el ley, es decir, la inscripción de su derecho en el Registro. *{Vid. El procedimiento judicial sumario...}*, cit., pág. 60).

(31) Y ello aunque, en este caso, y por haberse extralimitado el TC en sus competencias, desconociendo la reserva de competencia del artículo 117 CE, no debe aplicarse el principio de sumisión interpretativa a que se refiere el artículo 5.1. LOPJ y los tribunales ordinarios son libres para desconocer esta interpretación constitucional. *{Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», loc.cit., pág. 226}*.

6/1992, enjuicia contrarias al artículo 24 de la Constitución las resoluciones judiciales que imponen el lanzamiento del actor de su vivienda, que en consecuencia declara nulas.

Además cabe tachar de incongruente la jurisprudencia del TC en este punto, ya que, aun considerando desacertada la interpretación propugnada por el Tribunal Constitucional en relación con el arrendamiento posterior a la constitución de la hipoteca, parece que las reglas de la hermenéutica jurídica impondrían su generalización a supuestos en los que hubiera identidad de razón y existencia real de las bases procesales en que el Tribunal sienta la calificación de inconstitucionalidad de la indefensión producida (32). Sin embargo, semejante generalización no ha tenido lugar en diversos pronunciamientos del TC

El caso palmario y más reciente de divergencia de la doctrina constitucional previamente establecida viene representado por lo establecido en la *STC 69/1995 de 9 de mayo*, Sentencia que plantea el debate entre un hijo-propietario y su madre-usufructuaria; y más adelante, entre éste y las resoluciones judiciales que como culminación del consiguiente proceso del artículo 131 LH, aprueban el remate en favor del competente Banco y el desalojo de la usufructuaria, que recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional. El usufructo no se había inscrito cuando se constituye la hipoteca y el Alto Tribunal niega el amparo a la usufructuaria quien «tiene a su disposición el juicio declarativo que le brinda el artículo 132 LH para hacer valer sus derechos tanto frente al adjudicatario como frente al constituyente del derecho de hipoteca» (pár. 4.º final).

Resultando pues, según esta Sentencia, que el usufructo no inscrito es de peor condición que el arrendamiento que tampoco hubiera accedido al Registro de la Propiedad, frente al adjudicatario en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (33).

(32) Planteándose en este punto C. LASARTE ALVAREZ, si, a raíz de la *STC 6/1992*, debería considerarse protegido por el artículo 24 CE también el precarista o a quien por mera tolerancia del titular dominical goza de la posesión del inmueble; o al cónyuge, al que un resolución judicial o el convenio regulador atribuya el uso de la vivienda; o si deben atribuirse los mismos efectos, en este punto, a la posesión dimanante de los derechos reales de goce típicos, como por ejemplo un usufructo o un derecho de superficie. (*Vid.* «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Tapia*, núm. 83, 1995, pág. 24).

(33) *Vid.* C. LASARTE ALVAREZ, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131...», *loc.cit.*, pág. 25.

III. EL PROBLEMA DE LA SUBSISTENCIA O EXTINCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.

1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La cuestión de la purga de los arrendamientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria es actualmente un tema polémico. Ello es consecuencia de que en pocos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado de un modo contradictorio, resultando además muy difícil sacar conclusiones claras de un análisis jurisprudencial en esta materia, ya que el TS desconoce la coexistencia de doctrinas contrarias dentro de su propia jurisprudencia; las resoluciones que optan por la extinción se remiten a otras anteriores del mismo tenor, silenciando las contrarias. Las que estiman la subsistencia relativizan la jurisprudencia contraria restringiendo la validez de su doctrina en función de las circunstancias de hecho del caso concreto (34).

La aparición del problema en la jurisprudencia estuvo relacionado con la resolución del arrendamiento otorgado por el usufructuario cuando el derecho de éste finalizaba (*STS de 5 de diciembre de 1941, 14 de mayo de 1952, 23 de noviembre de 1954, 12 de enero y 9 de julio de 1955* (35)); la doctrina recogida en estas sirvió de base para argumentar los fallos relativos al arrendamiento posterior a la constitución de la hipoteca.

La *STS de 5 de febrero de 1945* defendió la extinción del arrendamiento. Pero se trataba de arrendamiento rústico y la solución se fundaba en el artículo 25 LAR vigente. También se menciona el carácter resoluble del derecho concedido por el arrendador gravado con la hipoteca (36).

(34) *Vid.* A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc. cit.*, pág. 245.

(35) Estas sentencias han sido analizadas por F. GINOT LLOVATERAS, que señala que la extinción de los derechos o relaciones otorgadas por el usufructuario a la extinción del usufructo se basa normalmente en la naturaleza temporal del derecho, es decir, en que el usufructuario sólo tiene sobre la cosa usufructuada un poder de disposición limitado al tiempo de duración de su derecho, de la misma manera que el fiduciario sometido a la condición resolutoria no tiene más poder que el de disponer de su derecho en la propia forma que a él le pertenece. Esta sería para el autor la razón fundamental de la extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario y la del otorgado por el fiduciario, y esta razón sería aplicable a todos los casos en que una persona que tenga un derecho atacado de un germen de ineficacia otorgue un contrato de arrendamiento. Si después de otorgado éste, y como consecuencia de tal germen de ineficacia el titular del derecho lo pierde, de manera que las facultades que constituían su contenido se consolidan o revierten a otra persona sin que entre ellos exista sucesión, se producirá la extinción del arrendamiento. (*Vid.* «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», *ADC*, núm. VIII.IV, 1955, pág. 1212).

(36) *Vid.* sobre esta sentencia que examinaremos al hablar de la Ley de Arrendamientos Rústicos, el comentario de FLÓREZ DE QUIÑONES, *RDP*, 1945, págs. 532 ss.; tam-

La *STS de 22 de diciembre de 1945*, sostuvo con argumentos de notable interés la extinción del arrendamiento; si bien se trataba de un arrendamiento de explotación industrial, sometido al CC, y que además se hallaba inscrito en el Registro.

La *STS de 4 de mayo de 1961*, en un supuesto de arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca, estimó inidóneo el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria dada la complejidad de las cuestiones debatidas — la petición de la posesión derivada de un contrato de arrendamiento, frente a la otorgada como consecuencia de una inscripción registral—, debiendo ventilarse en otro pleito más amplio apto para dilucidar los diversos temas planteados. Sin llegar a pronunciarse sobre la subsistencia de la relación arrendaticia (37).

La *STS de 22 de mayo de 1963*, *RJA*, 1963, núm. 3.587, se mostró favorable a la extinción del arrendamiento.

La *STS de 19 de diciembre de 1968*, (*RJA*, 1968, núm. 1.153), opta por la subsistencia del arrendamiento urbano. Se trata de una sentencia de gran interés ya que hace una apelación a los principios arrendaticios, especialmente al de la prórroga forzosa, como argumento de su fallo y, además, inaugura la práctica de «relativizar» la doctrina de la jurisprudencia anterior en contrario; diciendo que la primera Sentencia de 1945 se trataba de un supuesto de arrendamientos rústicos, la segunda afectaba a un arrendamiento del Código civil y la de 1963, por ser una sola sentencia no forma jurisprudencia (38).

Y esta es ya la tónica predominante en toda la jurisprudencia reciente: se han pronunciado por la extinción del arrendamiento las *SSTS de 31 de octubre de 1986* (*RJA*, 1986, núm. 6.022 (39)), *23 de diciembre de 1988*, (*RJA*, 1988, núm. 9.814), *17 de noviembre de 1989* (*RJA*, 1989, núm. 7.890), *6 de junio de 1992* (recurso 868/90); y a favor de su subsistencia las *SSTS de 23 de febrero de 1991* (*RJA*, 1991, núm. 1.591 (40)), *6 de mayo de 1991* (*RJA*,

bién, I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica hipotecada», *Riv. dir. agr.*, núm. LIV, 1975, págs. 1059 ss.

(37) *Vid.*, comentando esta sentencia, M. AMORÓS GUARDIOLA, «Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca» (Comentario a la *STS de 4 de mayo de 1961*), *ADC*, núm. XIV.IV, 1961, págs. 1012-1034.

(38) *Vid.* A. CARRASCO PÉREZ, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 243.

(39) *Vid.* el acertado comentario de J. ALVAREZ CAPEROCHIPI, que concluye afirmando que el arrendamiento protegido constituido con posterioridad a la hipoteca no puede oponerse a la ejecución hipotecaria. (*CCJC*, 1986, pág. 325).

(40) *Vid.*, criticando a esta sentencia, J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella» (crítica de la *STS de 23 de febrero de 1991*), *RCDI*, 1991, págs. 2225-2.259; también, H. DÍAZ GARCÍA, comentario a esta sentencia, *CCJC*, núm. 25, 1991, págs. 297 ss.; y MARÍN LÓPEZ, «El arrendamiento y la ejecución hipotecaria» (comentario a las *SSTS de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991*), *RJN*, núm. 1, 1992, págs. 177 ss.

1991, núm. 3.566, 23 de junio de 1992 (recurso 985/90), *RJA*, 1992, núm. 5.465 (41).

También se manifiesta a favor de la subsistencia la reciente *STS de 9 de mayo de 1996* (42), señalando en su Fundamento jurídico segundo que: «[...] partiendo de un arrendamiento validamente constituido, y de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: a) porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace el adjudicatario, mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso. b) Porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el artículo 114 LAU; y c) Porque tratándose de arrendamientos con derecho a la prórroga forzosa (anteriores al RD-L 30 de abril de 1985) se quebrantaría el contenido del artículo 57 de la misma Ley, que impone obligatoriamente dicha prórroga para el arrendador».

Las *RRDGRN de 10 y 20 de noviembre de 1987*(43) se ocupan de la problemática siquiera sus afirmaciones se hagan «*obiter dicta*», llegando a las siguientes conclusiones:

1.º Parece prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución hipotecaria comporta la purga de los arrendamientos posteriores; esta es la solución más adecuada, al menos para los arrendamientos que se concierten después de la entrada en vigor del RDL 2/85.

2.º La transmisión judicial forzosa producida en un procedimiento de ejecución hipotecaria está sujeta a retracto por tratarse de una venta pública o en subasta pública o judicial, estando previsto el retracto para el supuesto de ventas judiciales (arts. 1.639 y 1.640 CC) y en el propio TR de 1964.

3.º Pero cuando el arrendamiento es posterior a la hipoteca, la ejecución de ésta comporta la purga de los arrendamientos posteriores.

(41) *Vid.* el análisis de esta jurisprudencia hecho por C. LASARTE ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, 1992, págs. 19-29.

(42) *Cfr. AC*, núm. 32, semana 2 al 8 de septiembre de 1996, págs. 1580-1583.

(43) *Vid.*, sobre el comentario a estas resoluciones, J. BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca» (Comentario a las *RRDGRN de 12 y 20 de noviembre de 1987*), *RDP*, 1989, págs. 125-128.

4.º En relación al cumplimiento del artículo 55 TR 1964, bastaría, en los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca, hacer constar que la finca no estaba arrendada, al formalizar la escritura de constitución de hipoteca.

2. POSICIONES DOCTRINALES. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA SUBSISTENCIA O EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.

a) *Los arrendamientos anteriores a la constitución de la hipoteca.*

Los arrendamientos concertados con anterioridad a la constitución de la hipoteca no plantean problemas; es evidente que el propietario, aun habiendo arrendado, no pierde el poder de disposición y podrá hipotecar la finca arrendada —con mayor razón podrá el dueño hipotecante otorgar un arrendamiento que no es acto de disposición—, en este caso el propietario hipotecante utiliza como garantía de la obligación de que se trate, el inmueble que previamente había arrendado (44).

En este supuesto, tratándose de un arrendamiento sometido al Código Civil es básico que se halle o no inscrito en el Registro de la Propiedad, si el arrendamiento no estaba inscrito el adjudicatario en virtud del procedimiento judicial sumario tiene derecho a que termine el arriendo vigente.

La cuestión de si el adjudicatario en procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, de una finca sometida a un arrendamiento de los regulados por el Derecho común, está incluido o no en el concepto de comprador a que se refiere el artículo 1.571 CC, ha sido resuelta por la jurisprudencia, interpretando que tal adjudicatario o adquirente puede ejercitar la facultad reconocida en el; considerando también que el derecho que el artículo 1.571 confiere al comprador de la finca de dar por terminado el arriendo no puede explicarse como un caso de sucesión, ya que en virtud de la compraventa nace *ex novo* en el adquirente un derecho que el vendedor no tenía.

El artículo 1.571 CC otorga al adquirente un derecho que no tenía su transmitente, el de que termine el arriendo vigente al verificarse la venta. Como contrapartida a ello concede al arrendatario el derecho a exigir «que se

(44) En este supuesto señala C. LASARTE ALVAREZ que la publicidad posesoria de la situación arrendaticia (innegable en términos fácticas) y, en su caso, la declaración del propietario de encontrarse la finca arrendada llevan a concluir que la eventual ejecución de la hipoteca no puede afectar a la situación arrendaticia. [*Vid. Arrendamiento hipoteca...*, cit., pág. 11). Resultando altamente criticable que no diferencie, en el caso de los arrendamientos sometidos al Código Civil y en ciertos arrendamientos urbanos, entre arrendamientos inscritos y no inscritos en el Registro de la Propiedad, ya que si no están inscritos la ejecución hipotecaria si que puede afectar a la situación arrendaticia.

le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen».

De todo ello se desprende que puesto que el derecho del comprador a que termine el arriendo no constituye un fenómeno de sucesión de derechos, ya que no lo tiene el comprador porque lo tuviera el vendedor, no hay inconveniente en entender que también lo debe tener el adjudicatario en subasta en virtud del procedimiento del artículo 131 LH. De modo que cualquier transmisión, sea voluntaria o forzosa, produce el efecto del nacimiento a favor del adquirente del derecho a que termine el arriendo del artículo 1.571 CC (45).

La consideración de que en el artículo 1.571 no estamos ante un supuesto de sucesión va a tener gran importancia, en comparación con el supuesto contemplado en el artículo 57 TR 1964, donde si se habla de sucesión, ya que ha sido uno de los principales argumentos esgrimidos por quienes defienden la subsistencia del arrendamiento urbanos sometido a la legislación arrendaticia urbana, posterior a la hipoteca.

En este caso la ejecución hipotecaria no determina de por sí la extinción del arrendamiento, no hay purga propiamente dicha, lo que sucede es que el adjudicatario, al igual que el comprador, podrá instar la resolución del arriendo, ejercitando la acción de desahucio para hacer desaparecer la relación arrendaticia (46).

Nos hallaríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual por parte del arrendador —que al hipotecar la finca arrendada y sobreviniendo la ejecución hipotecaria y la adjudicación de la misma a un tercero, incumple el contrato y provoca la extinción del arriendo—, frente al cual el arrendatario podrá usar de los medios legales a su alcance, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 1.571 CC.

En el supuesto de que el arrendamiento haya sido inscrito en el registro de la propiedad, es de aplicación la regla 8.^a del artículo 131 LH que dispone que «en los anuncios se expresará [...]; y que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes —si los hubiere— al crédito del actor continuarán subsistiendo, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate». En las reglas 10 y 13 del propio artículo se confirma la necesidad de que todo rematante o adjudicatario, para ser tal, debe aceptar tal subsistencia y subrogación.

(45) Vid. E. ESTRADA ALONSO, «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», *RCDI*, 1989, pág. 425; V. TORRALBA SORIANO, «LOS arrendamientos urbanos posteriores a la constitución de hipoteca», *Ponencia en el V Congreso APDC*, 1994, págs. 20-21.

(46) Vid. E. ESTRADA ALONSO, «La eficacia de los contratos...», *loc.cit.*, pág. 425.

La Ley Hipotecaria de 1909 implantó el sistema de subsistencia de cargas anteriores, con abandono del sistema de purgas antes imperante (47).

A los arrendamientos sometidos a la LAR de 1980, durante el período de su duración legal o de las prórrogas forzosas —con anterioridad a la Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias—, o al TR de 1964 les era indiferente la inscripción: subsistían en todo caso —si el contrato es anterior a la constitución de la hipoteca— ya que gozaban de una protección legal superior a la del Registro de la Propiedad.

Esta solución sería respetuosa con el derecho del arrendatario y con las expectativas de realización de la garantía por parte del acreedor hipotecario que debió fijarlas teniendo en cuenta la situación de derechos preferentes recayentes sobre la finca hipotecada (48); teniendo en cuenta que, aunque el arrendamiento no conste inscrito en el Registro de la Propiedad, su publicidad posesoria hará que difícilmente pueda ser desconocido por el acreedor hipotecario.

Pese a todo no dejaba de ser criticable, desde el punto de vista hipotecario, esta situación de los arrendamientos protegidos que les convertía en verdaderos gravámenes ocultos (49).

A los arrendamientos celebrados durante la vigencia del RDL 30 abril de 1985, por carecer de plazo mínimo de protección legal, entendiéndose que el artículo 9.º de dicho RDL ha derogado el artículo 57 TR de 1964, como hemos tenido ocasión de examinar, les será aplicable lo dicho anteriormente para los arrendamientos sometidos al Código Civil, sólo subsistirán si están inscritos en el Registro de la Propiedad.

Los arrendamientos sometidos a la LAU 1994, celebrados con anterioridad a la constitución de la hipoteca, subsistirán, sin necesidad de inscripción, en caso de ejecución hipotecaria, si se encuentran dentro del período de los cinco años fijado por la ley como plazo mínimo de duración del arrendamiento y hasta que transcurra dicho plazo; en otro supuesto, o más allá de dicho plazo, les será aplicable el mismo tratamiento que a los arrendamientos sometidos al Código. Este mismo régimen será de aplicación a los arrendamientos rústicos sometidos a la LAR de 1980, tras la modificación operada en la misma por el artículo 28 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias.

(47) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1.073.

(48) Vid. J. BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano...», *loc.cit.*, pág. 126.

(49) Señalando A. Martino Vico que si hay un contrato de arrendamiento al tiempo de inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad, debería hacerse constar en la inscripción de la finca hipotecada. {Vid. «Los arrendamientos urbanos antiguos o la usurpación de la propiedad. Su relación con el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Urgente exigencia de una nueva ley», *Tapia*, 1992, pág. 14); En parecidos términos se manifiesta P. PUJOL CAPILLA, *Vid.*, «Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 615, 1993, págs. 399-400.

b) *Los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca*

a') Consideraciones generales

Cuando el propietario hipotecante arrienda con posterioridad a la constitución de la hipoteca, la solución al problema de si el arrendamiento subsiste o se extingue como consecuencia de la ejecución hipotecaria ha originado profundas discusiones y razonamientos defendiendo una y otra tesis.

Toda esta polémica ha estado fuertemente influenciada por la legislación especial de arrendamientos, especialmente por la excesiva protección que la Ley de Arrendamientos Urbanos otorgaba a la posición del arrendatario mediante la prórroga forzosa y la oponibilidad del contrato *ex* artículo 57 TR de 1964.

De modo que se ha querido ver en ella una especie de choque o enfrentamiento entre los principios hipotecarios y la legislación especial arrendaticia; debiendo prevalecer un ordenamiento u otro y atendiendo a razonamientos que, distando de lo jurídico —y desconociendo la verdadera naturaleza del derecho real de hipoteca y de la ejecución hipotecaria, y olvidando o ignorando principios tan esenciales para el Derecho hipotecario y para el civil en general como es el principio de **prioridad**—, han tenido en cuenta, principalmente, el carácter excepcional de la legislación especial y los intereses en juego y sus medios jurídicos de protección, originándose un conflicto entre ellos de difícil resolución. Siendo evidente que el problema debe resolverse atendiendo a razonamientos exclusivamente jurídicos (50).

Desde este punto de vista, es un principio sólidamente establecido en nuestro ordenamiento el de que el procedimiento ejecutivo de la hipoteca

(50) En este sentido no nos parece correcto el planteamiento de J. BOLAS ALFONSO que al tratar de la subsistencia del arrendamiento urbano considera que si la finca se hipoteca libre de arrendatarios, la existencia de un arrendamiento posterior plantea la difícil cuestión de armonizar los distintos intereses **en juego**: 1.º Los intereses del propietario hipotecante, que teniendo la finca hipotecada desea obtener en el **interín** un rendimiento de la finca mediante su arrendamiento; intereses que se protegen por el principio general de libre transmisión de bienes y derechos y por la inadmisión de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título onerosos a efectos registrales. 2.º Los intereses del arrendatario, que contrató sobre la base de que venta no quita renta y, por tanto, ante la enajenación derivada de la hipoteca, mantiene su derecho a agotar la duración del contrato arrendaticio en los términos originariamente pactados con el arrendador, con la prórroga legal obligatoria; los intereses del arrendatario quedan protegidos por la norma del artículo 57 TR de 1964. 3.º Los intereses del acreedor que en el supuesto de hipoteca libre de arrendamiento ha calibrado el alcance real de la cobertura de la garantía hipotecaria partiendo de una valoración de la finca objeto de la hipoteca que se verá notablemente rebajada en el mercado si la finca resulta estar arrendada en el momento de hacer valer la garantía; estos intereses «tratan» de protegerse a través de la llamada acción de devastación del artículo 219.2 RH, y 117 LH (*vid.* «A propósito del arrendamiento urbano...», *loc.cit.*, págs. 126-127).

cuando llega a la adjudicación al rematante, o al propio acreedor, provoca la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores al gravamen que ha sido objeto de ejecución. Esto está claramente establecido para el procedimiento judicial sumario, cuando en el artículo 131, regla 17.^a, se dice que (51):

«Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos y ordenándose la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta, despachándose al efecto el oportuno mandamiento, en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla quinta, que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor [...].

Todas estas circunstancias deberán expresarse en el asiento de cancelación. Será título bastante para la inscripción el testimonio expedido por el actuario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del referido auto y de las circunstancias necesarias para verificar aquélla. También se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase».

De manera que la ejecución provocada por una hipoteca preferente en rango actúa, respecto de todas las cargas y gravámenes posteriores a ella, en el sentido de producir la extinción de todas estas cargas y gravámenes posteriores, y, además, la de la propia hipoteca ejecutante. Tal hipoteca preferente opera aquí al modo de una condición resolutoria que, en méritos del proceso de ejecución, queda cumplida, ocasionando la liberación total de cualesquiera hipotecas de rango inferior o cargas o gravámenes inscritos con posterioridad.

El sistema de *purgas* se produce plenamente tratándose de hipotecas, cargas, gravámenes o anotaciones preventivas ulteriores y provoca la cancelación de las inscripciones de arrendamientos posteriores.

Adjudicada la finca al mejor postor o al acreedor hipotecario ejecutante, pasa la misma a éstos libre de toda carga o gravamen posterior, pues quedan extinguidos, procediéndose a su cancelación. Así, pues, del mismo modo que el tercer poseedor o dueño de la finca ejecutada se ve privado de la propiedad de la misma, los acreedores hipotecarios o titulares de derechos, cargas, gravámenes o anotaciones posteriores al crédito ejecutado, sufren la pérdida de su derecho o afección registrada, sin perjuicio de que puedan ejercitar las

(51) *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica...», *loc.cit.*, págs. 1.042-1.043.

acciones personales que les correspondan contra quienes deban responder de ello.

Este es el juego de la regla de prelación hipotecaria, la cual en su efectividad ejecutiva provoca la purga, eliminación, liberación o extinción de todos los derechos reales, gravámenes o anotaciones posteriores (52).

Si el arrendamiento inscrito se cancela y extingue, ¿qué suerte correrá el arrendamiento no inscrito?, la respuesta más razonable a esta pregunta es evidente: si el arrendamiento inscrito, que es el más tutelado, se extingue con la ejecución hipotecaria, mucho más deberá serlo el que no está inscrito (53).

Siendo incuestionable a la vista de las razones en que se apoya la purga, que se dan lo mismo si el derecho posteriormente constituido sobre la cosa es real, que si no; y de que recayendo directamente los derechos reales sobre la cosa —con sumisión inmediata de ésta al poder del titular de ellos— son más sólidos que cualesquiera otros, hay que llegar a la conclusión de que, si, aun siendo reales, son purgados por la ejecución de la hipoteca anterior a ellos, con mayor razón deben serlo los posteriores a ella que no son reales (54).

De modo que en la tensión entre arrendamientos urbanos y ejecución hipotecaria sólo deben prevalecer aquéllos cuando sean anteriores a la constitución de la hipoteca. Los posteriores deberían decaer, salvo que el acreedor hipotecario los haya consentido (55).

El problema hubiera quedado así solucionado de movernos sólo en el ámbito de los arrendamientos sometidos al Código Civil, pero cuando se plantea el interrogante de qué ocurre con los arrendamientos sometidos a las leyes especiales comienzan los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales tendentes a justificar la exclusión de estos arrendamientos protegidos del sistema de purga de las cargas y gravámenes posteriores a la constitución de la hipoteca.

En este sentido compartimos plenamente la opinión de CARRASCO PEREIRA (56) conforme a la cual: «Desde la consideración del Derecho positivo, a mí

(52) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1083-1084 y 1089; Sobre el nuestro sistema de purga y su función en la seguridad del tráfico inmobiliario, Vid. C. R. PARDO NÚÑEZ, «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», *RCDI*, núm.614, 1993, págs. 120 ss.

(53) Vid. I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica...», *loc.cit.*, pág. 1.046.

(54) Vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, que añade: «Por ejemplo, si después de hipotecada la finca se arrendó, cuando la hipoteca se ejecute, si es que el deudor no paga la obligación que garantiza, su ejecución debería purgar a la finca del arriendo. Esta afirmación consideramos que vale, por lo menos, como regla general». (*Derecho civil*, 8.ª ed. t. III, vol. 2.º, 1995, pág. 329).

(55) Vid. C. LASARTE ALVAREZ, «La ejecución hipotecaria y la tutela...», *loc.cit.*, pág. 9.

(56) Vid. «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, págs. 239-240.

no me cabe duda de que la solución correcta es la extinción del arrendamiento con la ejecución hipotecaria, perdiendo, además, el arrendatario el derecho de retracto. Más, aun, creo que en verdad nadie puede pensar seriamente que con los datos positivos en la mano la solución pudiera ser otra. Esta creencia es la que me empuja a considerar la diversidad de opiniones como una disputa en el terreno de los principios, pues no puede haber vacilación sobre cuál sería la respuesta si se disputara en el puro terreno de las leyes».

b') Argumentos a favor y en contra de la subsistencia del arrendamiento

Los principales argumentos utilizados para defender la subsistencia del arrendamiento son los siguientes:

1.º La regla 17.^a del artículo 131 LH es dudosamente aplicable al arrendamiento.

Se señala en este sentido que es dudoso que el arrendamiento se pueda incluir, a pesar de que esté inscrito, entre las inscripciones y anotaciones de las que el auto, a que se refiere la regla 17.^a del artículo 131, debe ordenar la cancelación. Dicha regla hay que interpretarla en relación con la certificación del Registro a que se refiere la regla 4.^a del mismo precepto, la cual incluirá: «relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes, debiéndose hacer constar expresamente que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor» (57).

La aplicabilidad de la regla 17.^a del artículo 131 al contrato de arrendamiento requiere averiguar previamente si constituye o no gravamen, cuestión que guarda relación con la controversia doctrinal en torno a la naturaleza del contrato, así como a la de los derechos que confiere al arrendatario (58).

Los primeros comentaristas del Código Civil ya advirtieron la necesidad de distinguir entre arrendamientos que constituyen gravamen y arrendamientos que tienen eficacia puramente personal (59).

(57) Para V. TORRALBA SORIANO es dudoso que el arrendamiento se pueda incluir entre las inscripciones y anotaciones a que se refiere la regla 17.^a del artículo 131. (*Vid.* «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, pág. 26); para I. NART la cancelación de cargas posteriores se refiere, tan sólo, a las que conspiren a una realización de valor, o sea inscripciones de hipotecas y anotaciones de embargos. (*Vid.* «Ex-arrendamientos», *ADC*, núm. IV-III, 1951, pág. 936).

(58) *Vid.* I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos y finca hipotecada», *RCDI*, núm. 615, 1993, pág. 569.

(59) *Vid.* J. M. MANRESA Y NAVARRO, con ocasión de examinar la procedencia de los contratos celebrados por el marido sobre inmuebles pertenecientes a la esposa, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, 1905, págs. 424 ss.

Los primeros brotes legislativos de protección social del arrendatario a partir de los años veinte aportarán un nuevo criterio de distinción al respecto: el de la duración del contrato, fuertemente potenciada a medida que se va introduciendo la institución de la prórroga forzosa.

Esta especialidad, unida a la política de congelación de las rentas, propia de las primeras leyes especiales arrendaticias, ha fortalecido, si cabe, la aplicación de la noción de gravamen a los arrendamientos protegidos (60).

Desde entonces se han hecho grandes esfuerzos para distinguir entre arrendamientos que constituyen o no un gravamen, cuestión que debe entenderse separadamente de la distinción entre derechos reales y personales, así como de la distinción entre derechos inscribibles y no inscribibles; siendo la sede adecuada para examinar el concepto de gravamen, la teoría de los actos o negocios dispositivos, entendidos como actos que provocan una disminución del valor económico de la cosa (61).

En este sentido podrían ser considerados como gravámenes:

1.º Todos los arrendamientos de larga duración, y dentro de este grupo quedan incluidos los sujetos a prórroga forzosa.

2.º Todos los arrendamientos cuya renta sea insuficiente. El criterio establecido en el artículo 1.520 CC al respecto es el de los usos locales: «la costumbre del lugar». Para los arrendamientos concertados sobre inmueble

(60) Diciendo en este punto M. AMORÓS GUARDIOLA que «El arrendamiento urbano, en su actual regulación de favor, entraña una carga para la titularidad del propietario arrendador, que puede traducirse en un gravamen o disminución económica del precio de venta del local». (*Vid.* «Arrendamiento de local...», *loc.cit.*, pág. 1.021).

(61) J. J. LÓPEZ JACOISTE, analizando el arrendamiento notoriamente gravoso otorgado por el usufructuario considera que ya en los preceptos del Código Civil aparece la exigencia de poder de disposición para otorgar arrendamiento cuyo término exceda de seis años, en el supuesto del artículo 1.548; el linde fronterizo que marca el Código entre los arrendamientos que constituyen actos de mera administración y los que integran la constitución de un gravamen es el mismo que emplea para declarar inscribible un arrendamiento. (*Vid.* «El arrendamiento notoriamente gravoso otorgado por el usufructuario», *ADC*, 1956, págs. 1.242-1.242); No faltan, en cambio, opiniones negativas, o al menos intermedias, en torno a la configuración del arrendamiento como gravamen, *Vid.* S.MORO LEDESMA, «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca», *ADC*, 1956, págs. 1329 ss.; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, 1989, págs. 116 ss.; V. TORRALBA SORIANO considera que, desde el momento que se paga una renta a la propiedad, no parece que se pueda utilizar el término gravamen en sentido técnico. Constituyen gravamen el usufructo y los derechos de uso y habitación, pero no el arrendamiento. Hay que distinguir entre el gravamen en sentido técnico que no es más que el derecho real visto desde la perspectiva del que lo sufre, así el propietario de finca gravada con hipoteca o usufructo, y las condiciones «notoriamente gravosas para la propiedad»; en este último supuesto nos encontramos ante un tratamiento puramente contractual del problema, sin que entren en juego las normas relativas a los derechos reales. (*Vid.* «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, págs. 27-28).

hipotecado, existe un precepto orientativo específico: el establecido en el artículo 219.2 RH (62).

Pero entendemos que, incluso los arrendamientos inscritos que no constituyan gravamen, según las consideraciones anteriores deben entenderse incluidos en la regla 17.^a del artículo 131, ya que, la única razón por la que no se hallan expresamente mencionado en la regla 4.^a del mismo artículo es porque la Ley hipotecaria los considera incluidos en la alusión que hace a los derechos reales.

Hemos tenido ocasión de defender la naturaleza personal del arrendamiento, incluso del inscrito, y la confusión que en un momento hubo entre derecho real y derecho oponible; pero lo cierto es que la Comisión dice en la Exposición de motivos haber establecido implícitamente un derecho real y en ese contexto resulta coherente entender incluido el arrendamiento entre los derechos reales que son objeto del principio de purga en la ejecución hipotecaria (63).

Se ha dicho también que la regla 17.^a del artículo 131 únicamente se refiere a las «inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado», y no a los derechos meramente personales como el arrendamiento, que no han tenido acceso al Registro (64); lo cual lleva a la absurda conclusión de que el derecho personal es de mejor condición que el derecho real, pues mientras la hipoteca que se ejecuta determinaría la extinción de un derecho real, no podría determinar la extinción de un derecho personal, a pesar de ser de condición inferior y más débil que el derecho real.

Pero esto, en definitiva, es desconocer la distinta naturaleza de los derechos reales y personales. El derecho real tiene mayor fuerza y eficacia que el

(62) Vid. I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos y finca hipotecada...», *loc.cit.*, pág. 577.

(63) Tal parece ser la opinión de S. MORO LEDESMA al señalar que, admitiendo que el arriendo ocupa un puesto intermedio entre los derechos reales y los personales, ya que en ningún caso cabe admitir sin reservas y escrúpulos la pretendida naturaleza real, siempre será absurdo reconocer la subsistencia de tal derecho, después de haber procedido a la ejecución de la hipoteca y aplicando las normas hipotecarias. Estas disposiciones, al regular el procedimiento sumario de ejecución del artículo 131 de la LH, establecen en la regla 17.^a, la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca. Es decir, cuando todos los derechos reales inscritos en el Registro desaparecen como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, exclusivamente perdurará como enquistado el derecho de arrendamiento, de dudosa naturaleza real. Ello implica, además, gravísimos perjuicios para el desarrollo del crédito territorial, que constituye la estrella polar que orienta la legislación hipotecaria; y concluye afirmando que los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca deben extinguirse como consecuencia de la ejecución hipotecaria. *[Vid. «La relación entre arrendamiento e hipoteca...», loc.cit., págs. 1.346-1.347].*

(64) Vid. en este sentido I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos...», *loc.cit.*, pág. 583; También es tesis sostenida en la *STS de 23 de febrero de 1991*.

derecho personal porque tiene absolutividad y eficacia *erga omnes*. En cambio, el derecho personal sólo tiene eficacia *inter partes*, por lo que no afecta a terceros.

Por tanto, si los derechos reales posteriores a la hipoteca se extinguen como consecuencia de la ejecución hipotecaria, los derechos personales se extinguen no ya sólo como consecuencia de la ejecución hipotecaria, sino porque por su propia esencia no pueden afectar a tercero.

Un segundo contrasentido de estas tesis sería que el derecho no inscrito es de mejor condición que el derecho inscrito, pues resultaría que la hipoteca extinguiría los derechos reales inscritos, pero no los derechos reales o personales que no se inscribieron.

Inútiles habrían resultado, pues, todos los esfuerzos del legislador en implantar y consolidar el Registro de la Propiedad; tal solución nos llevaría a la «Edad de Piedra del tráfico jurídico inmobiliario y a la más completa inseguridad jurídica y clandestinidad de los derechos, ya superada por las legislaciones modernas» (65).

2.º En cualquier caso, la regla 17.^a del artículo 131 LH no es concluyente para defender la purga de los arrendamientos ya que se refiere a la cancelación de los asientos registrales, pero no atañe, por su carácter adjetivo, a la extinción de los derechos que el Registro publica.

Así, una cuestión sería la cancelación registral del arrendamiento y otra distinta la relativa a la subsistencia extrarregistral. El artículo 131 LH tendría un carácter puramente procesal en este punto y el arrendamiento subsistirá **extrarregistralmente** cuando existan causas sustantivas para ello (66).

Se considera así, que tanto la regla 4.^a como la 17.^a del artículo 131 LH, son preceptos de marcado carácter procedimental, por lo que, en rigor, sólo indirectamente afectan a derechos sustantivos y su eficacia se proyecta pre-

(65) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, quien señala que a lo más que ha llegado el legislador en ciertos supuestos es a equiparar los efectos del derecho real inscrito con algunos derechos personales no inscritos atendiendo a su fecha. Pero nunca a hacer de mejor condición los derechos personales que los reales y hacer los derechos no inscritos de mejor condición en efectos que otros inscritos más allá de la fecha de su constitución. Cuando el legislador da efectos a derechos personales no inscritos, está haciendo una excepción de la regla de prioridad por la fecha registral, pero de ningún modo pretende hacer tabla rasa de la propia fecha de prioridad civil de nacimiento de esos derechos, pues antes de la fecha de nacimiento no son derechos porque no existen. «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2231-2132; Señalando J. M. DÉ LA CUESTA SÁENZ que sería muy anómalo que sea más firme el arrendamiento de finca hipotecada no inscrito, porque ello es tanto como decir que si se resuelve el arrendamiento al tiempo de ejecutarse será por consecuencia de su constancia registral. (Vid. Comentario a la STS de 9 de junio de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pág. 732).

(66) Tesis sostenida por V. TORRALBA SORIANO, Vid. «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, pág. 26.

ferentemente en el plano del Derecho registral adjetivo o formal, de funcionamiento del mecanismo de la publicidad registral, al margen de la realidad jurídica que puede desenvolverse fuera del Registro.

Una cosa sería cancelar la inscripción o anotación de un gravamen y otra muy diferente la extinción del gravamen como derecho. Ambos efectos del auto judicial —cancelación y extinción— sólo se producirán simultáneamente en el caso de tratarse de una hipoteca, porque la inscripción de este gravamen real es constitutiva y no existe hipoteca sin inscripción (salvo en las hipotecas legales), pero si el gravamen consiste en una servidumbre o un derecho de usufructo, por ejemplo, el precepto sólo dispone que se cancele la inscripción, más nada establece —como podría hacerlo— acerca de su posible subsistencia como realidad extrarregistral (67); lo que propiamente ordena esta norma —examinada en su correcto contexto— es que, en lo sucesivo, este gravamen no será oponible frente a terceros hipotecarios. En definitiva, la cancelación de una inscripción no constitutiva no prejuzga la subsistencia extrarregistral del gravamen (68).

De manera que, extrarregistralmente, el contrato subsistirá y habrá que utilizar para su extinción, en su caso, mecanismos exclusivamente contractuales: acción de revocación en el supuesto de que pueda utilizarse —en el supuesto de que el arrendamiento haya sido concertado en fraude del acreedor hipotecario y del posible adjudicatario—; acción de simulación, cuando se pruebe que el contrato de arrendamiento constituye un negocio simulado, por carecer de realidad económico-jurídica y pretender sólo la disminución de la garantía, y acción de devastación (69).

(67) Sin embargo, para F. GINOT LLOVATERAS la única razón por la que el precepto comentado habla de cancelación de inscripciones y anotaciones, en lugar de referirse a la extinción de derechos, es su inclusión en la Ley Hipotecaria, a diferencia de lo que ocurren en el Derecho italiano donde una norma semejante se establece en el artículo 2.919 del Código Civil, haciendo referencia a la extinción de derechos. (*Vid.* «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, pág. 1.216).

(68) *Vid.* I. SABATER BAYLE, «Arrendamientos...», *loc.cit.*, págs. 582-583.

(69) En este sentido se manifiesta V. TORRALBA SORIANO, quien, sin embargo, considera que la cancelación de las inscripciones de los derechos reales practicada en virtud del procedimiento de ejecución hipotecaria si lleva consigo la extinción de tales derechos, salvo el supuesto de las servidumbres legales o forzosas. (*Vid.* «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, pág. 52); *Vid.*, también, M. AMORÓS GUARDIOLA, quien además se plantea si cabe estimar abuso de derecho en la conducta del hipotecante que arrienda luego la finca, para que la calificación de tal conducta como abusiva pueda servir de cauce eficaz para impugnar el arrendamiento. Si bien concluye que admitida la posible concurrencia de abuso del derecho, esta valoración sólo podrá oponerse al hipotecante-arrendador, no al arrendatario, tercero contratante de buena fe que arrienda fiado en la aparente legitimación del arrendador y desconociendo el *animus fraudandi*. Esto restringirá mucho la eficacia del abuso de derecho como recurso defensivo del acreedor. («Arrendamiento de local de negocio...», *loc.cit.*, págs. 1.031-1.033). Totalmente desacertada es, en este punto la doctrina jurisprudencial y la de autores que, como I. SABATER BAYLE, la

Pero, sin perjuicio de lo que diremos después respecto a la acción de devestación, la acción de revocación por fraude es subsidiaria y será muy difícil probar la existencia del fraude en un contrato oneroso; la misma dificultad de prueba afecta al ejercicio de la acción de simulación (70).

Siendo, además, evidente que toda esa argumentación constituye una falacia: en primer lugar porque omite el artículo 131, regla 8.^a, donde queda clara que la cancelación de asientos es consecuencia de la extinción del derecho inscrito o anotado (71).

En efecto, si la regla 8.^a dispone que en los anuncios se expresará que «las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes [...], *continuarán subsistiendo*», es evidente que cuando la regla 17.^a habla de cancelación de los posteriores, entiende que éstos *no continuarán subsistiendo*.

Del mismo modo, el artículo 225 RH establece que «la notificación prevenida en la regla 5.^a deberá hacerse [...], sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto unas u otros a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales u otros que, por su rango, *deben declararse extinguidos* al realizarse el crédito y que *hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad*».

Se trata además, de un argumento literal, de escasa enjundia; de una disquisición de orden literal, privada de profundidad alguna. La cancelación (aspecto formal si se quiere) de cargas y derechos posteriores a la inscripción de hipo-

recogen sin criticarla. Señala la autora que el TS, realmente, distingue entre arrendamientos validamente celebrados, que declara en principio subsistentes, y arrendamientos fraudulentos, que no son eficaces frente al adjudicatario porque no existen en derecho. Arrendamientos ineficaces exclusivamente por su carácter fraudulento y no por estar o no contemplados en el artículo 131 LH; Así, en la *STS de 23 de febrero de 1991*, se declara que deben subsistir los arrendamientos concertados mediante buena fe entre arrendador y arrendatario, mientras no se acredite confabulación o fraude contra el acreedor hipotecario ni contra el adjudicatario. El momento de conclusión del contrato cuando es posterior al comienzo del procedimiento hipotecario, la renta insuficiente o el haber sido declarado el arrendador en concurso de acreedores serían circunstancias tenidas en cuenta por el TS para declarar el carácter fraudulento del contrato de arrendamiento, y por ello la ineficacia del contrato, también frente al adjudicatario. (*Vid. «Arrendamientos...», loc.cit., págs. 564-566*);

(70) Señalando A. MONSERRAT VALERO que en este caso, se impondría al acreedor la carga de un declarativo ordinario en el que se pudiera tener que probar extremos difíciles como la simulación de los contratos. Además puede ser que no haya simulación, que el arrendatario proceda de buena fe e ignore la existencia de la hipoteca, lo cual haría más difícil la declaración de nulidad del arrendamiento. (*Vid. «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», RJC, 1992.3, pág. 732*).

(71) *Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», loc.cit., pág. 240*; En el mismo sentido *Vid. F. GINOR LLOVATERAS, «Las hipotecas y los arrendamientos posteriores...», loc.cit., pág. 1.216*.

teca que haya sido objeto de ejecución, requiere sin duda la extinción o desaparición (desde el punto de vista material) de tales cargas y derechos (72).

Resulta en este punto, particularmente relevante la opinión de ROCA SASTRE (73), que, pese a defender la subsistencia de los arrendamientos urbanos sujetos de prórroga forzosa en base a las especiales características de derecho excepcional de la legislación especial de arrendamientos urbanos, señala que: «Los razonamientos de quienes sostienen la subsistencia del arrendamiento otorgado por el dueño de la finca hipotecada que después es objeto de la ejecución, como, por ejemplo, el que la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, no preceptúa la extinción de los derechos constituidos después de la hipoteca, sino tan sólo su cancelación, son absurdos, pues así como el propio artículo dispone la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores a la hipoteca, la dicha regla 17.^a emplea el concepto de cancelación en el senado de extinción de las cargas y gravámenes, conforme así lo entiende el artículo 225 del Reglamento Hipotecario. Los argumentos de este tipo ni valen, pues la verdadera razón de la subsistencia arrendaticia que examinamos no es otra que la indicada».

Por otra parte, y desde un punto de vista más general del Derecho hipotecario, fuera del ámbito de la ejecución hipotecaria, el artículo 97 LH dispone que: «Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera».

Y, si bien es cierto que se trata de una presunción *iuris tantum* (74), y que puede ser destruida por la prueba en contrario; es evidente, en el caso de la regla 17.^a del artículo 131 LH, que no hay prueba en contrario sino que, tanto la regla 8.^a del propio artículo 131 como el artículo 225 RH, y la propia naturaleza del derecho real de hipoteca, evidencian la extinción de tales derechos posteriores a la constitución de la hipoteca.

En definitiva, cabría decir, para concluir este razonamiento, que quienes así argumentan se olvidan de que el artículo 131 es un precepto procedimental que tiene su apoyo en el carácter, naturaleza y efectos de la hipoteca definidos por el legislador sustantivo (75).

(72) Vid. C. LASARTE ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento...*, cit., pág. 16.

(73) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1.088-1.089.

(74) Tal carácter de la presunción es resaltado por I. SABATER BAYLE, que, además de no argumentar cómo se demuestra en este caso que el asiento cancelado existen en la realidad, cita a R. M. ROCA SASTRE, que, efectivamente señala que esa presunción del artículo 97 es *iuris tantum*, pero no tiene en cuenta la opinión antes citada del ilustre hipotecarista sobre la cancelación prevista en la regla 17.^a del artículo 131 LH, ni la calificación de absurda de la argumentación de quienes pretenden fundar en ella la subsistencia del arrendamiento. (Vid. «Arrendamientos...», *loc.cit.*, pág. 583).

(75) Vid. la exposición de J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2232-2233.

Es decir, que no se trata sólo de analizar el texto literal del artículo 131 regla 17.^a LH, sino de comprender que el contenido de esa regla 17.^a, que es aplicable a todos los procedimientos de ejecución hipotecaria, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 133 LH, deriva de la propia naturaleza y eficacia real de la hipoteca (76).

La hipoteca es un derecho real que implica limitación del dominio, determinando además una sujeción de la cosa hipotecada ya antes de la ejecución, es decir, en la fase de seguridad o de garantía, sujeción que implica una fuerte limitación del dominio, y que deriva de las definiciones resultantes de los artículos 104 LH y 1.876 CC

El propietario de finca hipotecada no queda privado de su facultad de disponer. La finalidad esencial de la hipoteca es la de conseguir que el deudor pague y, sólo, cuando no lo hace, se puede poner en marcha la ejecución judicial de la finca.

Siendo eso así, no cabe duda que el propietario de finca hipotecada ha de tener total libertad para disponer y administrar sus bienes, incluidos los hipotecados, de la manera que crea más apropiada para obtener los máximos rendimientos a fin de pagar la deuda y evitar la ejecución de la hipoteca. Por tanto, a falta de una disposición específica que lo prohíba, el propietario de finca hipotecada la puede arrendar (77).

Pero aunque el dueño disponga libremente dispone de una finca «sujeta a hipoteca». No hay limitación de la facultad de disponer, pero hay limitación del dominio, pues todos los actos realizados por el dueño quedan sujetos a los efectos de la hipoteca y nacen con la impronta o sello de la hipoteca.

La situación, pues, del propietario hipotecante, una vez constituida la hipoteca y durante la fase de seguridad de ésta, es la de un titular que puede ser privado de su derecho en virtud de la transmisión forzosa a que puede conducir el ejercicio de la acción hipotecaria por parte del acreedor.

(76) *Vid.* F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «La purga o extinción de los arrendamientos concertados con posterioridad a la constitución de la hipoteca en caso de ejecución de esta», *BCRE*, 1989, 3, págs. 2429 ss.

(77) Cuestión distinta, señala V. TORRALBA SORIANO, es que con mucha frecuencia, los arrendamientos otorgados después de la constitución de la hipoteca sean fraudulentos. En efecto, a la vista de que no se va a cumplir y de que, inevitablemente, la ejecución judicial va a tener lugar, el dueño de la finca hipotecada realiza un arrendamiento de larga duración, cobrándose las rentas por anticipado, o estableciendo una renta muy baja con la pretensión de oponerlo, especialmente en el supuesto de arrendamientos protegidos, al tercero que adquiera mediante adjudicación en el procedimiento judicial sumario. Son estos supuestos muy frecuentes en la práctica, tal como resulta de la jurisprudencia, los que justifican que el arrendamiento posterior a la hipoteca se perciba como sospechoso. (*Vid.* «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 23).

El negocio jurídico por el que el propietario hipotecante realiza un acto de disposición de su derecho constituye el nexo que liga al propietario hipotecante y a su adquirente en el fenómeno sucesión, por virtud del cual el primero sale de su derecho y entra el segundo, pero la identidad del derecho sigue siendo la misma, de manera que, como el derecho del transferente estaba afectado por un «germen patológico» —en este caso la posibilidad de agresión jurídica por parte del acreedor hipotecario en caso de incumplimiento de la obligación asegurada— sigue estándolo, igualmente en el adquirente, sin alteración alguna. Es el principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (78).

Por ello, la regla 17.^a del artículo 131 LH no es más que una consecuencia lógica y necesaria de la naturaleza de la hipoteca, derivada de los artícu-

(78) Vid. F. GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, pág. 1.181; señalando R. M. ROCA SASTRE, que, en general, el propietario del bien hipotecado, puede enajenarlo y gravarlo, sin que ello pueda repercutir desfavorablemente, en general, respecto de la seguridad de la garantía hipotecaria, aunque sus actos dispositivos los realice por precio vil o los otorgue en favor de varios adquirentes. Pero todos estos actos de disposición o gravamen no podrán resultar nocivos para el acreedor hipotecario, porque al consumarse, por vía de ejecución, la enajenación dineraria de la finca hipotecada, la propiedad del bien hipotecado hará tránsito al rematante o adjudicatario, y las cargas, gravámenes y limitaciones impuestas en el interregno quedarán desvanecidas por su extinción a consecuencia de la propia ejecución hipotecaria, debiendo ser cancelados en consecuencia sus correspondientes asientos registrales. (*Vid. Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 953); J. A. DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, en cambio, se ha manifestado negativamente, o al menos con muchas reservas, sobre la capacidad dispositiva del hipotecante para arrendar la finca, al sostener que el dueño de la finca hipotecada no puede comportarse como un propietario normal y debe atemperar el alcance de sus facultades de disfrute y disposición —material o jurídica— conforme a su influencia en el mantenimiento del valor de la cosa. (*Vid. «La conservación de la cosa hipotecada», RDP, 1962, págs. 500 ss.*). Matizando el autor esas afirmaciones en una obra posterior, en la cual pone énfasis en la delimitación de la esfera de competencia del dueño sobre la finca hipotecada, que deriva del hecho de ser una competencia compartida con la que ostenta el acreedor hipotecario sobre la finca. Por ello, el propietario hipotecante no podrá establecer con eficacia permanente cargas o limitaciones que impliquen una disminución del valor de la finca, y, de establecerse, creará situaciones jurídicas carentes de firmeza. El arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca no se asienta en la relación jurídica de propiedad, sino en la relación de garantía; la propiedad sobre la finca, durante la fase de seguridad en la hipoteca, alberga un estado cuestionable del que, por tanto, participa el arrendamiento. Y concluye afirmando que, en definitiva, el propietario hipotecante puede vender, pero la venta no perjudica al acreedor; puede volver a hipotecar, pero la hipoteca no afecta al primer acreedor; establecer un derecho real limitado de disfrute, que no afecta al acreedor; puede dividir o segregar la finca, más no por ello afecta, sin su consentimiento, al acreedor... (*Vid., La fase de seguridad en la hipoteca, 1967, págs. 331-334 y 398*); Así puede interpretarse también la opinión de J. VALLET DE GOYTISOLO, al decir que la hipoteca sujeta la cosa de suerte que impide toda disposición en perjuicio del acreedor que pueda resultar tanto de acciones positivas, como de omisiones. (*Vid. Hipoteca del derecho arrendaticio, especialmente de empresas y locales de negocio, 1951, págs. 98 ss.*).

104 LH y 1.876 CC, por lo que su interpretación no puede hacerse en forma literal o aislada sino en consecuencia con los efectos que se pretenden de la hipoteca y que reconoce la legislación sustantiva (79).

3.º El mandato final de la regla 17.^a del artículo 131 LH, referido a la puesta en posesión judicial de los bienes al adquirente debe interpretarse conciliando la posesión mediata del adjudicatario con la inmediata del arrendatario; o, lo que es lo mismo, conciliando el dominio con el arrendamiento (80).

Tal argumento pretende fundarse en su corrección técnica, porque es técnicamente correcto, ya que existen numerosísimos supuestos en que la propiedad de una finca no conlleva la posesión inmediata de la misma; así en el caso de la finca dada en usufructo, arrendada o sobre la que se han constituido derechos de uso o habitación; son casos en que el propietario no puede reclamar la posesión inmediata.

Añadiéndose además que el arrendamiento puede resultar rentable, en términos puramente económicos, cuando la renta pactada sea conforme con las previsiones del artículo 219 RH (81).

Pero tal construcción no puede dejar de parecerse artificiosa e irreal; es evidente que la posesión mediata es una posesión desvalorizada para el dueño, pues no le permite ejercitar con libertad y plenitud la facultad de disfrute, con lo que, en lugar de adquirir una finca libre de cargas, habrá adquirido una finca gravada con el derecho resultante de la posesión inmediata, a pesar de que éste se constituyó con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

El adjudicatario deriva su derecho de la hipoteca, y adquiere por derivación de ese derecho de hipoteca que cuando se constituyó no existía ninguna posesión inmediata distinta de la del dueño hipotecante; acudir al recurso de diferenciación y compatibilidad de ambas posesiones no soluciona el problema real: una transgresión clarísima del principio de prioridad.

La «puesta en posesión» a que alude la regla 17.^a del artículo 131 LH, no puede ser la de la posesión mediata, pues ésta la tiene ya concedida el adjudicatario en virtud de la tradición instrumental del artículo 1.462.2.º CC en base al testimonio del auto judicial de adjudicación, que tiene los mismo efectos traditorios que la escritura pública de venta (82).

Por tanto, para que la regla 17.^a, del artículo 131 LH tenga algún sentido, la «puesta en posesión» ha de interpretarse que es la posesión inmediata, que

(79) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.233; también, A. MERINO GUTIÉRREZ, «Las repercusiones del arrendamiento del Hotel-Residencia "Los Astures"», Dictamen, *RCDI*, núm. 616, 1993, pág. 1.014.

(80) Tesis sostenida en la STS de 23 de febrero de 1991.

(81) Vid. ISABATER BAYLE, «Arrendamientos...», *loc.cit.*, pág. 562.

(82) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, que cita en este punto las SSTS de 27 de enero de 1927 y 30 de noviembre de 1939, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.242.

ha de llevar consigo el lanzamiento de los poseedores que tengan un derecho de condición inferior a la hipoteca.

Por eso, cuando el artículo 2.057 LEC se refiere a «dar la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho», no quiere decir que quede amparado el derecho de un arrendatario posterior, sino que se refiere a los terceros de «mejor derecho» (83) que la hipoteca, es decir, a los que son anteriores a la constitución de hipoteca y que subsisten conforme a lo dispuesto en la regla 8.^a del artículo 131 LH (84).

La diligencia de puesta en posesión judicial debe considerarse como integrante del procedimiento judicial sumario, a los efectos de ser de aplicación aquí lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, no pudiendo por tanto suspenderse la actuación judicial.

Esta diligencia se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los arts. 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y constituye el último trámite del procedimiento judicial sumario (85).

Sin embargo, la posibilidad de desalojar al arrendatario por la vía del artículo 131 LH, ha sido resuelta de manera distinta por la jurisprudencia de las Audiencias (86); así, con anterioridad a la *STC de 16 de enero de 1992*, se admitió el lanzamiento del arrendatario, tras haberse extinguido el derecho de arrendamiento, como consecuencia de la ejecución hipotecaria en el mismo procedimiento (87).

Pero la *STC de 16 de enero de 1992* estableció que «si no fue parte en el proceso —la arrendataria— y no mereció en él una respuesta fundada en Derecho, adoptada con contradicción y demás garantías legales, no puede ser lanzada de la vivienda que ocupa por infringirse abiertamente su derecho a la

(83) Entendiéndose siempre por «tercero de mejor derecho», aquel que tiene atribuido, como mínimo, el *ius possessionis*, circunstancia que no concurre en el arrendatario.

(84) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, que concluye diciendo: «En todo caso, decirle al adjudicatario de la subasta que no se discute su derecho de dominio y que ya tiene la posesión mediata de dueño, aparte de no ser convincente, no deja de ser una broma de mal gusto para los que derivan su derecho de una hipoteca constituida con anterioridad a los arrendatarios posteriores». («La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.242); También, P. PUJOL CAPILLA, «Arrendamiento, hipoteca...», *loc.cit.*, pág. 404.

(85) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1063; I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica hipotecada...», *loc.cit.*, págs. 1075-1076.

(86) Vid. V. TORRALBA SORIANO, «La prórroga forzosa del artículo 57 TR de 1964 y los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jornadas sobre ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 80-81.

(87) Vid. Auto de la AP de Barcelona de 27 de noviembre de 1990 y SAP de Oviedo de 12 de noviembre de 1990. Incluso, en la STS de 31 de octubre de 1986, se dijo que la ejecución hipotecaria del arrendamiento no es causa de suspensión del procedimiento (artículo 132 LH). Vid. J. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, comentario a esa sentencia, *loc.cit.*, pág. 326.

defensa que, como derecho fundamental, otorga en todo caso el artículo 24.1 de la Constitución». En consecuencia la cuestión del lanzamiento del arrendatario por el nuevo propietario deberá ser resuelta en un nuevo proceso ordinario en el que la recurrente de amparo sea parte y tanto ella como la entidad adjudicataria hagan valer sus derechos.

Criticable nos parece, también en este punto, la sentencia del Constitucional que, sin embargo, ha sido seguida por la jurisprudencia de las Audiencias (88). En cualquier caso, entendemos que el adjudicatario podrá utilizar, con base en la extinción del arrendamiento que se ha producido como consecuencia de la ejecución hipotecaria, la acción derivada del artículo 41 LH, el juicio de desahucio o los procesos especiales establecidos en las leyes arrendaticias, sin tener que acudir, en ningún caso, al juicio declarativo ordinario donde se vuelva a plantear la subsistencia del arrendamiento (89).

4.º El procedimiento analógico —previsto en el artículo 8 TR de 1964—, impondría recurrir, también para el arrendamiento, a la causa duodécima del artículo 114 TR 1964, a cuyo tenor subsistían, extinguido el usufructo, los arrendamientos concertados por el usufructuario, salvo que resultaran notoriamente gravosos para el dueño.

Por otra parte, el artículo 114 TR 1964, establecía unas causas tasadas de resolución del arrendamiento entre las cuales no se contemplaba la ejecución hipotecaria.

Mientras que en el ámbito del Derecho civil común hay que admitir la extinción de todo arrendamiento por resolución de la propiedad o titularidad del arrendador, conforme a la regla clásica del *resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum*, de ahí que la ejecución hipotecaria de una finca deja sin efecto el arrendamiento de la misma otorgado después de constituida la correspondiente hipoteca.

Consecuencia de este criterio era que el arrendamiento otorgado por el usufructuario de una finca quedaba resuelto al extinguirse el usufructo del arrendador (art. 480 CC).

Pero en la ley especial sobre arrendamientos urbanos, la causa 12 del artículo 114 sólo facultaba al arrendador para instar la resolución del arriendo

(88) Vid. Autos de la AP de Barcelona (Sección 13.ª) de 21 de abril de 1993 y AP de Bilbao (Sección 4.ª) de 19 de julio de 1993.

(89) En contra, entendiendo que el lanzamiento automático del inquilino o arrendatario lesiona su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que tampoco es posible acudir al procedimiento judicial del artículo 41 LH para proceder al lanzamiento de los arrendatarios por parte de los adjudicatarios, siendo necesario acudir a juicio ordinario tendente a conseguir la extinción del arrendamiento y el consiguiente desahucio del arrendatario, Vid. M. I. Huerta Viesca y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «El arrendamiento urbano de fincas hipotecadas: ¿subsistencia?»; Doctrina, jurisprudencia ordinaria y constitucional», AC, 1992-IV, pág. 826.

otorgado por el usufructuario, una vez extinguido el usufructo, cuando el titular dominical probara que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad.

En este precepto se contemplaba un caso típico de resolución del derecho del arrendador, pero en él se presuponía la regla de subsistencia del arrendamiento concertado por el usufructuario a pesar de extinguirse el usufructo, y sólo por excepción se admitía la resolución cuando se verificara aquella prueba de ser gravosas para la propiedad las condiciones pactadas en el arrendamiento.

Y como según el artículo 8.º TR 1964, los Tribunales deberían aplicar los preceptos de la misma por vía de analogía cuando la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias reguladas en la propia ley, no apareciese expresamente en la misma una norma específica. De ahí que por aplicación analógica del criterio de subsistencia del arrendamiento a pesar de resolverse la propiedad o titularidad del arrendador, debía ser aplicado al caso concreto que nos ocupa (90).

No faltando quienes opinaban que, dado que el arrendamiento subsistirá a la ejecución hipotecaria —refiriéndose a arrendamientos urbanos sometidos a prórroga forzosa—, será conveniente al acreedor hipotecario la aplicación analógica del artículo 114.12 TR 1964, ya que al menos podrá beneficiarse de la resolución del arrendamiento si este se ha pactado en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad (91). Si bien esto no constituye un argumento favorable a la subsistencia del arrendamiento sino que la presupone.

Partiendo de que tras la derogación del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, tales preceptos —arts. 114.12 y 8—, sólo podrán aplicarse a los arrendamientos que continúan sometidos a ellas en virtud de las Disposiciones Transitorias de la nueva ley, no por ello vamos a dejar de criticar su nulo fundamento.

El artículo 114 n.º 12 TR de 1964, no era una norma que pueda servir como modelo a partir del cual deducir un principio generalizable. El legislador no pretendió con ella concertar un principio, sino solucionar un problema parcial planteado por el artículo 480 CC.

La norma del TR de 1964 aparece con objeto de evitar la aplicación de este precepto del CC, es decir, como excepción al derecho común, ahora restaurado en el ámbito de la legislación agraria por los artículos 13 y 78 LAR

Pero existen además razones que se oponen a considerar como idénticas las *ratios* de ambos supuestos. El nudo propietario podía evitar en algún caso la aplicación de la norma del TR de 1964, no constituyendo el usufructo sobre su finca; pero el acreedor hipotecario no puede hacer nada para

(90) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1087.

(91) Vid. V. TORRALBA SORIANO, «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, pág. 43.

controlar el arrendamiento concertado por el deudor, ya que el derecho de propiedad en que éste se funda no deriva ni puede ser neutralizado por la hipoteca (92).

Y, mientras en el caso normal de constitución del usufructo por título sucesorio en que la nuda propiedad y el usufructo se constituyen simultáneamente, la división de propiedad y usufructo ha nacido de un título gratuito, que por esa razón no aparece como merecedor de una protección de la confianza en una consolidación futura; por el contrario, la confianza que adquiere a través de la primacía de rango el acreedor hipotecario es una confianza adquirida por él a título oneroso.

Tampoco sería idéntica la posición del nudo propietario y la del acreedor hipotecario en el casi irreal supuesto de que el usufructuario retuviera este derecho por vía de *deductio*, enajenando la nuda propiedad a título oneroso, porque el artículo 114, n.º 12 TR 1964 no impedía la consolidación en el horizonte del tiempo; solamente la retardaba, hasta el momento en que se extinguiera el arrendamiento.

A diferencia del interés del nudo propietario, con la subsistencia del arrendamiento no se pospondría la satisfacción del interés del acreedor hipotecario, sino que se destruiría definitivamente. Al acreedor hipotecario no le importa si ese arrendamiento ha de extinguirse en el horizonte futuro del tiempo, puesto que su interés no radica en la propiedad sino en el valor en venta actual de la finca, valor que con la subsistencia del arrendamiento queda definitivamente destruido.

Cierto que el adjudicatario que desee la adquisición de la propiedad del inmueble puede recuperar en el futuro este derecho pleno. Pero no es el interés del adjudicatario el que se protege con el artículo 131, regla 17.^a, sino el del ejecutante (93).

Siendo evidente que la finalidad de la ejecución hipotecaria no es la adquisición de la propiedad —como en el caso del nudo propietario en caso de existencia de derechos desmembrados del **dominio**—, por el adjudicatario, posiblemente el acreedor hipotecario, sino la satisfacción del crédito de éste último, mediante el valor de la cosa gravada con hipoteca.

Pero es que, además, es muy dudoso que la previsión normativa del artículo 114, 12.º sea analógicamente aplicable, aunque no concurrieran las circunstancias anteriores.

Es evidente que las normas excepcionales no pueden ser objeto de interpretación o extensión analógica (artículo 4.2 CC): lo excepcional no puede elevarse a principio normativo que, posteriormente, pueda ser objeto de generalización.

(92) Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 240.

(93) Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 241.

En consecuencia, el artículo 4.2 CC veta la aplicación analógica del artículo 114.12.º TR de 1964, pese a la previsión expresa del propio artículo 8 TR de 1964 de extensión analógica de dicha Ley. Y, excepcional es sin duda el artículo 114.12 TR de 1964, donde se prevé la ruptura del principio *resolutio iure concedentis...*, que en materia de usufructo está representado por el artículo 480 del Código (94).

5.º La redacción dada al artículo 219 RH por Decreto de 17 de marzo de 1959, admitiendo la acción devastación en caso de que la finca ya hipotecada sea arrendada «en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar [...] disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada».

Interpretando esta artículo en el sentido de que, precisamente por partir el Reglamento de la subsistencia del arrendamiento, se le concede al acreedor hipotecario la acción de deterioro (95).

Pero ante eso hay que decir que este precepto se ocupa sólo de solucionar una eventualidad producida en la fase de pendencia de la hipoteca, sin prejuzgar cuál será el destino del arrendamiento en la fase de ejecución (96).

En efecto, durante la fase de seguridad de la hipoteca el acreedor hipotecario tiene derecho a obtener la adopción de las medidas conducentes o encaminadas a mantener intacta, en lo posible, la base objetiva de su hipoteca, esto es, el bien hipotecado, ante el peligro o realidad de que el mismo sufra menoscabo.

(94) Vid. C. LASARTE ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento...*, cit., pág. 16; A favor de la aplicación analógica del precepto se muestra V. TORRALBA SORIANO, quien señala que el artículo 8 LAU, al determinar que «los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía», se refiere a todos los preceptos. Si bien reconoce que el TS en Sentencia de 5 de julio de 1948, estableció que no son susceptibles de interpretación analógica las causas de extinción del vínculo arrendaticio, entre las cuales se encuentra la regla 12.ª del artículo 114. (Vid., «Los arrendamientos urbanos...», *loc.cit.*, págs. 41-43).

(95) Pero, señala J. BOLAS ALFONSO, cabe también una segunda interpretación, según la cual el artículo 219 RH presupone justamente lo contrario, la extinción del arrendamiento en caso de ejecución, pues, de lo contrario, no tendría sentido que se indique como primera medida la de que «el Juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito...», pues si el arrendamiento subsiste el legislador estaría favoreciendo las retorcidas intenciones del propietario arrendador, ya que el vencimiento del crédito determina la posibilidad de la ejecución de la hipoteca y ésta se adelantaría justo al momento en que es evidente la disminución del valor de la finca hipotecada. Si se admite el vencimiento anticipado del crédito es porque la ejecución de la hipoteca purga el arrendamiento posterior contratado con propósito de desvalorizar. (Vid. «A propósito del arrendamiento...», *loc.cit.*, pág. 127); En el mismo sentido Vid. J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, «Comentario a la STS de 9 de junio de 1990», *loc.cit.*, pág. 733.

(96) Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 242.

En estos casos la ley provee al acreedor hipotecario de la denominada acción de deterioro o devastación, como remedio de efectividad de la conservación del valor en cambio del bien hipotecado en el mercado inmobiliario, al fin prevenido de que la potencialidad económica de lo hipotecado no disminuya o que, en su caso, quede restaurada en lo posible su anterioridad potencialidad económica (97).

Esta acción se encuentra regulada en el artículo 117 LH complementado con el artículo 219 RH, pero el posible ejercicio de la acción de devastación no puede utilizarse como argumento ni a favor ni en contra de la subsistencia o extinción del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria porque no se refiere a la fase de efectividad o ejecución sino a la de seguridad de la hipoteca.

Pero es que, además, la regulación de la acción de devastación no presupone, necesariamente, la subsistencia del arrendamiento; entendiendo esto en el sentido de que, si se presumiera la extinción del arrendamiento no tendría ningún sentido utilizar la acción de devastación.

Pues muy bien puede ocurrir que el acreedor hipotecario esté interesado en pedir la nulidad de un arriendo aun sabiendo que en el momento de ejecutar la hipoteca este arriendo se extinguirá; momento de ejecución que puede estar lejano, o no interesar; siendo en cambio cierto que la subsistencia actual del arriendo dañará los intereses futuros del acreedor, al devastar la finca o deteriorarla en punto tal que pueda hacer temer por la consistencia de la garantía o al haberse pactado una renta ínfima que, como fruto civil al que se extendería la hipoteca, no basta para cubrir las amortizaciones del préstamo (98).

(97) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 945; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Garantías patrimoniales, estudio especial de la hipoteca*, 1993, págs. 575 ss.

(98) Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 242; Señalando J. M. GARCÍA GARCÍA que el artículo 219.2 RH no tiene por qué interpretarse en un determinado sentido autónomo, sino que, al ser norma adjetiva, debe interpretarse en concordancia con lo que resulte de la legislación sustantiva. Por otra parte, el precepto ha podido ser introducido en el año 1959 con la finalidad de paliar una determinada situación partiendo de interpretaciones de textos sustantivos que pueden estar perfectamente superadas y que hacen innecesario buscar cualquier explicación a dicho precepto. No obstante —continúa— puede tener perfecta explicación aun partiendo de que la ejecución de hipoteca anterior extingue el arrendamiento posterior, y ello es partiendo de dos consideraciones: la primera, que un arrendamiento posterior con baja renta da lugar a que en la subasta se restrinjan los postores por el temor reverencial a todo arrendamiento, lo que justificaría que el acreedor hipotecario que ve amenazada la obtención de un valor adecuado en subasta solicite ya de antemano una serie de medidas al Juez; la segunda, que no hay por qué descartar el supuesto de hipoteca extensiva a las rentas de la finca (conforme al artículo 111.3.º LH) y para ese caso, es importante para el acreedor hipotecario contar con unas rentas adecuadas del inmueble derivadas de un arrendamiento y no unas rentas mínimas que para nada le han de servir. En todo caso —concluye— el artículo 219.2 RH es de poca utilidad y no se ha usado nunca en la práctica. {Vid. «La

6.º El artículo 57 TR de 1964 al imponer la prórroga forzosa del contrato «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Este argumento podría considerarse, sin más, superado porque el precepto está derogado, con la salvedad de los escasos arrendamientos que continúan sometidos al TR de 1964. Pero pretendemos negar su validez, incluso durante la vigencia del derogado TR de 1964. Debiendo añadirse que, lamentablemente, análogo razonamiento sigue siendo de actualidad, como evidencia el desafortunado artículo 13.1 LAU de 1994.

Al margen de su derogación por el RDL 30 de abril de 1985, no puede justificarse la subsistencia del arrendamiento constituido con posterioridad a la hipoteca. Se ha discutido mucho sobre la cuestión de si entre el adjudicatario de la finca en procedimiento judicial, y específicamente en el sumario del artículo 131 LH, y el propietario hipotecante que la arrendó se da realmente una sucesión en sentido técnico-jurídico, y lo cierto es que tal sucesión es unánimemente negada por la doctrina.

El concepto de «sucesión» en sentido amplio, que es el empleado por el precepto, implica «traer causa», es decir, una adquisición derivativa. Pero cuando ese tercero —el adjudicatario de la subasta hipotecaria—, adquiere no en virtud de un acto de voluntad del arrendador propietario, sino en virtud de un derecho anterior de hipoteca, no puede decirse que traiga causa del arrendador, sino que adquiere como consecuencia de la facultad de realización de valor de la finca que tiene el acreedor hipotecario por razón de la hipoteca y que puede promover ante la autoridad judicial en el procedimiento ejecutivo.

No trae causa del último propietario sino que a pesar de ese propietario arrendador y aun contra su voluntad, adquiere. La venta voluntaria y la forzosa difieren tanto por su naturaleza como por su estructura, siendo evidente que también sus efectos serán diferentes (99).

Además, sucesión significa «subentrar» en la misma posición que tenía el causante o transmitente. Esto es especialmente aplicable al caso del artículo 57 TR de 1964 en que se habla de «tercero que suceda el arrendador *en sus derechos y obligaciones*». Pues bien, ese «subentrar», «subrogarse», implica colocarse en la misma posición que tenía el propietario arrendador. Y la posición que tiene el propietario arrendador en caso de finca anteriormente hipotecada es la de un propietario sujeto de las consecuencias de dicha hipoteca, y por tanto, no puede referirse a él el artículo 57 TR de 1964, pues el tercero adquiere en virtud de la hipoteca y no «subentra» o se «subroga» en la misma posición (100).

ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.238); En parecido sentido se manifiesta I. SABA-TER BAYLE, *Vid. «Arrendamientos...»*, *loc.cit.*, págs. 594-596.

(99) *Vid. Pugliatti, Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, 1935, págs. 175-178.

(100) *Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...»*, *loc.cit.*, pág. 2236. En el mismo sentido entiende J. MORO LEDESMA, que, indudablemente, deben tener un

De los tres requisitos esenciales para que exista sucesión: cambio de sujeto, idéntica relación jurídica y nexo que liga a los dos sujetos, sólo el primero de ellos se da en nuestro supuesto (101).

En la ejecución hipotecaria el adjudicatario no adquiere el derecho del ejecutado en la misma situación en que éste lo tenía en el momento de producirse la transmisión, o sea, la ejecución, ya que desde este momento quedan extinguidos todos los derechos constituidos con posterioridad a la hipoteca, sino que lo adquiere en la situación en que el ejecutado tenía el derecho en el momento de constituirse la hipoteca.

En cuanto al nexo que liga a ejecutado y adjudicatario, tampoco existe a la manera que se da en la venta voluntaria, por la inexistencia de voluntad del ejecutado y su sustitución por el poder del acreedor y la intervención de los órganos jurisdiccionales competentes.

En definitiva, el artículo 57 TR de 1964 es de improcedente alegación para justificar la subsistencia del arrendamiento, porque este precepto protege al arrendatario, mediante la prórroga forzosa, frente a las transferencias de dominio que el arrendador realice posteriormente a la constitución del arriendo.

La norma excepciona y deja sin efecto en este punto los arts. 1.571 CC y 32 LH; pero *no deroga el principio de rango y prioridad*. El problema derivado del principio de rango no es parangonable con la cuestión de la inoponibilidad de lo no inscrito.

El artículo 57 TR de 1964 establece que el adquirente posterior no puede desconocer el arriendo, pero no obliga a que el adquirente de un derecho anterior al arriendo soporte los actos dispositivos que posteriormente realice el dueño.

El error de mencionar en esta sede el artículo 57 TR de 1964 viene de la creencia equivocada de que el conflicto que nos ocupa enfrente al arrendatario y al adquirente adjudicatario posterior, cuando lo cierto es que el enfrentamiento tiene lugar entre el arrendatario y el acreedor hipotecario anterior. La adquisición del tercero por vía de adjudicación no trae causa de un acto dispositivo del deudor gravado con la hipoteca, sino de la resolución del derecho de éste, con efectos retroactivos, merced a la realización de la hipoteca (102).

trato distinto quienes suceden al propietario en su posición de arrendador por haber adquirido voluntariamente la propiedad de la finca arrendada, y aquellos la hayan adquirido en subasta pública. {Vid. «La relación entre arrendamiento e hipoteca...», *loc.cit.*, pág. 1343).

(101) Vid. F. GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, pág. 1.217.

(102) Vid. A. CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas...», *loc.cit.*, pág. 241.

7.º El problema debe ser examinado desde la perspectiva de dos legislaciones encontradas en el conjunto del ordenamiento positivo: la legislación arrendaticia, integrada por normas de Derecho excepcional, y la legislación hipotecaria, que en sus aspectos sustantivos ocupa igual rango que el del Código Civil, por lo que sus preceptos son de Derecho común.

En este conflicto debe prevalecer el Derecho excepcional sobre el Derecho común y, como consecuencia del principio *«pro conductore»* que impera en la legislación arrendaticia, debe deducirse la subsistencia de los arrendamientos protegidos tras la ejecución hipotecaria.

Tal argumento, íntimamente ligado al anterior de la prórroga forzosa, ha sido utilizado en innumerables ocasiones por los defensores de la subsistencia del arrendamiento (103) frente a los razonamientos positivos de quienes, con los textos normativos en la mano, no pueden dejar de sostener la extinción del arrendamiento posterior a la constitución de la hipoteca, como consecuencia de la ejecución hipotecaria, en nuestro ordenamiento jurídico. Incluso un autor de la talla de ROCA SASTRE (104) dice textualmente: «Se dirá que este criterio de subsistencia arrendaticia es contrario a los principios institucionales del Derecho privado, perjudicial al crédito territorial, etc, pero así lo quiere la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente. Y lo quiere porque la legislación especial de arrendamientos no constituye Derecho positivo normal, sino excepcional, inspirado por el afán de proteger en grado máximo posible al arrendatario, debido a la circunstancia, bastante duradera, de la escasez de viviendas en los núcleos urbanos importantes. Es inútil pretender encuadrar los arrendamientos sujetos a dichas leyes especiales dentro de los cánones del Derecho civil común y específicamente a los principios básicos de la contratación. Tanto es así, que estos arrendamientos más bien constituyen una figura jurídica nueva, regulada en una especie de ordenanza de necesidad, que una vez normalizado el problema de la vivienda desaparecerá para volver al tipo normal arrendaticio del Código Civil. Por esto son estériles los esfuerzos para someter a estos arrendamientos a las reglas normales del Derecho civil».

Ante tal argumentación sólo cabe lamentarse, una vez más, de las perniciosas consecuencias de tal «legislación excepcional», que no sólo terminó por producir un resultado práctico totalmente opuesto al pretendido, paralizando el mercado arrendaticio y desfavoreciendo, en definitiva, al arrendatario; sino que, además, destrozó el contrato de arrendamiento convirtiéndolo

(103) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1084-1088; J. CASTÁN TOBEÑAS y J. CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, t. II, 1957, pág. 465; FLÓREZ DE QUIÑONES, «Comentario a la STS de 5 de febrero de 1945...», *loc.cit.*, pág. 531 ss.; M. AMORÓS GUARDIOLA, «Arrendamiento de local de negocios...», *loc.cit.*, págs. 1033-1034.

(104) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, pág. 1088.

en una figura jurídica dudosamente reconocible, conculcó los más elementales principios del Derecho de la contratación y, lo que es más grave incluso, contaminó, de manera difícilmente reversible, la mentalidad jurídica.

Pero resulta especialmente alarmante comprobar que, desaparecida o en vías de desaparición esa «legislación excepcional» —ya que no puede afirmarse que la actual Ley de Arrendamientos Urbanos tenga ese carácter—; en un momento en que se supone, como preconizaba ROCA SASTRE, hemos vuelto, con algunos matices, al tipo normal de arrendamiento, parecido al del Código Civil, se siga manteniendo en la mente del legislador tal concepción, dando lugar a una norma como el artículo 13 LAU, que después analizaremos.

Hemos concluido, analizando uno a uno los argumentos positivos que pretendían defender la subsistencia del arrendamiento, que no es positivamente defendible tal subsistencia; ni siquiera el temible artículo 57 TR de 1964 tiene datos normativos para aplicarse.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico positivo, no tiene explicación que se de prioridad y eficacia al arrendamiento posterior sobre la hipoteca anterior.

Pero, incluso examinando el caso desde una perspectiva de «supuesto realismo sociológico», tan peligrosa en Derecho (105), tampoco puede justificarse una transgresión tan flagrante a uno de los más elementales principios de justicia y de seguridad jurídica, cual es que el primero en el tiempo es el primero en el derecho. ¿Qué clase de justicia, qué seguridad puede haber en un ordenamiento en el que un derecho cede (cuando no desaparece) ante otro nacido con posterioridad; cuya existencia, como es obvio, no podía conocer el titular del primero en el momento de su constitución?.

c') La suerte de los arrendamientos posteriores a la hipoteca en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 admitía el principio de extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador, no obstante proclamar la norma de subsistencia de la relación arrendaticia a pesar de los cambios de propiedad de la finca arrendada.

Así, el artículo 25 de la misma preveía explícitamente el supuesto de extinción del arrendamiento por resolución del derecho de arrendador. El artículo 28 admitía este supuesto como caso de desahucio. Y, sobre todo su artículo 9.º, preceptuaba que los contratos de arrendamiento que otorgara quien tan sólo tuviera el derecho de usufructo de la finca arrendada quedarían resueltos al terminar el usufructo.

(105) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2259.

Estos preceptos se desarrollaron en el mismo sentido en el Reglamento de 29 de abril de 1959 para la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos (106).

Del análisis de la normativa derogada se puede deducir, que cuando el cambio de titularidad se debía a la transmisión de la finca arrendada, el contrato de arrendamiento se dejaba subsistente; y cuando el cambio de titular se producía por necesidad jurídica, sin darse la sucesión entre antiguo y nuevo titular que la transmisión comporta, el arrendamiento se declaraba extinguido (107).

Desde estas premisas, fue doctrina consolidada en arrendamientos rústicos, que la ejecución hipotecaria, con el consiguiente remate o adjudicación, constituye un supuesto de resolución del derecho del arrendador, que arrastra al del arrendatario (108).

El deudor hipotecante es titular de un dominio resoluble condicionado por la ejecución consecutiva al incumplimiento, lo cual conduce a ligar la suerte de los derechos posteriores a la citada ejecución (109).

Del mismo modo, la *STS de 5 de febrero de 1945*, había declarado que el arrendamiento rústico posterior a la constitución de la hipoteca se resuelve con la ejecución hipotecaria.

Esta impecable sentencia, de la que hubieran debido tomar ejemplo otras posteriores en la materia (110), expresó el problema del arrendamiento de finca rústica hipotecada y su solución en los siguientes términos:

«La hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor de la cosa gravada, efectuada por su titular del pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas en el fondo posteriormente a la fecha de aquélla; momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos. Produce, sin duda, tal destrucción que incluye cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste porque es de esencia sustancial de la calidad de ese característico gravamen, y porque la razón

(106) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t.IV, vol. 2.º, pág. 1.086.

(107) Vid. C. CUADRADO GONZÁLEZ, «LOS efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *LL*, 1991, 3, pág. 838.

(108) Vid. I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica hipotecada...», *loc.cit.*, pág. 1.058.

(109) Vid. M. AMORÓS GUARDIOLA, «Arrendamiento de local de negocios...», *loc.cit.*, pág. 1020; GAYOSO ARIAS, *Nociones de legislación hipotecaria*, t. II, 1918, pág. 111; R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1085-1086.

(110) Lamentablemente no lo hace así la *STS de 9 de junio de 1990*, altamente criticada por la mayoría de la doctrina: Vid. J. M. DE LA CUESTA SAENZ, Comentario a esta sentencia, *loc.cit.*, págs. 732 ss.; C. CUADRADO GONZÁLEZ, «LOS efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, págs. 842 ss.; J. M. GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2.246 ss.

advierte la notoria influencia que en el dicho valor en cambio inmobiliario tienen los condicionados de la facultad de disfrutar que ciertamente merman la garantía constitutiva, y cuando se trate de arrendamiento a largo plazo estipulado después de dicha garantía ocasiona el finiquito de éste. Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción si lo estuviere como derecho real y la causa de su título personal porque la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador para acceder en perjuicio de aquella facultad dominical que integra parte de lo realizable asegurado. *De no entenderse así el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años que prácticamente si se abonaren anticipados —y no en el tiempo ni forma de pago legales— reducirían poco menos que a la nada el valor de la finca (111)».*

La Ley de 31 de diciembre de 1980 parece haber variado sustancialmente los datos a tener en cuenta respecto del arrendamiento de finca rústica hipotecada, al menos en una primera aproximación ya que, mientras el Reglamento de 1959, en sus arts. 24.4.º y 25 parecía partir de la extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador en todo caso, el artículo 78 LAR de 1980 establece que tal acaecimiento «facultará al que resulte propietario para pedir la resolución», de modo que esta resolución no parece ya automática, sino necesitada de declaración judicial a instancia del nuevo propietario, de modo que, en principio, se hace posible sostener la persistencia del arrendamiento, al no estar el caso de la finca hipotecada contemplado entre los supuestos de resolución automática de los arts. 12 y 13 LAR (112).

Sin embargo, no parece que la cuestión pueda darse por zanjada tan fácilmente.

(111) Esta sentencia ha sido comentada y alabada por muchos autores, *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, «Arrendamiento de finca rústica...», *loc.cit.*, págs. 1.059 ss.; F.GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores...», *loc.cit.*, págs. 1.220 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. IV, vol. 2.º, págs. 1085 ss.; Recientemente *Vid.*, C. CUADRADO GONZÁLEZ, «LOS efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, págs. 838-839; J. M. GARCÍA GARCÍA, que señala que de esta sentencia se desprende:

1.º Que la hipoteca es un derecho de máxima garantía y pulveriza cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas con posterioridad a ella.

2.º Que la fecha clave es la de constitución de hipoteca, a la que han de retrotraerse sus efectos, y que el adjudicatario deriva su derecho del de hipoteca.

3.º Que esa pulverización es de esencia sustancial de la hipoteca.

4.º Que un arrendamiento a largo plazo tiene influencia en el valor en cambio inmobiliario y por ello se debe ocasionar el finiquito de éste.

5.º De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute y anticipar los pagos. (*Vid.* «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2243-2244); En cambio, se muestra contrario a esa solución y partidario de la subsistencia del arrendamiento, FLÓREZ DE QUINONES, *Vid.* Comentario a esa sentencia, *loc.cit.*, págs. 531 ss.

(112) *Vid.* J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, *Comentario a la STS de 9 de junio de 1990*, págs. 730-731.

En la LAR de 1980 hay que tener en cuenta e intentar interrelacionar tres preceptos en esta materia: el artículo 13 que establece que se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiario, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca; el artículo 74 que establece que el adquirente de la finca, aun cuando sea tercero hipotecario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador; y el artículo 78 que establece que la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento.

Debemos descartar en primer lugar la aplicación del artículo 74 LAR al supuesto del adjudicatario en virtud del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, ya que aquel contempla solamente supuestos de transmisión de la propiedad, diferentes al de la resolución del derecho del arrendador (113) —porque de otro modo no tendrían sentido los arts. 13 y 78—, y en el supuesto de ejecución hipotecaria es evidente que se resuelve el título del arrendador.

Ahora bien, mientras que los preceptos que la legislación especial derogada dedicaba a los supuestos de resolución del derecho del arrendador no permitían duda sobre los efectos que tal fenómeno jurídico produce sobre el arrendamiento, ya que sancionaba su extinción en todo caso, la Ley vigente parece, en principio, atribuir al mismo fenómeno consecuencias diversas, cuales son (114): 1.º La extinción del arrendamiento concedido, en el caso de resolverse el derecho del arrendador a título de usufructuario, enfiteuta superficiario u otro que otorgue análogo derecho de goce sobre la finca (artículo 13); y 2.º La concesión al nuevo titular de una mera facultad de resolver el arrendamiento, en el caso genérico de resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada (115).

El artículo 13 prevé la aplicación de lo en él dispuesto a los contratos suscritos por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas, y a todos los contratos

(113) Vid. A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., pág. 244; señalando J. M. DE LA CUESTA SAENZ, que la alusión al tercero hipotecario del artículo 74 no puede entenderse como comprensivo incluso del arrendamiento posterior a la hipoteca, porque en tal caso perturbaría profundamente la seguridad del tráfico anteponiendo un arrendamiento inscrito con posterioridad, en clara quiebra del principio de prioridad registral. (*Vid. Comentario a la STS de 9 de junio de 1990...*, cit., pág. 731).

(114) Vid. C. CUADRADO GONZÁLEZ, «LOS efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, pág. 840.

(115) Tal diferencia de tratamiento no parece advertirse por los comentaristas de la Ley de Arrendamientos Rústicos que propugnan la aplicación indistinta de éstos dos preceptos a todos los supuestos que tradicionalmente se vienen considerando como resolución del derecho del arrendador. Vid. J. M. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, *Comentarios prácticos...*, cit., pág. 201; J. A. COBACHO GÓMEZ, *Estudios sobre la LAR...*, cit., pág. 150; A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., pág. 228 ss.

otorgados por quienes posean un derecho análogo a los enumerados. Cabe entonces preguntarse: ¿a qué otros supuestos se aplicará lo dispuesto en el artículo 78?, ¿qué otros supuesto de resolución del derecho del arrendador podremos encontrar que no supongan la extinción de derechos análogos al usufructo, el derecho de superficie o la enfiteusis?

El problema de delimitar el campo de aplicación de cada uno de estos preceptos no es de fácil solución. En principio, el artículo 78 parece más general, si bien no deja de contemplar una situación excepcional, ya que la propia LAR en sus arts. 12 y 13 tiene por resuelto el arrendamiento de forma automática.

Restringir la interpretación del artículo 13 LAR, considerando que contiene un *numerus clausus* de situaciones jurídico-reales, y ampliar en contrapartida el significado de una norma residual como el artículo 78 LAR, es una peculiar manera de contravenir los principios generales de nuestro sistema inmobiliario, porque el artículo 78 está pensado claramente para la evicción en sentido estricto del arrendador, y la reserva de acciones apunta a la responsabilidad contractual del arrendador, a su obligación de saneamiento (116).

No han faltado esfuerzos doctrinales de interés (117) que han interpretado que el artículo 13 se refiere a los supuesto de existencia previa de un derecho real sobre la finca que limita las facultades del propietario y que da lugar en su día a la extinción o resolución automática del arrendamiento, entre los cuales estaría el caso del deudor hipotecario que arrienda la finca.

Y, en cambio, el artículo 78 se referiría a aquellos otros casos en que se produce una ineficacia negocial, es decir, cuando no existiendo previamente limitaciones, el negocio por el que adquirió el futuro arrendador es objeto de nulidad, anulabilidad, rescisión, pues no estaríamos entonces antes un vicio del derecho del transmitente, como en el artículo 13, sino del negocio en sí.

De no acogerse esa interpretación habríamos de enfrentarnos a la contradicción entre el efecto extintivo querido por el artículo 13 y la simple facultad resolutoria propugnada por el artículo 78, en la cual se advierten no pocos problemas de trascendencia práctica.

Para otros autores (118), sin embargo, tal interesante delimitación de precepto, no parece tener fundamento suficiente en los preceptos citados, ni explica por qué ante un supuesto de nulidad del negocio precedente, no se produce también la nulidad (y no la resolución) de los negocios subsiguientes, entre ellos el arrendamiento.

(116) Vid. J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, Comentario a la STS de 9 de junio de 1990..., cit., pág. 732.

(117) Vid. C. CUADRADO GONZÁLEZ, «LOS efectos de la hipoteca...», *loc.cit.*, págs. 840-841.

(118) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, págs. 2247-2248.

Siendo preferible concordar los arts. 13 y 78 LAR en el sentido de que el artículo 13 se refiere a los supuestos en que tiene lugar la extinción del arrendamiento, y el artículo 78 al aspecto procesal de eficacia de la resolución y consiguiente extinción del arrendamiento, en el sentido de exigirse una iniciativa del propietario y no una actuación automática y «*ope le gis*».

Ello sería así porque dichos preceptos no distinguen los supuestos de resolución, y además, porque parece lógico que el nuevo propietario decida si prefiere continuar el arrendamiento concertado por el anterior dueño asumiéndolo por entender que es beneficioso para sus intereses, o si prefiere ejercitar la facultad de resolución respecto al mismo (119).

En cualquier caso, lo cierto es que con la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 también puede defenderse la extinción de los arrendamientos rústicos concertados con posterioridad a la constitución de la hipoteca, como consecuencia de la ejecución hipotecaria, incluso durante los cinco años de duración legal del contrato, único caso en que podría, en este momento, cuestionarse la subsistencia.

d') La suerte de los arrendamientos posteriores a la hipoteca en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994

Sorprendente es, cuanto menos, el texto del primer párrafo del artículo 13 de la LAU de 24 de noviembre de 1994, en la materia que nos ocupa. No menos sorprendentes resultan los comentarios que se han hecho de esta disposición de la nueva ley, que; o bien se limitan a constatar, sin juicio crítico alguno, el hecho de que, conforme al primer inciso del párrafo primero del artículo 13 el arrendamiento, con independencia de que se haya concertado antes o después de la constitución de la hipoteca —ya que nada dice el precepto— subsiste, en todo caso, durante los cinco años de duración legal del contrato (120); o, lo que es más grave aun, consideran razonable y merecedora de un

(119) Señalando además J. M. GARCÍA GARCÍA que, si bien puede decirse que esto tiene consecuencias respecto a la forma de operar la regla 17.^a del artículo 131 LH, la especialidad consiste únicamente, desde la perspectiva del artículo 78 LAR en la necesidad de que el adjudicatario inste del Juez el lanzamiento del arrendatario, lo que puede hacer con ocasión de la solicitud de puesta en posesión que la propia regla 17.^a del artículo 131 prevé. El Juez lo concederá si se trata de arrendamiento posterior a la hipoteca y una vez transcurrido el año agrícola a que se refiere el artículo 13 LAR (Vid. «La ejecución hipotecaria...», *loc.cit.*, pág. 2.248).

(120) Vid. J. L. ALBACAR LÓPEZ, *La Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la nueva Ley y legislación vigente*, VV.AA., 1994, pág. 75; J. M. FERNÁNDEZ-HIERRO, *La resolución arrendaticia urbana con arreglo a la Ley 29/1994*, 1995, pág. 250; J. LEÓN-CASTRO y M. DE Cossío, *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1995, págs. 76-77; N. DÍAZ MÉNDEZ, E. LEGIDO LÓPEZ y M. A. LOMBARDÍA DEL POZO,

juicio crítico positivo tal solución que ha venido a solventar, por fin, un problema latente desde hace años y que estaba ocasionando una jurisprudencia un tanto coyuntural y dispersa, estableciendo, además, una solución justa que trata de **compatibilizar** la debida protección al arrendatario con el respeto a los principios hipotecarios y al funcionamiento del crédito territorial (121).

Algunos autores se han limitado a constatar algunos aspectos accesorios del precepto como el juicio favorable que merece el cambio del epígrafe respecto al Proyecto de ley, o lo criticable que resulta el casuismo legal del mismo, o los problemas derivados de la expresión «contratos de duración pactada superior a cinco años»; entendiéndose que resulta lógico deducir que el primero de los apartados se refiere a aquellos contratos que tienen una duración pactada inferior a cinco años o aquellos en los que no se pactó expresamente su vigencia o se pactó de forma imprecisa o indeterminada (en los que el artículo 9.2 fija una duración de un año); o el problema de si el período de duración debe extenderse también a las prórrogas —punto en el cual, al menos, se opta por la respuesta **negativa**— (122).

Más criticable es la posición de quienes defienden la solución dada en la nueva LAU el problema del arrendamiento de finca hipotecada, mediante argumentos como que tal era la solución que venía imponiéndose en la jurisprudencia —cuando, como hemos visto, ha habido sentencias que se han pronunciado por la **extinción**—; o que el TC en la famosa *Sentencia de 16 de enero de 1992*, amparó a un inquilino que no había sido oído en el procedimiento de realización de la hipoteca y aconsejó una reforma del artículo 131 «que permitiera la comparecencia en él, con igualdad de armas procesales, del arrendatario de la finca hipotecada» (123); señalándose además, por algún

Visión judicial sobre los aciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: aspectos sustantivos y procesales, 1995, págs. 54-55.

(121) Señala V. GUILARTE GUTIÉRREZ que «En definitiva, entre los dos polos de tensión que permanentemente se advierten antes estas situaciones, es decir protección del acreedor hipotecario y ulterior adquirente, por un lado, o, por otro, deseo de estabilidad del inquilino, el legislador ha optado teóricamente por la defensa del interés de este último, si bien desde los nuevos postulados temporales tan lejanos al instituto de la prórroga forzosa. Dulcificada tal prórroga la actual situación resulta evidentemente mucho menos traumática para cualquier adquirente que se adjudique la finca en el trámite de realización hipotecaria, pues, a lo sumo, deberá soportar una relación arrendaticia quinquenal». (*Vid. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV.AA., 1994, pág. 162).

(122) *Vid. E. SERRANO ALONSO, Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por X. O'CALLAGHAN, 1995, págs. 139-140.

(123) Señalando V. GUILARTE GUTIÉRREZ que «tal guante ha sido recogido por el legislador si bien no mediante una alteración normativa del supuesto en sede de regulación hipotecario sino arrendaticia cuya renovación ha sido más próxima». (*Vid. La nueva ley...*, cit., pág. 163); en esta línea, señala A. GORDILLO CANAS, que la solución resulta coherente con la naturaleza del arrendamiento y encaja sin estridencias en el marco de la nueva Ley. Supone una solución matizada al problema que resuelve, en la que la natural victoria del crédito territorial sobre el arrendamiento sólo se ve obstaculizada por la

autor, que «en la mediación de este conflicto —refiriéndose al problema de la subsistencia o extinción del arrendamiento como consecuencia de la ejecución hipotecaria—, hubo de tomar parte incluso el TC (124)».

Tal proceso lógico de argumentación es altamente criticable: el TC no sólo se excede abiertamente de sus competencias, contraviniendo incluso el artículo 117 CE, dejando caer su particular opinión de que los arrendamientos deben subsistir a la ejecución hipotecaria, advirtiendo, desde luego, que no iba a entrar a decidir esa cuestión de legalidad ordinaria; además, concede el amparo, rompiendo una línea jurisprudencial consagrada que había proclamado la constitucionalidad del artículo 131 LH; y vuelve a excederse de sus funciones proponiendo una absurda modificación del artículo 131 LH, que —contraviniendo los más esenciales principios del procedimiento judicial sumario— conceda, no se sabe muy bien en base a que privilegio, al arrendatario, y no a otros titulares de derechos, una intervención en el procedimiento para poder defender sus derechos.

Tal desafortunada sentencia no sólo ha influenciado la jurisprudencia posterior, sino también al legislador de 1994; y, además, la doctrina encuentra legítimo y acertado que en la LAU se hayan tenido en cuenta las «recomendaciones» del TC.

Se dice también que el arriendo no siempre es objetivamente perverso, tanto para el acreedor hipotecario como para el ulterior y eventual adjudicatario de la finca hipotecada. Tal premisa sería errónea ya que, en los contratos concertados al amparo de la nueva ley el arrendamiento será una opción válida e interesante para todas las partes pues puede servir para el pago de las amortizaciones del crédito hipotecario (125). Pero lo cierto es que debe ser el adjudicatario el que decida libremente si desea continuar o no con el arrendamiento; si lo desea por parecerle ventajoso para sus intereses nada obsta a que el contrato continúe; pero el hecho de que los arrendamientos ya no sean tan objetivamente gravosos para el propietario del inmueble, no supone argumento alguno favorable a su imposición forzosa.

Se añade, por último, que siempre le quedará al acreedor hipotecario la acción de revocación por fraude o la de simulación, en su caso; si bien se resaltan las evidentes dificultades probatorias a las que ya hemos aludido (126).

subsistencia de éste tras la ejecución hasta el cumplimiento del tolerable plazo de los cinco años. Señalando también que el crédito territorial no se resiente gravemente por esta medida de política legislativa tan central en la regulación de los arrendamientos urbanos de vivienda. (Vid., *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos. Ley 29/1994 de 24 de noviembre, coordinado por C. LASARTE ALVAREZ*, 1996, pág. 332).

(124) Vid. L. PRAT ALBENTOSA, *Comentarios a la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, VV.AA., 1994, pág. 125.

(125) Vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *La nueva ley...*, cit., págs. 162-164.

(126) Vid. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *La nueva ley...*, cit., págs. 162-164.

No faltando quien, —pese a indicar que la solución de la LAU puede suscitar críticas, tachándola de indebida, de generar intolerables costes de transacción, de abocar a un mercado hipotecario ineficiente, que afirmen, por todo ello, que el arrendatario tiene que ser puesto en la calle siempre que su derecho haya nacido con posterioridad a la situación determinante de la resolución del derecho del arrendador, ya que el correcto y eficiente funcionamiento del mercado debe estar por encima del derecho del inquilino—, entienda que tales consideraciones se mueven en el plano de la política jurídica, y por lo mismo, con opciones diferentes y concluya afirmando que: «el legislador ha creído (y no me parece que haya creído mal) que el artículo 47 CE obliga a mantener la posición del arrendador de vivienda durante el plazo, «nada excesivo», una vez desaparecida la ecuación prórroga=renta, de cinco años. Su decisión podrá ser más o menos criticada (y lo será, desde luego, por los hipotecaristas), pero no se ve por qué razón (en el plano de la política jurídica) la protección del derecho de los arrendatarios de vivienda, con la moderación temporal que se desprende de la LAU, no puede hacerse a costa de desplazar a un segundo plano los principios hipotecarios que el mismo legislador ha venido trabajosamente perfilando desde la primera Ley Hipotecaria» (127)

Pero lo cierto es que no se apoya tal solución del artículo 13 con dato normativo alguno, ya que que no puede argumentarse positivamente la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca, como creemos haber puesto de relieve en el desarrollo de este punto de nuestro estudio.

La regulación dada por el artículo 13 LAU conforme a la cual el arrendamiento subsiste en todo caso, durante los cinco primeros años, en caso de ejecución hipotecaria es, simplemente, insostenible, va contra la reglas 4.^a, 8.^a y 17.^a del artículo 131 LH, contra el principio de purga, contra el principio de prioridad registral, no tiene en cuenta la verdadera naturaleza del derecho de hipoteca y, en el terreno de los principios, supone una injustificable violación de los más elementales criterios de justicia y seguridad jurídica.

El legislador ha optado por una solución que ni los jueces en el período de aplicación del artículo 57 TR de 1964, se atrevieron a afirmar con tanta rotundidad. Afortunadamente tal subsistencia sólo se predica durante los cinco años de duración legal del contrato, pero tal circunstancia, que convierte el problema real en un «mal menor», no debe dejar de merecer un juicio enormemente negativo desde un punto de vista jurídico. Aun así puede hacerse mucho daño al acreedor hipotecario pactando, casi al vencimiento de la hipoteca, un arrendamiento de cinco años con renta muy baja, cuyo carácter fraudulento, que existirá casi siempre, será muy difícil de probar.

(127) Vid. J. J. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, 1995, pág. 298.

En definitiva, de la regulación legal se desprende:

1.º Que el contrato de arrendamiento celebrado con anterioridad a la constitución de la hipoteca subsistirá, en todo caso —es decir esté o no inscrito, lo cual es altamente criticable por imponer la publicidad legal a la registral, cual reminiscencia del TR de 1964, contradiciendo la finalidad de la propia ley de favorecer la inscripción arrendaticia—, durante los cinco primeros años; después de este tiempo se resolverá, a no ser que conste inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca, en cuyo caso continuará por la duración pactada.

2.º Que el contrato de arrendamiento celebrado con posterioridad a la constitución de la hipoteca subsistirá, inscrito o no, durante esos cinco años y después se resolverá, inscrito o no, ya que, en cualquier caso la inscripción será posterior a la de la hipoteca (128).

Tales son las conclusiones que pueden sacarse combinando los dos primeros párrafos del núm. 1.º del artículo 13 LAU, sin que pueda sostenerse que el arrendamiento no inscrito, anterior a la constitución de la hipoteca, seguirá subsistiendo, no sólo durante los cinco años de duración mínima del contrato, sino por todo el tiempo de su duración pactada.

Algunos autores defienden esta tesis, apoyándose en el artículo 14 referente a la enajenación de la vivienda arrendada, que, como hemos tenido ocasión de examinar, establece en su párrafo segundo que el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 LH; es decir, el artículo 14 mantiene la duración del arrendamiento aunque no esté inscrito con la única salvedad de que el adquirente reúna todos los requisitos del artículo 34 LH (129).

Pero tal solución no es admisible ya que no puede equipararse al comprador con el adjudicatario en una ejecución hipotecaria; por ello hemos de tener en cuenta solamente el artículo 13 LAU, que establece que sólo se exceptúa de la resolución el contrato de arrendamiento que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador.

Según lo establecido en el artículo 13.1, parece que la ejecución hipotecaria no extingue automáticamente el contrato de arrendamiento; la ejecución

(128) En el poco probable caso de que el arrendamiento se inscriba en el período de tiempo comprendido entre el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la hipoteca y su inscripción en el Registro de la Propiedad, habrá que estar al juego de los principios hipotecarios, fundamentalmente a la prioridad que puede venir determinada por el asiento de presentación y a la buena fe.

(129) Tesis sostenido por L. ROJO AJURÍA, *Comentario...cit.*, págs. 187-188; en contra se manifiesta V. GUILARTE GUTIÉRREZ, para quien fuera del límite de cinco años no tiene interés el legislador en seguir protegiendo al inquilino. {*Vid. La nueva ley...*, cit., pág. 168).

establecida en el artículo 131 LH no provocaría el desahucio por sí misma, pese al último inciso de la regla 17.^a del artículo 131 LH

Una vez que se ha producido la adjudicación de la vivienda, el adjudicatario tendrá que instar el correspondiente desahucio por extinción del plazo del arriendo (artículo 39.3 LAU), momento en el cual el arrendatario podrá alegar la única defensa que le permite la legislación vigente: que no ha transcurrido todavía el plazo mínimo de cinco años (130).

En conjunto pues, la regulación de la nueva LAU en esta materia no puede dejar de parecernos muy insatisfactoria y gravemente perjudicial para las subastas hipotecarias (131).

MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL
Doctora en Derecho.
Profesora Titular EU de Derecho Civil.
Universidad de Burgos

(130) Vid. L. ROJO AJURÍA, *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, dirigidos por F. PANTALEÓN, 1995, pág. 197.

(131) Ya señaló GARCÍA GARCÍA, J. M.: refiriéndose al Proyecto que «Si se consuma la regulación [...] y no se prevén medios registrales de publicidad de dichos arrendamientos, las subastas hipotecarias van a quedar desiertas, o lo que es peor, se van a fomentar las adquisiciones a bajísimo precio por parte de los «subasteros». [...] Desde el momento en que se sepa que una finca hipotecada está arrendada, nadie va a concurrir como postor a una subasta y los «subasteros» van a tener su «agosto», pues van a adquirir fincas a bajísimo precio con sólo soportar durante cuatro años a un arrendatario constituido fraudulentamente, porque sólo los subasteros y no los postores corrientes e individuales pueden soportar cuatro años de rentas bajas. (Vid. «Las subastas hipotecarias y los arrendamientos», *RCDI*, núm.622, 1994, págs. 1292-1296); Pues bien, sumemos a la argumentación de GARCÍA GARCÍA, un año más de subsistencia del arrendamiento.