

Arrendamientos y finca hipotecada

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL: 2.1. *Argumentos principales:* a) Interpretación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria; b) Causas de resolución de los arrendamientos protegidos. 2.2. *Argumentos secundarios:* a) Capacidad dispositiva del arrendador; b) Compatibilidad del arrendamiento con el derecho de propiedad; c) Oponibilidad a terceros del contrato de arrendamiento; d) El posible carácter fraudulento de los arrendamientos concertados sobre inmueble hipotecado; e) Prevalencia de la legislación arrendaticia o de la legislación hipotecaria. 3. REPLANTEAMIENTO.—II. EL ARRENDAMIENTO COMO GRAVAMEN: 1. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN. 2. LA FRONTERA ENTRE ARRENDAMIENTOS-GRAVAMEN Y ARRENDAMIENTOS QUE NO LO SON: a) Arrendamientos sujetos a prórroga forzosa; b) Arrendamientos con renta vil; c) Recapitulación. 3. SOBRE LA OponIBILIDAD A TERCEROS DE LOS ARRENDAMIENTOS PROTEGIDOS. 4. GRAVÁMENES CONCERTADOS SOBRE INMUEBLES HIPOTECADOS. Su EFICACIA FRENTE AL ADJUDICATARIO DE LA FINCA TRAS LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA.—III. EL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO: 1. LA CONSTITUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE INMUEBLE HIPOTECADO. VALIDEZ Y EFICACIA: 1.1. *Planteamiento;* 1.2. *Eficacia interpartes:* a) Eficacia y oponibilidad; b) Venta quita renta, o venta no quita renta. 1.3. *Eficacia y oponibilidad respecto de terceros:* 1.3.1. El contrato de arrendamiento ante el acreedor hipotecario: a) La cláusula de no arrendar y sus consecuencias; b) Derechos del acreedor hipotecario durante la fase de seguridad en la hipoteca; c) La acción de devastación y su operatividad en este caso. 1.3.2. El contrato de arrendamiento ante el adjudicatario. 2. LA ADJUDICACIÓN HIPOTECARIA: ¿UN SUPUESTO DE «SUCESIÓN» EX ARTÍCULO 57 DE LA LAU DE 1964?: 2.1. *La «ratio-legis».* 2.2. *El tenor literal del texto.* 2.3. *Interpretación propuesta.*—IV. CONCLUSIONES.—V. COROLARIO.

I. INTRODUCCION

1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional (1), dictada en recurso de amparo, ha salido al paso de la controversia

(1) STC 6/1992, de 16 de enero. Recurso de amparo 1317/1988. BOE número 308, de 13 de febrero de 1992 (suplemento). Ponente: don Fernando GARCÍA-MON y GONZÁLEZ REGUERAL.

relativa a la posible subsistencia de los arrendamientos celebrados sobre inmueble previamente hipotecado, tras la adjudicación del inmueble en el procedimiento sumario previsto en la Ley Hipotecaria.

La sentencia estima el recurso de amparo interpuesto por la arrendataria de una vivienda contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia, recaída en el procedimiento previsto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que, mediante exhorto, había ordenado el desalojo del inmueble en el plazo de ocho días y, caso de no verificarse éste, el lanzamiento de sus ocupantes.

En la demanda se invoca, básicamente, infracción del artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 270 de la LOPJ, por considerar que la referida providencia del Juzgado constituye un supuesto de violación del derecho de defensa y tutela jurídica.

En los hechos de la demanda se relata que la arrendataria tuvo conocimiento extrajudicial de la celebración de una subasta de la vivienda que ocupaba a instancia de una entidad de crédito. Por ello compareció en los autos para hacer constar su condición, con la finalidad de evitar perjuicios irreparables. Declaradas desiertas la primera y segunda subastas, el acreedor hipotecario solicitó la adjudicación de la vivienda con el conocimiento de que se encontraba ocupada y el juez, sin dar traslado a la recurrente y sin previa notificación, dictó una diligencia de lanzamiento acordada mediante exhorto. La arrendataria presentó ante el Juzgado escrito solicitando la modificación de la diligencia, y al no obtener respuesta, interpuso recurso de nulidad, que fue rechazado mediante providencia; presentó entonces recurso de reposición, que a su vez fue desestimado por otra providencia del JPI número 2 de Orihuela, de fecha 28 de junio de 1988. Contra esta última providencia se interpone el recurso de amparo (2).

Nótese que —como acertadamente precisa el Ministerio Fiscal en el correspondiente escrito de alegaciones (3)— la cuestión suscitada en el recurso se circunscribe a determinar si la recurrente, en su calidad de arrendataria de la finca subastada, está legitimada para intervenir en el procedimiento sumario para instar la nulidad de determinadas actuaciones y, sobre todo, si la resolución del juez que le niega esa legitimación vulnera los derechos fundamentales invocados. No se trata aquí, por tanto, de dilucidar cuáles son los derechos del arrendatario ocupante de una vivienda hipotecada frente al adjudicatario del inmueble tras la ejecución de la hipoteca —pues, como afirma el Ministerio Fiscal y corrobora el Tribunal, ésta es una cuestión «de legalidad ordinaria» que debe ventilarse mediante el correspondiente juicio declarativo—, sino, más bien, de determinar si la

(2) STC 6/1992, cit, Antecedentes, punto 2.

(3) STC 6/1992, cit., Antecedentes, punto 9.

falta de legitimación del ocupante de la vivienda en el procedimiento del artículo 131 de la LH produce indefensión desde el punto de vista constitucional (no procesal). A esta cuestión se refiere preferentemente la sentencia, si bien marginalmente se alude en ella a cuestiones de Derecho civil [lo que tal vez (4) puede parecer impropio de este tipo de recurso].

Entre estas cuestiones, abordadas indirectamente en la sentencia, aparecen algunos argumentos —favorables o contrarios a la subsistencia del arrendamiento— que habían sido ya adoptados por la jurisprudencia del TS sobre esta cuestión. Por ejemplo, el relativo a la indefensión, argumento de cariz preferentemente procesal. El Ministerio Fiscal sostiene en su escrito de alegaciones (5) que la falta de legitimación de la arrendataria en el procedimiento previsto en el artículo 131 LH no la coloca en situación de indefensión, porque, según el artículo 132.4º (párrafo quinto) de la propia Ley, los terceros poseedores y los interesados tienen abierta la vía del juicio declarativo ordinario para defender convenientemente sus derechos, y así lo ha entendido el TC en sus Sentencias 41/1981 y 64/1985. Esta argumentación del Ministerio Fiscal aparecía ya en las Sentencias del TS de 31 de octubre de 1986 (tercer fundamento de derecho) y de 17 de noviembre de 1989 (quinto fundamento de derecho) para establecer la extinción del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria; se decía en ellas que, contra la indefensión de la arrendataria invocada en los motivos del recurso, se alza la consideración de que ésta ha tenido oportunidad procesal de defender sus derechos en juicio declarativo con dos instancias y un recurso de casación. Mas el TC rechaza en esta ocasión la invocación del Ministerio Fiscal, porque del artículo 24 CE deriva el deber de corregir cualquier situación en que se produzca una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, teniendo en cuenta que «la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva... un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa...» (quinto fundamento de derecho de la sentencia), y, consiguientemente, debe propiciarse una interpretación del artículo 132 LH que elimine los efectos no queridos o en flagrante contradicción con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dado que el lanzamiento acordado por el juez coloca a la arrendataria en posición gravemente disminuida para

(4) Sobre la eficacia del recurso de amparo puede consultarse: J. L. CASCAJO CASTRO Y GIMENO SENDRA, «El recurso de amparo», *Temas clave de la Constitución Española* (colección dirigida por Pedro de Vega), Madrid, 1988, pág. 79; PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, pág. 257; F. CORDÓN MORENO, *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, 1987, pág. 156; R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.

(5) STC 6/1992, cit., Antecedentes, puntos 7 y 9.

una eficaz defensa de su derecho, obligándola a interponer una demanda de juicio declarativo para reponerla en la posesión, de la que ha sido unilateralmente privada (sexto fundamento de derecho de la sentencia).

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional invocada —Sentencias TC 41/1981, 64/1985 y otras mencionadas por el TC para apoyar que la arrendataria no queda indefensa— versaba sobre supuestos fácticos no relacionados, como en este caso, con terceros poseedores por título arrendaticio (tercer fundamento de derecho de la sentencia).

Otros importantes pronunciamientos indirectos que contiene esta sentencia son:

- En el sexto fundamento de derecho se dice que al adjudicatario del piso hipotecado no se le perjudica por mantener al arrendatario en la posesión del mismo, «pues justamente se le da lo que el ordenamiento jurídico permite, es decir, el dominio de la finca». Este es un argumento de peso para sostener la subsistencia de los arrendamientos tras la adjudicación hipotecaria, posiblemente inspirado en la STS de 23 de febrero de 1991, en donde se afirma (quinto fundamento de derecho) que el dominio del adjudicatario no se ve afectado por la existencia de un derecho personal arrendaticio; opinión contraria a la sustentada por el mismo ponente —Jaime Santos Briz— en la STS de 31 de octubre de 1986, donde se sostiene que la protección al poseedor-arrendatario *ex* artículo 446 CC cede ante la deparada al verdadero propietario (el adjudicatario del inmueble (6)).
- El TC invita al legislador a modificar la LH para introducir «una nueva previsión en el proceso del artículo 131 de la LH que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada» (séptimo fundamento de derecho *in finé*). Alude así a un aspecto de política legislativa en que aparecen enfrentados dos principios —la protección del crédito territorial, pilar básico de la legislación hipotecaria, y la estabilidad de los arrendamientos, preocupación de la legislación especial arrendaticia— inconciliables desde la perspectiva del Derecho positivo.

La sentencia concluye con un fallo en que, estimando el recurso interpuesto por la arrendataria del inmueble, decide anular la providencia del Juzgado de Orihuela, de 28 de junio de 1988, reconocer a la recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva y restablecerla en su derecho, ordenando al juez ejecutor se abstenga de ordenar el alzamiento.

(6) *Vid. infra* 2.2 b).

2. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La cuestión relativa a la posible subsistencia de los arrendamientos protegidos, concertados sobre inmueble hipotecado, tras la ejecución de la hipoteca, había sido objeto de controversia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tradicionalmente éste había venido manteniendo una postura que podríamos denominar clásica (7), favorable a la extinción de dichos contratos tras la adjudicación del inmueble, cuyas Sentencias más representativas, recientes, son las de 31 de octubre de 1986 (RA 6022), 23 de diciembre de 1988 (RA 9814) y 17 de noviembre de 1989 (RA 7890), dictadas a propósito de arrendamientos urbanos protegidos por la LAU de 1964. Mas, últimamente, se va afirmando una corriente interpretativa contraria, favorable a la subsistencia de estos contratos de arrendamiento tras la ejecución de la hipoteca, que, a pesar de las críticas doctrinales, se refleja en las SSTs de 9 de junio de 1990 (RA 4749) y 6 de mayo de 1991 (RA 3566) —dictadas a propósito de arrendamientos rústicos protegidos por la LAR de 1980, en juicio de retracto arrendaticio interpuesto frente al adjudicatario de la finca— y 23 de febrero de 1991 (RA 1591), sobre subsistencia de un arrendamiento de local de negocios protegido por la LAU de 1964 en parecidas circunstancias.

A primera vista puede parecer que la disparidad de supuestos contemplados en estas sentencias obstaculiza una valoración global del problema, pues unas de ellas se refieren a arrendamientos urbanos y otras a arrendamientos rústicos (8), en unas se reclama el derecho a la prórroga y en otras

(7) Esta corriente encontró apoyo doctrinal en diversos autores que se mostraron partidarios de la extinción de los arrendamientos en tales circunstancias. Así, p. ej: GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», *ADC*, VIII, fasc. 14, 1955, págs. 1167-1226; MORO LEDESMA, «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca», *Dictamen, ADC*, IX, fasc. 4, 1956, págs. 1325-1347; BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca», *RDP*, 1989, págs. 122 y ss.; J. M. QUINTANA, «Inscripción del arrendamiento de bienes inmuebles. Efectos en cuanto a terceros del arrendamiento no inscrito. El derecho de retorno», en *R.C.D.I.*, julio-diciembre 1987, págs. 1677-1729; ESTRADA ALONSO, E., «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *R.C.D.I.*, núm. 591, 1989, págs. 411 a 433; C. CUADRADO GONZÁLEZ, «LOS efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *Rev. La Ley*, año XII, núm. 2.781, 5 de julio de 1991; GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la Sentencia de 23 de febrero de 1991)», *R.C.D.I.*, núm. 607, noviembre-diciembre 1991, págs. 2225-2259.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 20 de noviembre de 1987 declaran que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos posteriores (tercer fundamento de derecho). Según Bolas Alfonso, las fincas ejecutadas a las que se refieren tales resoluciones no se encontraban arrendadas («A propósito del arrendamiento urbano...», loc. cit., pág. 122).

(8) En el citado trabajo de Estrada Alonso, el autor opta por analizar separadamen-

el derecho de retracto arrendaticio... Mas, con todo, y admitiendo obviamente la distinta regulación contenida en la LAU respecto de la LAR, el conflicto radica fundamentalmente en la oposición de dos principios generales encontrados, que no son otros que el de dotar de estabilidad a los contratos de arrendamiento, inspirador de la legislación arrendaticia, frente al que persigue dotar de seguridad a la hipoteca y al crédito territorial, pilar básico de la Ley Hipotecaria. Su traducción al Derecho positivo viene dada a través de la institución de la prórroga forzosa —art. 57 de la LAU, arts. 25 en relación con los 12, 13, 74 y 78 de la LAR—, así como la enumeración de causas de «terminación» del contrato —art. 114 de la LAU, cap. VIII de la LAR—, que favorecen los derechos del arrendatario; mas el adjudicatario persigue adquirir la finca libre de arrendamiento, invocando a estos efectos lo dispuesto en el artículo 131, regla 17.³ en relación con la 4.⁴, de la Ley Hipotecaria, cuya *ratio* consiste en propugnar que los derechos reales, cargas y gravámenes sobre el inmueble hipotecado no deben prevalecer frente a la hipoteca que se ejecuta.

En las sentencias aludidas, el TS baraja distintos argumentos que trataremos de exponer sistemáticamente. Unos argumentos principales versan sobre la interpretación del artículo 131.17 de la LH y, correlativamente, la correspondiente a las causas de resolución de los arrendamientos protegidos. Al hilo de estos razonamientos surgen otros argumentos secundarios que se refieren a:

- a) La capacidad dispositiva del arrendador.
- b) La compatibilidad del arrendamiento con el derecho de propiedad.
- c) La oponibilidad a terceros del contrato de arrendamiento.
- d) El posible carácter fraudulento de los arrendamientos concertados sobre el inmueble hipotecado.
- e) La prevalencia de la legislación arrendaticia o de legislación hipotecaria.

2.1. Argumentos principales

a) Interpretación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria

Este precepto contiene un mandato dirigido al juez del procedimiento especial para ordenar que se *cancelen*, además de la hipoteca ejecutada, «todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aque-

te unos y otros contratos. Igualmente, Amorós Guardiola, en «Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca (comentario a la Sentencia del TS de 4 de mayo de 1961)», *ADC* 1961, pág. 1019, nota 7.

lla, incluso las que se hubieran verificado después de la certificación prevenida en la regla cuarta», una vez verificado el remate o la adjudicación y consignado el precio, (regla 17.^a). A su vez, la regla 4.^a del propio artículo 131 ordena el juez que admita las demandas del procedimiento hipotecario, reclamar del registrador de la Propiedad una certificación que contenga, entre otros extremos, una «relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes...»

A pesar de que en estos textos no se hace expresa referencia a los contratos de arrendamiento sobre la finca en cuestión, el TS deduce de ellos la ineficacia de un derecho personal nacido con posterioridad a la hipoteca frente al adjudicatario del inmueble, utilizando una técnica de interpretación que presupone que el derecho real de hipoteca es «de mejor condición» que el derecho personal arrendaticio, sobre todo cuando éste no está inscrito (STS de 31 de octubre de 1986 —segundo fundamento de derecho—, 23 de diciembre de 1988 —tercer fundamento de derecho— y, en cierto sentido, STS de 17 de noviembre de 1989 —quinto fundamento de derecho—). Frente a esta interpretación (9), la STS de 9 de junio de 1990, en un juicio de retracto arrendaticio de finca rústica, opone que los arrendamientos no inscritos no están contemplados en el artículo 131, regla 11.^a, de la LH, «excepto cuando existe fraude o mala fe», como establecen las SSTs de 31 de octubre de 1986 y 23 de diciembre de 1988 (tercer fundamento de derecho de la STS de 9 de junio de 1990); así, el propio TS se interpreta a sí mismo para dejar sentado que solamente los arrendamientos fraudulentos están contemplados en el artículo 131.11.^a de la LH (10). En otros supuestos, el TS sostiene que en este precepto de la LH no existe referencia a derechos personales que no tienen acceso al registro (SSTs de 23 de febrero de 1991 —tercer fundamento de derecho— y 6 de mayo de 1991 —segundo fundamento de derecho—, a propósito del derecho de retracto sobre una finca rústica) (11).

(9) Vigorosamente defendida, entre otros, por GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, cit., pág. 2231; y recientemente se adhiere a este parecer LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo y Díaz Alabart, t. XX, vol. 1.^o, Madrid, 1992, págs. 170 y ss.

(10) El argumento parece muy forzado, pues ni los arrendamientos en general ni los fraudulentos se mencionan en dicho precepto.

(11) Doctrina que, a su vez, califica García García de «extraña, por no llamarla pintoresca» (*op. cit.*, pág. 2231). A nuestro juicio, el argumento resulta poco convincente porque, en primer lugar, se ha discutido acerca del posible carácter real de los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa, por lo menos en cuanto a sus efectos, pero, sobre todo, porque entre los derechos reales y los derechos personales no existe relación de jerarquía, sino diferencia de efectos.

b) Causas de resolución de los arrendamientos protegidos

En relación con la interpretación sobre el artículo 131 de la LH, se plantea el TS la cuestión relativa a la adjudicación hipotecaria como posible causa de resolución del contrato de arrendamiento. Tal cuestión, a su vez, guarda relación con cuál sea el carácter —taxativo o meramente enunciativo— del artículo 114 de la LAU y los artículos 75 a 78 de la LAR, según los casos. A este respecto, la doctrina se ha pronunciado en el sentido de admitir otras causas generales de resolución del contrato no reseñadas en la Ley (12), opinión aceptable *a priori* que, sin embargo, choca con el carácter *excepcional* atribuido a la legislación arrendaticia. A este respecto, la STS de 23 de febrero de 1991 es tajante: el artículo 57 de la LAU —afirma en el tercer fundamento de derecho— resultaría infringido si el arrendamiento (de local de negocio en este caso) se resuelve por causa no señalada en la Ley.

Desde otra perspectiva, la STS de 23 de diciembre de 1988 declara en el tercer fundamento de derecho que cuando el arrendamiento resulte gravoso para la propiedad, como lo era en este caso, queda resuelto por aplicación analógica (admitida en el artículo 8 LAU) del artículo 114.12.^a de la LAU al supuesto de ejecución hipotecaria. Esta argumentación incurre en el absurdo de aplicar analógicamente la LAU en perjuicio del arrendatario, por lo que choca con el principio inspirador de esta legislación que propugna la estabilidad de los contratos de arrendamiento. Y hace alusión al problema que supuso en su día para el legislador en esta materia regular la suerte que debían correr los arrendamientos concertados por el usufructuario al extinguirse el usufructo (13). La LAU establece en el artículo 114.12.^a que tales arrendamientos solamente se resolverán en caso de haber sido concertados en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad; y probablemente se refiere a este caso el artículo 78 de la LAR, que incluye entre las causas de resolución del arrendamiento a instancia de quien resulte propietario del inmueble «la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada» (14). En ambos textos legales, esta causa de resolución

(12) García García cita dos ejemplos de resolución no prevista en el artículo 114 de la LAU: uno, el arrendamiento concertados por los padres de un menor, sobre una finca propiedad de éste, cuando llega el menor a la mayor edad; otro, la donación de finca urbana con prohibición de arrendar por tiempo determinado, cuya infracción por parte del arrendador daría lugar a la ineficacia del contrato (*La ejecución hipotecaria...*, cit., pág. 2234).

(13) Sobre este aspecto volveremos *infra*, III.2.

(14) A este respecto García García sostiene que el artículo 78 de la LAR se refiere a casos en que se produce una ineficacia negocial en el título de adquisición del derecho sobre la finca que ostentó el arrendador, mientras que los supuestos de existencia previa de un derecho real sobre la finca, limitador de las facultades del propietario, estarían

del arrendamiento viene establecida por vía de excepción: en la LAU, de manera expresa; en la LAR, porque el principio de estabilidad del contrato se refleja en el artículo 74, que impone «al adquirente de la finca arrendada» —aunque estuviera amparado por el artículo 34 de la LH, dice este texto— la subrogación en todos los derechos y obligaciones del arrendador inicial. Si existe o no analogía entre la extinción del usufructo y la adjudicación hipotecaria es un tema que no abordaremos por el momento (15); indudablemente, ambos supuestos hacen referencia a una misma duda: si el arrendador tiene la capacidad dispositiva necesaria para concertar un arrendamiento cuya eficacia se proyecta más allá del momento en que pierda su derecho sobre la finca. Desde esta perspectiva, la STS de 31 de octubre de 1986, que declara extinguido el arrendamiento tras la ejecución hipotecaria, afirma en el segundo fundamento de derecho que la ejecución hipotecaria es una de las causas de limitación de las facultades del arrendamiento si llega a resolverse el derecho del arrendador; mientras que en la sentencia de 23 de febrero de 1991 y con el mismo ponente (Santos Briz) se sostiene que el artículo 114 de la LAU no incluye la ejecución hipotecaria entre las causas de resolución o extinción del arriendo (tercer fundamento de derecho), por lo que falla a favor de la subsistencia del contrato. La STS de 6 de mayo de 1991 (segundo fundamento de derecho) se *pronuncia* en este último sentido para defender la eficacia de un arrendamiento rústico, y la de 9 de junio de 1990, en un supuesto en que el arrendatario de una finca rústica ejercita la acción de retracto frente al adjudicatario del inmueble, afirma que el artículo 1.571 del CC es inaplicable a los arrendamientos protegidos, añadiendo que el artículo 57 de la LAU exige la prueba de que el arrendamiento se concertó en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad para permitir excepcionalmente la resolución del contrato (16).

2.2. *Argumentos secundarios*

a) Capacidad dispositiva del arrendador

Las sentencias aludidas hacen referencias que recuerdan la problemática planteada en torno a la capacidad del arrendador cuando su derecho sobre

contemplados en otro precepto (el artículo 13 de la LAR); en *La ejecución hipotecaria...*, cit., pág. 2247. El autor apoya su opinión en la de C. CUADRADO GONZÁLEZ, *LOS efectos de la hipoteca...*, cit.

(15) Consideraremos esta posibilidad *infra*, III.2.1.

(16) Esta declaración resulta sorprendente, en primer lugar, porque se cita un artículo de la LAU para resolver un caso en que era de aplicación la **LAR**, en la que para nada se menciona esta excepcional causa de resolución (*vid.* art. 78 LAR); en

la finca —**propiedad, usufructo**— se encuentra en situación claudicante en el momento de arrendar. Pero mientras que el supuesto de finca arrendada por quien ostenta un derecho temporal de usufructo sobre ella fue abordado —**con mayor o menor fortuna**— por el legislador (arts. 480 CC, 114.12.² y 57 de la LAU y, acaso, art. 78 o 13 de la LAR), la posición jurídica del arrendador que pierde su derecho de propiedad por consecuencia de la ejecución hipotecaria es silenciada por el Derecho positivo (17), a pesar de los intentos de la doctrina por interpretar que el artículo 131 de la LH contempla esta hipótesis. A este respecto, un sector doctrinal ha sostenido que el propietario de una finca hipotecada tiene limitadas sus facultades dispositivas —y el arrendamiento de larga duración podría ser una manifestación de ellas— durante la llamada «fase de seguridad de la hipoteca» (18). Sin embargo, y aun admitiendo la restricción de la facultad de arrendar en este caso, lo cierto es que las consecuencias previstas por el legislador en caso de contravención son las establecidas en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario reformado en 1959, en desarrollo del artículo 117 de la LH, y entre las medidas adoptadas no se incluye la más radical, que sería declarar extinguido el contrato de arrendamiento.

La postura jurisprudencial al respecto ha quedado en parte expuesta en el apartado anterior (causas de resolución de los arrendamientos protegidos); en una valoración conjunta de esta doctrina, sólo cabe deducir la vacilación del Tribunal Supremo, que se contradice a sí mismo incluso en sentencias dictadas por un mismo ponente. A ello puede añadirse la afirmación contenida en la STS de 9 de junio de 1990, segundo fundamento de derecho, en un supuesto de retracto arrendaticio de finca rústica, según la cual el artículo 78 de la LAR no es aplicable al nuevo propietario, adjudicatario de la finca, que no ejercitó su facultad de resolver, mientras que, por el contrario, los arrendatarios ejercitaron el derecho de retracto en tiempo y forma; con lo que, indirectamente, parece admitir la ejecución hipotecaria como causa de resolución del arrendamiento *ex* artículo 78 de la LAR, si bien en este caso los arrendatarios se anticiparon al adjudicatario en reclamar sus respectivos derechos.

segundo lugar, porque el artículo de la LAU en que se establece la excepción es el 114.12 y no el artículo 57, aunque es cierto que éste contiene una remisión legal.

(17) Con todo, el artículo 219 del RH admite el evento de que sobre una finca hipotecada se concierte un contrato de arrendamiento que disminuya el valor de la finca. Para Álvarez Caperochipi, este precepto constituye un buen argumento para mantener que el arrendamiento es oponible al rematante de una finca subastada judicialmente. *Curso de Derechos Reales*, t. II, Madrid, 1987, pág. 177.

(18) Representativa de esta tendencia es la postura de DORAL GARCÍA, «La conservación de la cosa hipotecada», *RDP*, 1962, y *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967; y le cita CHICO ORTIZ, *Estudios de Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1989, pág. 1501, a propósito de la acción de devastación.

b) Compatibilidad del arrendamiento con el derecho de propiedad

En la STS de 31 de octubre de 1986, el recurrente, arrendatario de un local de negocios objeto de ejecución hipotecaria, invocaba, para defender la subsistencia del contrato de arrendamiento frente al nuevo propietario y adjudicatario del inmueble, violación del artículo 446 del CC (tercer motivo del recurso); el Tribunal Supremo desestimó su recurso, afirmando que la protección a «todo poseedor» que depara el artículo 446 del CC está subordinada a los preceptos que regulan el derecho del verdadero propietario, en este caso el adjudicatario del inmueble (tercer fundamento de derecho). Frente a esta opinión, la STS de 9 de junio de 1990, en un supuesto similar que versaba sobre juicio de retracto arrendaticio en finca rústica, declara en el tercer fundamento de derecho que los adquirentes en pública subasta a quienes se opone el derecho de retracto arrendaticio no sufren mayor perjuicio que el nacido de la Ley al reconocer el derecho de retracto, y cita en apoyo de esta tesis la anterior STS de 19 de febrero de 1968. A igual conclusión conduce en un supuesto semejante (retracto en arrendamiento rústico) la STS de 6 de mayo de 1991, en donde se afirma que el arrendamiento es compatible con el dominio porque el arrendatario es poseedor civil (segundo fundamento de derecho). Y la STS de 23 de febrero de 1991 declara que el dominio de la adjudicataria no se ve afectado por la existencia de un derecho personal arrendaticio, pues el propietario conserva el *ius possidendi*, como se deduce del artículo 2.057 de la LEC (quinto fundamento de derecho).

El argumento de que la posesión del arrendatario es compatible con el derecho de propiedad del adjudicatario es invocado —impropiamente, dado el carácter del recurso de amparo— en la STC de 16 de enero de 1992, a la que ya hemos hecho referencia. Se resume en la consideración de que, al fin y al cabo, tras la ejecución hipotecaria se otorga al adjudicatario lo que la Ley le concede, que es únicamente el dominio, el derecho de propiedad. Ciertamente es que, desde un punto de vista de estricta justicia, este derecho de propiedad desnudo de las facultades de goce, de uso, de disfrute, sobre el inmueble puede ser poco atractivo para el adjudicatario, muy especialmente cuando éste concurrió a la subasta y ofreció un precio en la ignorancia de que iba a verse privado de las facultades más importantes, prácticamente, del dominio, bien por ignorar la existencia del arrendamiento de larga duración, ya que por considerar que tal inconveniente quedaría soslayado por la interpretación tradicional que ha venido sentándose en torno al artículo 131 de la LH. Como dice García García en su crítica a la STS de 23 de febrero de 1991 (19), aplicarle al adjudicatario de la subasta la distinción entre posesión mediata e inmediata, aparte de no ser conforme

(19) *La ejecución hipotecaria...*, cit., pág. 2242.

con el precepto invocado (el artículo 2.057 de la LEC) —que, según este autor, favorece los derechos de terceros «de mejor derecho», es decir, a los nacidos con anterioridad a la constitución de la hipoteca—, no deja de ser una «broma de mal gusto» para el adjudicatario...

Sin embargo éste es, como ya advertíamos, uno de los argumentos de mayor peso en favor de la subsistencia de los arrendamientos frente al adjudicatario del inmueble. En primer lugar, 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, finca arrendada, derechos de uso y habitación, aparcería rústica, por ejemplo; son casos en que el nudo propietario no puede reclamar la posesión inmediata. En segundo lugar, porque, desde un punto de vista puramente patrimonial, y cuando se trata del ejercicio del derecho de retracto por parte del arrendatario, el adjudicatario recibe el precio pagado por la finca en la subasta, que tendrá que desembolsar el retrayente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 y concordantes de la LAR, por lo que el valor económico de su activo patrimonial no se ve disminuido. Cabe añadir que el arrendamiento puede resultar rentable, en términos puramente económicos, singularmente cuando la renta pactada sea conforme con las previsiones del artículo 219 del RH.

c) Oponibilidad a terceros del contrato de arrendamiento

La legislación arrendaticia se caracteriza, entre otros extremos, por el fortalecimiento de la eficacia y oponibilidad de los contratos de arrendamiento frente a futuros adquirentes de las fincas, apartándose de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.257, párrafo primero, del CC. Los preceptos que de manera más patente reflejan esta particularidad son los artículos 57 de la LAU y 74 de la LAR, fruto de una considerable evolución tendente a perfeccionar desde el punto de vista de la técnica legislativa, este excepcional principio. Concurre a la misma finalidad la admisión de la inscribibilidad de estos contratos en el Registro de la Propiedad, que a su vez cobra expresión legal en el precepto del artículo 2, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria (20).

Estas normas excepcionales y sus concordantes han sido invocadas en los litigios para fundamentar la subsistencia de los arrendamientos protegidos, no obstante el cambio de titularidad dominical subsiguiente a la adjudicación del inmueble al rematante de la subasta tras el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 131 de la LH.

(20) Sobre el juego y alcance de estos preceptos volveremos a tratar más adelante, *sub. II.3* y *sub. III.1.2.a*).

En la STS de 23 de diciembre de 1988 se declaró la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocios concertado después de haber sido iniciado el procedimiento hipotecario, a instancia de la entidad adjudicataria del inmueble, en recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que resolvió a favor de la subsistencia del contrato. Se daba la circunstancia de que la renta pactada inicialmente, capitalizadas al 6 por 100, no llegaba a cubrir ni siquiera la mitad de la cuantía del crédito garantizado por la hipoteca. En apoyo del fallo se afirma en el tercer fundamento de derecho que el artículo 225 de la LH sólo hace eficaces *erga omnes* los derechos inscritos (21).

Frente a esta interpretación, las sentencias que se pronuncian a la subsistencia del arrendamiento argumentan:

- Que la ejecución hipotecaria no constituye excepción legal a la prórroga forzosa establecida en el artículo 57 de la LAU (STS de 6 de mayo de 1991, segundo fundamento de derecho) (el argumento se fórmula *obiter dicta*, ya que en este caso se resolvería acerca de un juicio de retracto sobre una finca rústica).
- Que, tratándose de un arrendamiento rústico, la ejecución hipotecaria del inmueble no obstaculiza el ejercicio del derecho de retracto frente al adjudicatario de la finca, porque las excepciones a la prórroga forzosa establecida en el artículo 25 de la LAR están previstas en los artículos 12 y 13 de la propia Ley, y no son aplicables al haber sido concertado el arrendamiento por quien era propietario de la finca (STS de 9 de junio de 1990, segundo fundamento de derecho).
- Que el adjudicatario es causahabiente del anterior propietario que concertó el arriendo y queda subrogado en la posición jurídica del arrendador, por lo que no es «tercero» a los efectos del artículo 1.257 del CC (STS de 6 de mayo de 1991, cuarto fundamento de derecho, en juicio de retracto en arrendamiento rústico).

En definitiva, estos pronunciamientos ponen énfasis en la prorrogabilidad forzosa del contrato, cuyas excepciones legales están previstas de

(21) El argumento resulta poco convincente a nuestro juicio, pues, de una parte, si el arrendamiento de autos hubiera estado inscrito, no hubiera resultado eficaz en este caso frente al adjudicatario recurrente, porque el juez, de oficio, hubiera decretado la cancelación (art. 131, reglas 17.^a y 4.^a, de la LH). Y, por otra parte, el artículo 57 de la LAU dota al arrendamiento protegido, independientemente de que esté o no inscrito, de una oponibilidad a terceros superior incluso a la que depara el Registro. Como dice Amorós Guardiola, en expresión más gráfica que exacta, «el arrendamiento urbano de la Ley especial es oponible a terceros aun sin inscripción», *Arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1022.

manera taxativa, para subrayar la subsistencia del contrato a pesar del cambio de titularidad dominical. Mas tampoco resultan convincentes para justificar la eficacia del contrato frente al adjudicatario, porque lo que propiamente afirman dos de ellos (SSTS de 6 de mayo de 1991, en el segundo fundamento de derecho, y 9 de junio de 1990) es que la adjudicación hipotecaria no constituye excepción a la prórroga forzosa, pero la cuestión de fondo —¿y frente a *quién* es oponible esta prórroga forzosa?— queda soslayada. El tercer argumento citado (el de la STS de 6 de mayo de 1991, cuarto fundamento de derecho) sí que, en cambio, aborda **frontalmente** el problema, al enfocarlo desde una nueva perspectiva: el de la posible «subrogación» en el contrato por parte del adjudicatario.

A este respecto, la expresión utilizada por la LAR difiere de su correlativa en la LAU. El artículo 74 de la LAR es más contundente cuando impone «la subrogación» de «el adquirente de la finca» en los «derechos y obligaciones del arrendador»; a partir de este tenor literal sería difícil llegar a demostrar que el adjudicatario no se encuentra incurso en esta hipótesis; lo que dice la LAR es que cualquier adquirente queda subrogado forzosamente en el contrato entero, si bien no todos los adquirentes se encontrarán incluidos, pues el artículo 78 de la propia LAR hace referencia a aquellos adquirentes que traigan causa de un arrendador cuyo derecho sobre la finca se encontrara en «situación claudicante», en cuyo caso faculta «al que resulte propietario» para resolver. Restaría así por dilucidar si el hecho de encontrarse la finca hipotecada al concertarse el arrendamiento, unido a la posterior ejecución de la hipoteca y consiguiente pérdida de la propiedad por parte del arrendador, constituye una de las causas de «resolución del derecho del arrendador» que facultan al adquirente para resolver el contrato. El artículo 57 de la LAU y su concordante, el artículo 114.12.^a, presentan una dicción más restringida: el artículo 57 menciona la figura de la «sucesión» para hacer oponible a ciertos terceros —los que «sucedan» al arrendador— únicamente una de las características especiales del contrato: la prórroga forzosa; las «situaciones claudicantes» contempladas en la LAR bajo la expresión «resolución del derecho de arrendador» aparecen contempladas en el artículo 114.12.^a, que se refiere exclusivamente a la extinción del derecho de usufructo del inicial arrendador. Se ha querido hacer uso de una interpretación analógica de este texto para extenderlo al supuesto de ejecución hipotecaria, como ya hemos expuesto. Mas, en rigor, ni el artículo 57 de la LAU impone de manera expresa la prórroga forzosa al adjudicatario, ni el artículo 114.12.^a contempla el supuesto de la ejecución hipotecaria como «situación claudicante», ni la interpretación analógica es correcta pues el artículo 8 de la LAU no puede ser utilizado para justificar una interpretación que desfavorece los intereses del arrendatario, ya que ello sería contrario a la *vatio* de la LAU.

- d) El posible carácter fraudulento de los arrendamientos concertados sobre inmueble hipotecado

La STS de 23 de diciembre de 1988 (segundo y tercer fundamentos de derecho) declara ineficaz el contrato de arrendamiento de local de negocios concertado «con ánimo **defraudatorio**», y deduce este carácter fraudulento de dos circunstancias concurrentes en el caso, concretamente; el haber sido concertado con posterioridad al inicio del procedimiento hipotecario (dado que el Registrador de la Propiedad había ya expedido la certificación de cargas prevenida en el artículo 131, regla 4.ª, de la LH, a petición del juez encargado del procedimiento) y, además, el haberse pactado una renta insuficiente respecto del criterio expresado en el artículo 219 del RH (capitalizada al 6 por 100 no llegaba a cubrir la responsabilidad asegurada). Abunda en esta argumentación la STS de 17 de noviembre de 1989, al fallar que el contrato de arrendamiento era inexistente dado que fue concertado verbalmente, una vez iniciado el procedimiento hipotecario, a favor de familiares próximos del arrendador (su hija y yerno), y más aún habiendo sido éste declarado en concurso de acreedores y vulnerando la cláusula de no arrendar que figuraba en la escritura de préstamo hipotecario.

Este argumento resulta especialmente importante para el tema que nos ocupa. En resumen, sólo reputa inexistentes los arrendamientos celebrados con mala fe, con ánimo defraudatorio, lo que resulta coherente con la teoría general del contrato. Falta en ellos un requisito ineludible: el consentimiento de las partes respecto del objeto del contrato, por existir discordancia entre lo declarado y lo realmente querido por las partes. Se trata de un supuesto de simulación que conlleva la inexistencia de la declaración de voluntad necesaria para la perfección y eficacia del negocio.

En una consideración global de esta jurisprudencia, resulta que realmente el TS distingue entre arrendamientos válidamente celebrados, que declara en principio subsistentes, y arrendamientos fraudulentos, que no son eficaces frente al adjudicatario porque no existen **para** el Derecho. Por esto —por las irregularidades existentes en el momento de su **perfección**— y no por estar o no contemplados en el artículo 131 de la LH (como interpreta la STS de 9 de junio de 1990 en el tercer fundamento de derecho, antes mencionada) es por lo que se hacen inoponibles al adjudicatario del inmueble. Resume esta precisión la STS de 23 de febrero de 1991, citada, en el sexto fundamento de derecho, al declarar que deben subsistir los arrendamientos concertados mediando buena fe entre arrendador y arrendatario, mientras no se acredite confabulación o fraude contra el acreedor hipotecario ni contra el adjudicatario, como ocurrió en las SSTS de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989. Y en la Sentencia de la Audiencia

Provincial de Segovia de 14 de octubre de 1991 (22), a propósito del ejercicio de la acción de retracto *ex* artículo 48 de la LAU, se valorarán conjuntamente las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado el problema de la subsistencia de los arrendamientos tras la ejecución hipotecaria, para llegar a la conclusión de que, según la jurisprudencia, la extinción de los arrendamientos no opera *ope legis*, sino únicamente en aquellos arrendamientos concertados fraudulentamente, o bien cuando resultan notoriamente gravosos para el propietario (en este último caso, por aplicación analógica del artículo 114.12.⁴ de la LAU).

Por consiguiente, el momento de conclusión del contrato cuando es posterior al comienzo del procedimiento hipotecario, la renta insuficiente o el hecho de haber sido declarado el arrendador en concurso de acreedores, son circunstancias tenidas en cuenta por el Tribunal Supremo para declarar el carácter fraudulento del contrato de arrendamiento, y por ello la ineficacia del contrato, también frente al adjudicatario. El punto relativo a la renta, además, puede influir a la hora de calificar el contrato como «gravamen» (23), con lo cual podría subsumirse tal contrato en lo establecido por el artículo 131, reglas 17.^a y 4.^a, de la LH. En relación a la cuantía de la renta, la STS de 23 de febrero de 1991, que declara subsistente un arrendamiento de local de negocios, consideró que la cláusula de «no arrendar por renta anual que capitalizada al *porcentaje legal* anual no cubriese la responsabilidad total asegurada» no resultó infringida al arrendar, aplicando el criterio el artículo 219 del RH para concretar el significado de la expresión «porcentaje legal» inserta en el pacto (24).

e) Prevalencia de la legislación arrendaticia o de la legislación hipotecaria

El problema examinado ha sido abordado también desde la perspectiva de la oposición que ocupan las legislaciones encontradas en el conjunto del ordenamiento positivo. Tanto el carácter de la legislación hipotecaria como el de legislación arrendaticia había sido objeto de discusión doctrinal, y la postura mayoritaria había sostenido que la legislación arrendaticia está integrada por normas de «Derecho excepcional» (25), mientras que la LH, en

(22) Rev. *La Ley*, año XIII, núm. 2.938, Madrid, jueves 13 de febrero de 1992 (ponente: Conde-Pumpido Tourón). *Vid.* especialmente el cuarto fundamento de derecho.

(23) Acerca de este aspecto *vid. infra*, punto II.

(24) García García opina que el porcentaje del 6 por 100 establecido en el artículo 219 del RH no es «legal», sino el «reglamentario», y que podría interpretarse que la cláusula en cuestión hacía alusión al «interés legal del dinero»; por ello —dice— lo correcto hubiera sido declarar la ineficacia de la cláusula por indeterminación del pacto (*op. cit.*, pág. 2241).

(25) Esta opinión puede ser considerada como «lugar común» en la doctrina.

sus aspectos sustantivos, ocupa igual rango que el del CC, por lo que sus preceptos son de «Derecho común» o, en expresión de ciertas sentencias, de «Derecho privado tradicional» (26). Era éste un ingenioso planteamiento para llegar a demostrar la prevalencia del Derecho excepcional (la legislación arrendaticia) sobre el Derecho común (la legislación hipotecaria) y deducir la subsistencia de los arrendamientos protegidos tras la ejecución hipotecaria.

Esta argumentación subyace en el segundo fundamento de derecho de la STS de 9 de junio de 1990. Tras destacar que la LAR tiene un sentido «socializante» y «protector de quien trabaja la tierra», sostiene que la legislación arrendaticia configura un «Derecho excepcional» cuyos principios «no pueden quedar desvirtuados por los del Derecho privado tradicional» (en alusión al artículo 131 de la LH), porque ello «conduciría a un resultado diametralmente opuesto al querido por la ley especial», por todo lo cual falla a favor de la subsistencia del arrendamiento rústico (27).

La principal objeción que suscita tal razonamiento radica, a nuestro juicio, en atribuir al artículo 131 de la LH un carácter de Derecho sustantivo que precisamente este precepto no tiene, aun admitiendo la teoría acerca de la igualdad de rango entre el CC y los *preceptos sustantivos* la LH. El artículo 131 de la LH es una norma de carácter adjetivo (28) y marcadamente procedimental; tiene por destinatarios al Registrador de la Propiedad y al juez ejecutor, a quienes ordena cancelar ciertas inscripciones y anotaciones, por lo que en modo alguno puede ser considerado como precepto de Derecho privado y sustantivo. No es ésta, por tanto, la razón por la cual debería «ceder» ante los principios que provocaron la necesidad de dictar las excepcionales normas de la LAR.

En esta perspectiva «normativista», la STS de 23 de febrero de 1991 desciende al terreno puramente cronológico —al principio de que las leyes se derogan por otras posteriores— para declarar la subsistencia de un arrendamiento urbano teniendo en cuenta que el artículo 57 de la LAU es de

(26) *Vid.* sobre esta postura intermedia, predominante, y otras que propugnan la desigualdad de rango entre el CC y la LH, CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1989, págs. 90 y 91.

(27) El razonamiento de esta sentencia contradice abiertamente las declaraciones de la clásica STS de 5 de febrero de 1945, también sobre arrendamientos rústicos, en donde se decía que la hipoteca «pulveriza», cuando su efectividad llega, cuantas limitaciones a la facultad de disfrute se establezcan después de su constitución; y que, de no entenderse así, el efecto hipotecario «sería vacuo», pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años que, si se abonaran por anticipado, reducirían poco menos que a la nada el valor de la finca. *Vid.* el análisis de este enfrentamiento jurisprudencial en GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 2242 y ss.

(28) Así lo reconocen, entre otros muchos, el propio GARCÍA GARCÍA, en su *op. cit.*, págs. 2233 i.f. y 2237.

aplicación preferente a la LH «por ser la LAU de fecha posterior» (tercer fundamento de derecho). Este razonamiento es sencillamente falso, pues lo cierto es que el precepto cuestionado —el artículo 131, regla 17.^a, de la LH— procede de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de las reglas 3.^a, 7.^a, 8.^a, 12.^a, 13.^a, 14.^a, 15.^a y 17.^a del artículo 131 LH, si bien, aunque es cronológicamente posterior al artículo 57 de la LAU de 1964, esta reforma tuvo por objeto adaptar el precepto a una reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (29). Por lo demás, en la fecha en que se dicta esta sentencia, el artículo 57 de la LAU de 1964 había sido suprimido —aunque, naturalmente, sin efectos retroactivos— por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica.

Con todo, el planteamiento **normativista** puede ser válido desde el terreno de los principios generales propugnados en los respectivos bloques normativos. El deseo de fortalecer la estabilidad de los arrendamientos rústicos y urbanos ante los cambios de titularidad real sobre la finca movió al legislador a establecer las excepcionales normas sobre prorrogabilidad de los contratos, mientras que la protección del crédito territorial inspira al legislador las normas que potencian la seguridad de la hipoteca. En realidad, los dos principios tienen algo de especial, o de excepcional, en el conjunto de los propios del Derecho civil, y en el conflicto examinado chocan con cierta violencia. Cuál de ellos deba prevalecer es una cuestión de política legislativa expresamente silenciada por el legislador, que tuvo oportunidad, en 1959, de incluir la extinción de los arrendamientos entre los efectos de la acción de devastación, con ocasión de la reforma del artículo 219 del RH, pero no lo hizo; en 1985 suprimió el carácter forzoso de la prórroga de los arrendamientos, aflojando en cierta medida la tensión entre ambas legislaciones; en 1986 pudo incluir en las reglas 11.^a y 4.^a del artículo 131 de la LH los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa, pero en lugar de ello mantuvo las imprecisas expresiones de «gravámenes» y «cargas» y la expresa referencia a los «anotados» o «inscritos» (30). Ahora, en 1992, el Tribunal Constitucional invita expresamente

(29) Según CHICO ORTIZ, *Estudios de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1989, pág. 86. Acerca de esta reforma vid. LÓPEZ LIZ, *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Desarrollo práctico del procedimiento tras su reforma por Ley de 14 de mayo de 1986*, 1987.

(30) Una cuarta oportunidad para precisar este extremo es la reforma del Reglamento Hipotecario en lo relativo al procedimiento notarial de ejecución de hipotecas, operada por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo (BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992). El artículo único del mismo añade al artículo 236 quince artículos que se enumeran con letras. Pero se mantienen las expresiones de «gravámenes» y «cargas» en los preceptos correlativos a los que versan sobre procedimiento judicial (vid. texto introducido de los artículos 236.b).1.3.^o, 236.d).1, 236.f)A y 236.l).3 por el Real Decreto).

al legislador a regular esta cuestión de Derecho sustantivo; se avecina, seguramente, una reforma que fije definitivamente la prevalencia de uno u otro principio.

3. REPLANTEAMIENTO

La cuestión debatida en las sentencias que hemos examinado plantea la dificultad de obligar al análisis de preceptos insertos en puntos muy distantes entre sí. Parece evidente que el ordenamiento privado no contiene una solución expresa al respecto, por lo que es preciso proceder a una interpretación de normas próximas al problema para intentar subsumirlo en sus respectivas hipótesis de hecho. Esta labor de subsunción resulta en ocasiones muy forzada y provoca de hecho radicales discrepancias entre los intérpretes. Uno de los obstáculos más importantes se encuentra en el carácter especial o excepcional de las normas implicadas, carácter que impide utilizar en la interpretación argumentos basados en el Derecho civil común o general. Ocurre así, por ejemplo, cuando se quiere afirmar que un arrendamiento no inscrito se extingue por consecuencia de la adjudicación hipotecaria, o que se extingue por la analogía que guarda el supuesto con el de extinción de usufructo concertado en condiciones gravosas para la propiedad, o cuando se sostiene que el derecho arrendaticio, derecho personal, es de «peor condición» que el derecho de hipoteca, de naturaleza real.

En el problema examinado se relacionan aspectos heterogéneos. Por una parte, la legislación registral, que es aplicable al régimen de la hipoteca y sólo parcialmente a los contratos de arrendamiento. Por otra, la legislación arrendaticia, cuya óptica esencial debiera ser sólo el arrendamiento como contrato, pero que en algunos puntos sobrepasa este ámbito propio para adentrarse en el terreno de los derechos reales. Ninguno de estos bloques normativos presenta un punto de conexión que claramente permita resolver nuestra cuestión.

Parece conveniente, por ello, analizar por separado dos aspectos que presenta el contrato de arrendamiento. Primeramente consideraremos el arrendamiento como gravamen, puesto que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin mencionar a los arrendamientos en concreto, hace referencia a los gravámenes inscritos. La aplicabilidad del precepto a estos contratos requiere previamente averiguar si constituyen o no gravámenes, cuestión que guarda relación con la controversia doctrinal en torno a la naturaleza del contrato de arrendamiento, así como a la de los derechos que confiere al arrendatario. Y requiere también deducir, por el contrario, el régimen que siguen los gravámenes no inscritos desde la perspectiva de la legislación hipotecaria. Y en segundo lugar examinemos las particularidades que pre-

senta el arrendamiento como contrato, puesto que la legislación arrendaticia, al instaurar el sistema de prórrogas forzosas especialmente, dota al contrato de una eficacia anómala que sitúa a la figura contemplada en un punto intermedio entre los derechos personales y los reales.

No aspiramos en este trabajo a propugnar una solución unívoca a tan compleja cuestión. Solamente ofrecemos una exposición armónica del problema, que trata de prescindir de adhesiones incondicionales al Derecho registral o al Derecho de arrendamientos —error en el que con frecuencia incurren los intérpretes— en el deseo de centrar el problema en su justo punto, que es el Derecho civil considerado en su conjunto.

II. EL ARRENDAMIENTO COMO GRAVAMEN

1. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN

Los negocios jurídicos patrimoniales pueden ser de tres tipos: de administración, de disposición y de atribución.

Son actos o negocios de administración aquellos que tienen por finalidad la conservación y defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio, así como los dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico. Por ejemplo, el arrendamiento de una cosa.

Son actos o negocios de disposición aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido. Por ejemplo, la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa.

Son actos o negocios de atribución los que producen la transferencia de un derecho subjetivo de un patrimonio. Por ejemplo, la concesión del derecho de usufructo (31).

El concepto de gravamen aparece íntimamente relacionado con el de negocio dispositivo: la constitución de un gravamen presupone una actividad dispositiva que conlleva un empobrecimiento, y en eso se opone al acto de mera administración (32).

Constituyen gravámenes todos los actos y negocios jurídicos que provocan una disminución del valor del patrimonio sobre el que recaen; por el contrario, los actos que se limitan a conservar un patrimonio son actos de

(31) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, reimpresión de la segunda edición de 1983, Madrid, 1986, págs. 74 a 76.

(32) GITRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 17.

administración (33); y los que ocasionan el ingreso de un derecho subjetivo en el patrimonio son actos de atribución patrimonial.

La trascendencia práctica de esta distinción dogmática viene dada por la necesidad de determinar cuál sea la esfera de actuación de los representantes sobre patrimonios ajenos confiados —por la ley o por la autonomía de la voluntad— a su administración o gestión. Desde esta perspectiva los autores se han planteado la cuestión de si el arrendamiento constituye o no gravamen.

El contrato de arrendamiento ha sido, tradicionalmente, uno de los negocios más conflictivos a la hora de establecer la capacidad necesaria para concertarlo. Claro es que la tiene el propietario o el usufructuario, pero en el caso de encontrarse la cosa bajo administración se ha discutido si el representante puede válidamente arrendar los bienes del representado —incluso si debe hacerlo para explotar adecuadamente el patrimonio— o si, por el contrario, precisa de un poder especial o acaso de una autorización judicial, según los casos.

Esta cuestión guarda relación con la naturaleza real o personal del derecho arrendaticio. A este respecto, en el Derecho romano, el arrendamiento de cosas en general (*locatio conductio rei*) confería al *conductor* —*inquilinus* o *colonus*, según versara sobre fundos urbanos o rústicos, respectivamente— únicamente un derecho personal cuyo contenido se reducía a poder exigir al *locator* una indemnización cuando éste le impedía el uso de la cosa o bien cuando un nuevo propietario le privaba del mismo en virtud de su poder dominical. Mas el *conductor* carecía de facultad para defender la cosa frente a terceros, pues en el caso de venta de la cosa arrendada tal posibilidad exigía pacto, entre comprador y vendedor, de respetar al arrendatario. Si el *locator* ostentaba la condición de usufructuario de la cosa, la *locatio conductio* se extinguía al concluir el usufructo, por lo que el arrendamiento no era oponible al nudo propietario.

Con todo, existieron en el Derecho romano casos especiales en que la protección del derecho del arrendatario era mayor. La especialidad de tales casos vino dada por el largo plazo de duración del contrato. Aparece así la figura de la *condueño agrivectigalis*, o arrendamiento rústico del *ager* perteneciente a las ciudades, a largo plazo y mediante una renta pública fija (*vectigal*). A pesar de las mayores facultades otorgadas a este arrendatario público, en orden a la disposición de su derecho, el posible carácter real de la correspondiente acción aparece discutido. En la época posclásica se admite la figura de una *condueño perpetua*, que puede recaer incluso sobre propiedad privada, generadora de un derecho denominado primeramente *ius*

(33) BONFANTE, «Il concetto di atto di amministrazione», en *Scritti giuridici varii*, t. III, Turín, 1926, pág. 338.

perpetuum y luego *ius emphyteuticum*, el cual acaba por configurarse como verdadero derecho real (*vid.* CJ 4, 66).

Vemos así cómo la duración muy larga, o perpetua, del primitivo contrato de *locatio conductio* transforma el derecho del arrendatario en un derecho sobre la cosa que participa de algunas características propias de los derechos reales, aproximándolo a la noción de gravamen (34).

El Código Civil contempla dos supuestos en los que el derecho de arrendatario entra en conflicto con terceros propietarios de la cosa arrendada: uno es el del artículo 480, que autoriza al usufructuario para arrendar la cosa usufrutuada; otro, el del artículo 1.571, relativo a los derechos del arrendatario en caso de venta de la cosa a un comprador. Ambos casos los resuelve el Código conforme al concepto clásico sobre la *locatio conductio* en el Derecho romano. El arrendatario no podrá oponer su derecho al uso y goce de la cosa frente al nudo propietario una vez expirado el plazo del derecho de usufructo, ni tampoco frente al comprador, nuevo propietario de la finca, en este caso salvo pacto en contrario en el que el arrendatario no es parte. De estas normas se deduce que, por propia naturaleza, el arrendamiento no es oponible a terceros; el derecho de arrendatario carece, en principio, de una característica propia de los derechos reales: la eficacia frente a terceros.

Sin embargo, en los referidos supuestos, esta regla general presenta excepciones, hecho en sí que apunta hacia una diversificación de situaciones según el tipo de arrendamiento concertado y, a su vez, a la consideración de que la inoponibilidad a terceros no es esencial en el concepto de arrendamiento: el arrendamiento concertado por usufructuario será oponible frente al nudo propietario una vez finalizado el usufructo, si es rústico, y mientras dure el año agrícola (35), y el arrendamiento de finca que pasa a ser propiedad del comprador subsistirá «salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

El Código Civil introduce así, por la vía del artículo 1.571, el problema de la eficacia de los arrendamientos inscritos frente a los terceros adquirentes de la propiedad de la finca. En relación a este precepto se ha llegado a opinar que el arrendamiento no inscrito confiere al arrendatario un derecho personal y el inscrito, un derecho real (36); mas esta tesis ha sido comúnmente superada bajo el argumento de que la inscripción en sí no altera la naturaleza de los derechos (37), y por ello la doctrina mayoritaria

(34) D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, págs. 469 a 473.

(35) La excepción no por nimia deja de ser significativa.

(36) Así MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. II, 6.³ ed. revisada por J. M. Bloch, Madrid, 1969, pág. 274.

(37) LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario», en *ADC*, enero-diciembre 1956; en parecido sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, 1948, pág. 47.

sostiene que se trata de un supuesto excepcional de **inscribibilidad** de derecho no real (38). Roca Sastre añade que la Ley Hipotecaria hubiera debido respetar la forma propia del aseguramiento registral de los derechos personales, que es la anotación preventiva, reservando la inscripción para registrar únicamente los derechos reales (39).

Los primeros comentaristas del Código Civil advirtieron ya la necesidad de distinguir entre arrendamientos que constituyen gravamen y arrendamientos que tienen eficacia puramente personal, con ocasión de examinar la procedencia de los contratos celebrados por el marido —**entonces** administrador legal de los bienes de la **esposa**— sobre inmuebles pertenecientes a su cónyuge. Y afirmaba Manresa que mientras que el arrendamiento en sí supone un acto de administración indispensable para una adecuada gestión del patrimonio de la esposa, el arrendamiento oponible a terceros —**el inscrito**— configura un acto de dominio para el cual el marido precisaría poder especial (40). En la oponibilidad a terceros del derecho arrendaticio —**admitida** entonces no por el Código Civil, sino por el artículo 2 de la LH— vieron los autores la naturaleza de gravamen de ciertos arrendamientos.

Los primeros brotes legislativos de protección social del arrendatario —que se inician en España 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 normas especiales arrendaticias (41), ha fortalecido, si cabe, la aplicación de la noción de gravamen a los arrendamientos protegidos. Como dice Amorós Guardiola, «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» (42).

Esta última afirmación ha sido reiterada por la doctrina. Así, en relación con la LAU de 1955, articulada por Decreto de 21 de abril de 1956 —cuyo

A propósito de la inscripción registral de los arrendamientos, *vid.* J. M. QUINTANA, *op. cit.*

(38) *Vid.* por todos LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, III bis (Derecho inmobiliario registral), Barcelona, 1984, págs. 93 y ss.

(39) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, cit., págs. 39 y 40.

(40) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. II, 6.^a ed. revisada por J. M. Bloch, Madrid, 1969, pág. 64 en relación con pág. 22.

(41) Sobre este aspecto a lo largo de la evolución de la legislación arrendaticia anterior a la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955, *vid.* GARCÍA CANTERO, «La renta base: su aumento y reducción en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, 1956, págs. 1276 y ss.

(42) *Arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1021.

artículo 57 presenta un texto idéntico al del propio artículo en la versión de 1964—, opinaba Nart (43) que un arrendamiento concertado por usufructuario, en que se pactaran rentas ridículas, y oponible al nudo propietario al concluir el usufructo de manera indefinida por el sistema de prórrogas forzosas, constituye un auténtico gravamen. López Jacoiste afirmará al respecto que ya en los preceptos del Código aparece la exigencia de poder de disposición para otorgar arrendamientos cuyo término exceda de seis años, en el supuesto del artículo 1.548 (argumento que parece válido no obstante la reforma operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo); 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 el contrato (44). Dado que este criterio estándar es el de larga duración (más de seis años, conforme al artículo 2.5.º de la LH), no es necesario añadir que el sistema legal de prórrogas forzosas hace que este plazo se rebase *de jacto* en la mayoría de los casos.

A pesar de estas opiniones, que resultan convincentes, no faltan otras expresamente negativas, o cuando menos intermedias, en torno a la configuración del arrendamiento como gravamen. Por ejemplo, Moro Ledesma (45), en un análisis histórico que comienza en el Derecho romano y atraviesa por los *Códices* de 1865 y 1942, el *Code*, el BGB y el Código civil suizo, concluye que el derecho arrendaticio, en el ordenamiento español, tiene «dudosa naturaleza real». Y más recientemente O'Callaghan sostiene que, si bien la inscripción de un arrendamiento no altera la naturaleza personal del derecho arrendaticio, la constitución de un arrendamiento inscribible o sujeto a prórroga forzosa «compromete de tal modo la finca que parece evidente que no puede tenerse como un simple acto de administración» a los efectos de la capacidad necesaria para contratar; en tal caso se trata —según el mismo autor— de un acto «de administración extraordinaria», «no de disposición», que requiere mayor capacidad en los sujetos, análoga que la prevista para los actos de disposición, citando en apoyo de su tesis el artículo 1.548 del CC y las SSTs de 30 de marzo de 1987 y 12 de noviembre de 1987 (46).

La Ley 592 del Fuero Nuevo de Navarra aborda la cuestión relativa a la naturaleza del otorgamiento de arrendamiento en estos términos: «El

(43) «Ex arrendamientos», en *ADC*, IV-3, 1955, pág. 935.

(44) LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso...», cit., en *ADC*, cit., pág. 1240.

(45) «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca» (dictamen), en *ADC*, 1956, págs. 1325-1347, en particular págs. 1329 a 1336 y 1374.

(46) O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Madrid, 1989, págs. 116 y ss.

contrato de arrendamiento cesa al extinguirse el poder de disposición o administración del arrendador sobre la cosa arrendada, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.» En este texto se advierte que el arrendamiento puede ser considerado tanto como acto de administración como de disposición, según las condiciones en que se concierte (47).

A nuestro juicio, en la consideración del arrendamiento como posible gravamen —cuestión importante para determinar si el artículo 131 de la LH contempla los contratos de arrendamiento— conviene deshacer previamente algunos equívocos. La sede adecuada para examinar el concepto de gravamen se encuentra en la teoría de los actos o negocios dispositivos, entendidos como actos que provocan una disminución del valor económico de la cosa. La noción de gravamen así establecida es independiente —pero no antagónica— del concepto de derecho real y, a su vez, de la categoría de los derechos que tienen acceso al Registro. Así como la inscribibilidad de un derecho subjetivo, en el derecho de cosas, no afecta a la naturaleza real o personal de tal derecho, tampoco la noción de derecho real equivale a la de gravamen; cierto es que, en la mayoría de los casos, las tres nociones —derecho real, inscribibilidad y gravamen— coinciden (así, por ejemplo, el derecho de usufructo participa simultáneamente de estos tres aspectos). Mas en una línea puramente conceptual las tres notas no son interdependientes, y en el caso del derecho arrendaticio lo que determina que se considere como gravamen es un criterio económico más que jurídico: el de posible desvalorización del inmueble.

A este respecto, como ha afirmado López Jacoiste, el valor económico de un inmueble viene dado por su valor en renta y por su valor en venta (48). La constitución de un arrendamiento en ocasiones (no automáticamente) puede ser un factor jurídico desencadenante de una disminución de ese valor. Los criterios tradicionalmente observados para determinar cuáles arrendamientos desvalorizan el inmueble y cuáles, por el contrario, se limitan a conservarlo han sido el de la duración del contrato (que puede disminuir el valor en venta) y el de la cuantía de la renta. Por consiguiente, el contrato de arrendamiento, en ciertos casos, puede llegar a constituir un verdadero gravamen.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la capacidad necesaria para celebrar actos y negocios dispositivos, parece claro que la constitución de un derecho real limitado sobre una cosa, en sus tres modalidades admitidas (de goce, de garantía y de adquisición preferente), requiere consentimiento expreso del *dominus*. Y en este sentido, al margen del criterio de la desva-

(47) En cuanto al arrendamiento concertado por usufructuario, la Ley 408 dispone en el párrafo segundo que «se resolverá, en todo caso, al extinguirse el usufructo».

(48) *Op. cit.*, pág. 1247.

lorización de la cosa, todo derecho real limitado constituye igualmente un gravamen.

2. LA FRONTERA ENTRE ARRENDAMIENTOS-GRAVAMEN
Y ARRENDAMIENTOS QUE NO LO SON

a) *Arrendamientos sujetos a prórroga forzosa*

En línea lógica con lo expuesto anteriormente, parece claro que los arrendamientos sometidos al artículo 57 de la LAU de 1964 constituyen un gravamen, independientemente de cuál sea la cuantía de la renta pactada. Lo mismo puede afirmarse respecto de los arrendamientos rústicos sometidos al artículo 25 de la LAR de 1980. La pérdida de valor del inmueble opera en este caso respecto de su valor en venta, porque, con toda seguridad, pocas personas estarán dispuestas a adquirir por compraventa un inmueble de estas características, dada la derogación del principio «venta quita renta» formulado en el artículo 1.571 del CC por lo dispuesto en los artículos 57 de la LAU y 25 de la LAR.

Sin embargo, de esta consideración no cabe deducir automáticamente que los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de las leyes especiales constituyan en todo caso actos de mera administración. En concreto, los celebrados con posterioridad al Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, o los arrendamientos sujetos al CC por estar excluidos del ámbito de aplicación de la LAU y de la LAR. Si bien todos éstos nos están necesariamente sujetos a prórroga legal, nada impide que se pacte en ellos una larga duración, o incluso la propia prorrogabilidad del contrato, y en tales casos constituirán gravámenes por idénticas razones que las aducidas anteriormente.

b) *Arrendamiento con renta vil*

Cuando la renta pactada es muy baja, se produce una desvalorización de la rentabilidad, o valor en renta, del inmueble. Al igual que en el caso anterior, lo mismo puede tratarse de arrendamientos rústicos que urbanos, sometidos o excluidos de la legislación especial, o posteriores al «Decreto Boyer». La dificultad que plantea este grupo de arrendamientos-gravamen radica en precisar cuál es el criterio que permite adjudicar a la renta el calificativo de «vil». Probablemente sea éste un criterio puramente económico: por ejemplo, el estudio del valor de mercado (del arrendaticio); a él hace referencia, en cierto modo, el proporcionado por el artículo 1.520

del CC (49), que contempla la hipótesis de un arrendamiento concertado por el comprador de un inmueble sujeto a pacto de retroventa y obliga al retrayente, en su caso, a pasar por los arriendos concertados «según costumbre del lugar» en que radique el inmueble, mediando buena fe.

Un segundo criterio legal respecto de la noción de «renta vil» lo encontramos en el artículo 219 del **RH**, reformado en 1959 (posterior, por lo tanto, a la LAU). A ciertos efectos —en concreto los de fijar cuáles arrendamientos, por la escasa cuantía de la renta, constituyen presupuesto de ejercicio de la acción de devastación contemplada en el artículo 117 de la **LH**— el Reglamento sienta la presunción *iuris tantum* de disminución del valor del inmueble cuando la renta, capitalizada al 6 por 100 anual, no llega a cubrir la responsabilidad total asegurada mediante hipoteca.

c) *Recapitulación*

Por lo expuesto, podrán ser considerados como gravamen:

1. Todos los arrendamientos de larga duración: el plazo que permite adjudicarles el calificativo de gravamen puede ser el de seis años, como se ha venido haciendo tradicionalmente (50), y dentro de este grupo quedan incluidos los arrendamientos sujetos a prórroga legal, como es evidente.

2. Todos los arrendamientos cuya renta sea insuficiente. El criterio establecido en el artículo 1.520 del CC al respecto es el de los usos locales, «la costumbre del lugar», y coincide con criterios económicos tales como el que nos proporcionan los estudios del valor del inmueble en el mercado arrendaticio. Y para los arrendamientos concertados sobre inmueble hipotecado existe un precepto **orientativo** específico, el establecido en el artículo 219 del **RH**; en este último grupo de arrendamientos no parece decisivo el hecho de la posible sujeción a prórroga legal del contrato para establecer el carácter gravoso del arrendamiento.

3. SOBRE LA Oponibilidad A TERCEROS DE LOS ARRENDAMIENTOS PROTEGIDOS

El artículo 57 de la LAU de 1964, al instituir la prórroga forzosa del contrato «aun cuando un tercero suceda al arrendador en su derecho», ha

(49) La problemática en torno a la finca retrovendida y la liberación de gravámenes ha sido abordada en profundidad por RUBIO TORRANO, *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, especialmente págs. 237 y ss.

(50) Como expone Doral García, los plazos conforme a los que se cifra si los arrendamientos son o no de larga duración varían de unos países a otros: doce años en Francia, nueve años en Bélgica y en Italia (art. 923 del Código). Cfr. *La fase de seguridad en la hipoteca*, cit., págs. 326-328.

llevado a pensar que el arrendamiento contemplado es oponible *erga omnes*, que tiene cierta naturaleza de derecho real y que convierte —por esta vía— al arrendamiento en gravamen. Tales opiniones, sin embargo, parecen excesivamente radicales.

A propósito de los arrendamientos inscribibles afirma Lacruz Berdejo: «... el arrendamiento inscrito era el único que tenía eficacia contra cualesquiera adquirentes (aunque inscribieran su título) hasta que las leyes de arrendamientos extendieron este efecto a la casi totalidad de la locación de inmuebles. Dada la regulación actual de esta materia, lo más justo sería que se aceptasen legislativamente las consecuencias naturales de la oponibilidad, frente a cualquier adquirente, de los contratos de arrendamiento comprendidos en la legislación especial, haciéndose al menos necesaria la inscripción para que pudieran tener eficacia *erga omnes*, en cuanto a la prórroga, los arrendamientos superiores a una cierta suma, superficie, etc.» (51).

En este denso párrafo concentra Lacruz distintas consideraciones: primera, el arrendamiento sometido a prórroga es oponible a «la casi totalidad» de futuros adquirentes de la finca; segunda, tales arrendamientos oponibles a terceros debieran ser objeto de obligatoria inscripción; tercera, la inscripción haría oponible *erga omnes* los arrendamientos superiores a una cierta suma.

Nótese que esta oponibilidad no es la oponibilidad *erga omnes* que caracteriza a los derechos reales (52). La eficacia *erga omnes*, propia de estos últimos, significa que el ejercicio del derecho subjetivo es directo sobre la cosa (inmediatividad) y su contenido no se limita al poder de exigir una conducta humana, mientras que la oponibilidad a terceros, establecida por el artículo 57 de la LAU —en parecidos, no idénticos, términos en el artículo 74 de la LAR—, viene delimitada por la noción de «sucesión» o «subrogación» en la posición de arrendador.

El concepto de «sucesión» empleado en el artículo 57 de la LAU comprende dos instituciones diversas: la sucesión traslativa en la titularidad real sobre la finca y la subrogación personal en los derechos y obligaciones del arrendador. Lo que hace la LAU no es establecer una oponibilidad *erga omnes* del derecho arrendaticio considerado como posible gravamen real; no adjudica a este derecho la nota de la inmediatividad, sino más bien, soslayando el controvertido tema de la naturaleza del derecho arrendaticio, otorga al arrendatario la facultad de exigir el pacífico goce de la cosa (una con-

(51) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, III-bis (Derecho inmobiliario y registral), Barcelona, 1984, pág. 94.

(52) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, 1.ª parte, Barcelona, 1988, pág. 21, y también en el t. II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 177.

ducta de carácter **obligacional**) de ciertos terceros, y no de todos los terceros en general, sino sólo aquellos que se encuentran comprendidos en la frase «que suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Dicho más brevemente: el arrendatario carece de *ius vindicandi* (excepto en caso de ejercitar la acción de retracto).

Cabría también preguntarse, a la vista de este precepto de la LAU, en qué se diferencia el arrendamiento inscrito del arrendamiento (no inscrito) sujeto a prórroga forzosa, en lo relativo a su oponibilidad frente a terceros. Si el artículo 57 de la LAU dotara al derecho arrendaticio de una plena oponibilidad *erga omnes*, sobraría el precepto del artículo 2-5.º de la LH; si aquel precepto instaurase un derecho real, no sería necesaria la inscripción del derecho para obtener la protección que depara el registro, porque la publicidad registral quedaría suplida por la publicidad proporcionada por la norma (53) (ni siquiera el tercero hipotecario podría desconocerlo). Cuando el legislador, en su día, incluye en la legislación arrendaticia la mencionada frase, ¿qué propósito persigue?

En relación con los arrendamientos no inscritos, afirma J. M. Quintana (54) que la legislación hipotecaria permite la inscripción con la finalidad de hacer oponibles a futuros adquirentes de la finca los contratos sujetos al Código Civil, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 1.549. Añade que los arrendamientos rústicos protegidos producen efectos contra tercero aunque no estén inscritos, conforme al artículo 74 de la LAR, y los urbanos también dado el carácter forzoso de la prórroga instituido en el artículo 57 de la LAU, si bien tras el Decreto de 30 de abril de 1985 la subsistencia del contrato por el plazo pactado no obstante la transmisión de la finca suscita problemas de interpretación (55).

A nuestro juicio, a la pregunta sobre el propósito del legislador anteriormente formulada puede responderse sucintamente que perseguía dotar de estabilidad al arrendamiento, y ello no solamente en previsión de cambios en la titularidad dominical de la finca, sino muy concretamente en otros casos, como el de consolidación de la propiedad en el nudo propietario al

(53) Ocurre así, por ejemplo, en los retractos legales.

(54) «Inscripción de arrendamientos de bienes inmuebles...», en *R.C.D.L.*, cit., págs. 1687 y ss.

(55) Este autor hace depender la ineficacia de los arrendamientos urbanos concertados tras la supresión de la prórroga forzosa de la existencia de buena fe (desconocimiento de la existencia del arriendo) en el adquirente de la finca e inscribiente (tercero hipotecario), teniendo en cuenta que el artículo 55 de la LAU (subsistente tras el Decreto Boyer) impone al arrendador-transmitente de la finca la obligación de declarar si está o no arrendada bajo pena de falsedad en documento público. Mas admite como obstáculo para este razonamiento que, aun cuando el transmitente declarara que la finca vendida no estaba arrendada, «no se puede desconocer que el derecho de arrendamiento va acompañado de una cierta publicidad posesoria» (*op. cit.*, pág. 1691).

expirar el término del usufructo constante de un arrendamiento concertado por el usufructuario en uso de su facultad de disfrute.

La expresión «aun cuando un tercero suceda al arrendador», en efecto, procede del Decreto de 13 de abril de 1956, por el que fue aprobado el texto articulado de la Ley de Bases para la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos, de 22 de diciembre de 1955, y supuso una modificación al texto del artículo 70 de la anterior LAU de 31 de diciembre de 1946, el cual establecía la prórroga forzosa para el caso en que el inmueble «cambie de dueño o titular arrendador». A su vez, la expresión «o titular arrendador» (del artículo 70 de la LAU de 1946) representó un añadido sobre el texto de un Decreto de 1931 que sólo hacía referencia al «cambio de dueño».

Según Ginot Llovateras (56), estas modificaciones legislativas se producen como reacción del legislador de 1946 respecto a una jurisprudencia que, en una interpretación literal de la ley, había negado la procedencia de la prórroga forzosa en supuestos de arrendamiento concertado por usufructuario al finalizar el plazo del usufructo; tal técnica interpretativa quedaría vedada a partir de la promulgación de la LAU de 1956.

Si bien se mira, el artículo 57 de la LAU tiene consecuencias distintas que las del artículo 2-5.^º de la LH. Conforme a elementales principios de Derecho registral, la inscripción dota al derecho arrendaticio: a) de una presunción *iuris tantum* de exactitud y veracidad que en modo alguno depara la LAU (art. 38.1 de la LH); b) de una eficacia *erga omnes* provisional, pero plena y total, que comprende todo tipo de cambios en la titularidad —dominical o de un derecho real de disfrute— sobre la finca, mientras que el artículo 57 de la LAU sólo establece que el derecho a la prórroga del contrato será exigible en los casos de transmisión —«por sucesión»— de la relación obligacional, y c) de una protección al tercero hipotecario que, en rigor, no proporciona el texto de la LAU; el artículo 57 de esta última sólo le afecta a este tercero adquirente de buena fe (por ejemplo, el adjudicatario de finca hipotecada y arrendada) en el plano obligacional, como posible subrogado en la obligación del arrendador de prorrogar el contrato, no en el plano de la transmisión de un gravamen, y supeditado ello a que verdaderamente se produzca tal subrogación personal (57).

(56) «El arrendamiento otorgado por el usufructuario», en ADC, enero-diciembre de 1956, pág. 1218.

La prorrogabilidad del arrendamiento concertado por usufructuario una vez finalizado el usufructo ha sido uno de los temas más controvertidos en la doctrina relativa a la LAU de 1956. Vid. también LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso...», cit., en ADC, cit., págs. 1235 a 1265.

A nuestro juicio, muchas de estas valiosas observaciones pueden ser de utilidad para el examen del tema que nos ocupa.

(57) Ginot Llovateras ha defendido la tesis de que esta subrogación no llega a producirse en el caso de transmisión —por venta judicial— de la finca («La hipote-

Desde luego, forzoso es reconocer el mérito de la opinión de Ginot Llovateras acerca de los defectos de redacción presentes en el artículo 57 de la LAU (58), característica que —por otra parte— es al parecer constante en la LAU (59). Como afirma este autor, «uno de los puntos vulnerables del artículo 57 es el de no distinguir netamente entre prórroga forzosa y subrogación de un tercero en la posición del arrendador», y añade: «otro es el de decir que la subsistencia del contrato tiene lugar cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Parece como si el propósito del legislador de dotar de estabilidad al arrendamiento hubiera quedado burlado por la limitación que entraña la utilización del término «sucesión» en lugar de la expresión «cambio de dueño» empleada en la versión originaria del precepto.

Otra cuestión que suscita la interpretación del texto del artículo 57 de la LAU radica en dilucidar si lo que pretende es establecer la prórroga forzosa del contrato en los casos en que se produzca una subrogación personal en las relaciones obligatorias (¿y cuáles...?) correspondientes al arrendador o si, por el contrario, sienta por imperativo legal una subrogación forzosa al respecto.

Lacruz Berdejo y Ginot Llovateras se inclinan por considerar que estamos ante un supuesto de subrogación forzosa. Según Lacruz, el adquirente de una finca arrendada asume *ope legis* la posición del arrendador (si bien no por ello se transforma el derecho arrendaticio en un derecho real oponible *erga omnes*; el único derecho real del arrendatario es la posesión, que el ordenamiento protege mediante acciones reales, mas el derecho arrendaticio en sí está protegido por acciones personales) (60). Ginot Llovateras dice que aunque la LAU impone la subrogación personal, este efecto no se produce en caso de consolidación del usufructo en la nuda propiedad, porque falla en tal caso un presupuesto del concepto de «sucesión», el nexo causal o negocio entre transmitente y adquirente, ya que la extinción del usufructo y su absorción por el derecho del nudo propietario se produce sin intervención de la voluntad de los titulares respectivos (61). Y en el supuesto de ejecución hipotecaria, sobre este argumento aplicado por analogía, añade que en estos casos —finca arrendada por usufructuario y finca

ca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, VIII, 3 y 4, 1955, pág. 1224).

(58) «El arrendamiento otorgado por el usufructuario», cit., págs. 1219 y ss.

(59) *Vid.* al respecto PÉREZ SERRANO, «La LAU ante la gramática», en *ADC*, enero-diciembre 1956, págs. 1067-1089.

(60) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.^o, 1.^a parte, cit., pág. 21.

(61) GINOT LLOVATERAS, «El arrendamiento concertado por usufructuario», cit., pág. 1220.

hipotecada y arrendada— ocurre lo mismo con las fincas arrendadas por quien es heredero fiduciario; una vez resuelto el derecho del arrendador, no se produce la transmisión de su derecho a quien resulte propietario (62).

En nuestra opinión, lo que en realidad ocurre es que la LAU emplea defectuosamente el término jurídico «sucesión», porque tal concepto implica un elemento volitivo incompatible por naturaleza con la imposición legal, forzosa, de la subrogación personal. Cabría por ello pensar que el precepto sólo resultará operante en los casos en que exista un acto o negocio jurídico —con el correspondiente elemento volitivo— entre el anterior y el nuevo titular: al adquirente no se le debe imponer el respeto a un contrato de arrendamiento cuya existencia le resulta desconocida. Volveremos a tratar de este tema más adelante (63), pero en cualquier caso, y por lo que ahora interesa, la subrogación contemplada en el precepto confiere al derecho del arrendatario, sin prejuzgar por ello su posible naturaleza real, unas características próximas a las del censo enfiteútico y, en este sentido, convierten al arrendamiento sujeto a prórroga forzosa en un gravamen.

4. GRAVÁMENES CONCERTADOS SOBRE INMUEBLES HIPOTECADOS. SU EFICACIA FRENTE AL ADJUDICATARIO DE LA FINCA TRAS LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

En el procedimiento especial hipotecario, la regla 4.^a del artículo 131 de la LH ordena al juez reclamar del Registrador una *certificación* que contenga la «relación de todos los censos, hipotecas, *gravámenes* y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes», y la regla 17.^a del mismo artículo dispone que «una vez verificado el remate o la adjudicación... se dicte auto... ordenando 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...»

Se trata, como hemos dicho, de preceptos de marcado carácter procedimental, por lo que, en rigor, sólo indirectamente afectarán a derechos sustantivos, y, por otra parte, su eficacia se proyecta preferentemente en el plano del Derecho registral adjetivo o formal, de funcionamiento del me-

(62) GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», cit., págs. 1124 y 1125.

López Jacoiste sostiene que el artículo 57 de la LAU de 1956 ha venido a derogar el aforismo *Resolutio jure dantis resolvitur jus concessum*, pero que tal derogación deberá ser objeto de interpretación restrictiva (no susceptible de extensión analógica a supuestos distintos del de extinción del derecho de usufructo del arrendador), op. cit., pág. 1264.

(63) *Infra*, III.2.

canismo de la publicidad registral, al margen de la realidad jurídica que puede desenvolverse fuera del Registro. Una cosa es cancelar la inscripción o anotación de un gravamen y otra muy diferente es 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, mas nada establece —no podría hacerlo— acerca de su posible subsistencia como realidad extrarregistral; 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 —personas que de buena fe y a título oneroso adquieren e inscriben la propiedad u otros derechos reales limitados sobre la finca—, quienes «serán mantenidos en su adquisición» como si el gravamen no existiera (art. 34 LH) (64). La cancelación de una inscripción no constitutiva no prejuzga la subsistencia extrarregistral del gravamen.

Se podría oponer a esta argumentación que, «cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera» (art. 97 LH); mas, como dice Roca Sastre, la presunción es *iuris tantum*, por lo que puede demostrarse que el derecho objeto del asiento cancelado existe en la realidad, por el principio de legitimación, si bien frente a terceros opera como presunción *iuris et de iure* por lo dispuesto en el correlativo artículo 76 de la LH, a su vez reflejo del principio de fe pública registral (65).

Por otra parte, el precepto del artículo 131 LH se refiere a gravámenes «anotados» o «inscritos», no a los que puedan existir fuera del Registro: ¿cómo, si no, podría el Registrador *certificar* acerca de su existencia?... Por ello, este precepto de la Ley Hipotecaria no podrá ser correctamente invocado para fundamentar la inoponibilidad de un arrendamiento-gravamen no inscrito frente al adjudicatario de un inmueble, como acertadamente declaró la STS de 23 de febrero de 1991, en ponencia de Santos Briz, en su tercer fundamento de derecho, ya examinada.

No es éste el parecer de García García, que critica la anterior resolución bajo el argumento de que el legislador no puede hacer de mejor condición un derecho no inscrito que un derecho inscrito (66). Mas es lo cierto que el legislador de 1986, al redactar de nuevo estas normas, únicamente se propuso ordenar la materia registral y, concretamente, armonizarla con la

(64) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III (Registro de la Propiedad), Barcelona, 1948, págs. 583 y ss.

(65) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, cit., pág. 588.

(66) GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue...», cit., en *R.C.D.I.*, cit., pág. 2231.

normativa procesal, en relación con los gravámenes inscritos, de cuyo propósito no cabe derivar consecuencias lejanas en orden a la subsistencia o la extinción del derecho del arrendatario; tales disposiciones legislativas deben buscarse en su sede adecuada: el Derecho sustantivo (Código Civil, LAU o LAR, según los casos).

En nuestra opinión, parece que el artículo 131, reglas 17.^a en relación con la 4.^a, no contempla la totalidad de los casos —de arrendamientos sobre finca **hipotecada**— que pueden presentarse. Una interpretación monolítica de este precepto —**todo** arrendamiento posterior a la hipoteca subsiste o, por el contrario, se resuelve tras la ejecución **hipotecaria**— sobrepasaría los límites de esta norma, la cual solamente ordena que se cancelen ciertos arrendamientos (los que sean gravámenes, inscribibles e inscritos con posterioridad a la inscripción de hipoteca). Curiosamente, las sentencias que han atendido al precepto para resolver el problema en uno u otro sentido versaban todas ellas sobre arrendamientos no inscritos, por lo que, en rigor, la norma en que se han apoyado no era aplicable al supuesto.

Otro punto sorprendente en torno a la interpretación que se ha hecho de este precepto —**globalmente** expuesta *supra*, I.2.1.a)—ha sido el deducir del mismo que un derecho personal (como el arrendamiento) no debe ser «de mejor condición» que uno real (como la hipoteca) para defender la extinción del arrendamiento, o bien la postura contraria, esto es, afirmar que la Ley Hipotecaria ordena la extinción de los gravámenes y derechos reales posteriores a la hipoteca, pero no la de los derechos personales como el arrendaticio, por lo que éste subsiste.

Pues bien, parece que ambos razonamientos son incorrectos, como ya anunciábamos. En primer lugar, porque confunden abiertamente el plano registral con el extrarregistral y el aspecto procesal con el sustantivo; en segundo lugar, porque si algún arrendamiento dejara de subsistir a los efectos registrales, conforme a este artículo, será precisamente el inscrito, ya que el no inscrito no está **contemplado** en la norma, y en tercer lugar, el arrendamiento no inscrito que no podrá gozar de la eficacia registral será únicamente el arrendamiento-gravamen, ya que los que no lo son nada tienen que ver con el artículo 131 de la LH. Por lo demás, dentro de la hoy criticada teoría que mantiene la radical distinción entre derechos personales y derechos reales, éstos tienen respectivamente una eficacia diferente, pero no mejor ni peor, por lo que ni son incompatibles ni menos aún deben prevalecer unos sobre otros.

En definitiva, para el análisis del presente punto debemos partir de la base de que el artículo 131 de la LH se refiere a «gravámenes» y a «inscripciones», mas los casos que puedan presentarse exceden de este doble límite. Por tanto, se hace preciso distinguir, de un lado, entre arrendamientos inscritos y no inscritos; de otro, arrendamientos-gravamen y arrenda-

mientos no gravosos. Veamos ahora, en concreto, lo que dispone el precepto en orden a su eficacia:

1. Arrendamientos inscritos: La Ley Hipotecaria ordena que se cancelen los posteriores a la hipoteca, en aplicación del principio *prior tempore potior iure*. Registralmente no prevalecen frente al adjudicatario de la propiedad de la finca (si bien ello depende de la exigencia del requisito de la buena fe en este tercero). Mas ello no significa que extrarregistralmente no subsistan; su eficacia la examinaremos al tratar del arrendamiento como contrato.

2. Arrendamientos (gravamen) no inscritos: El Derecho registral otorga una protección al tercero hipotecario. ¿Se encuentra en este caso el adjudicatario de la finca arrendada...? El concepto de buena fe exigido por el artículo 34 de la LH se traduce, a estos efectos, en la ignorancia acerca de la existencia del arrendamiento. En algunos de los casos contemplados en las sentencias examinadas (67) se admite como hecho que el adjudicatario conocía que el inmueble se encontraba arrendado; ¿reuniría en tal caso el requisito de la buena fe? Parece que no. Mas si el arrendatario pretendiera entonces la inscripción de su derecho arrendaticio, ¿la admitiría el Registrador?... Parece que tampoco, o, aun y así, procedería a cancelarla de inmediato por mandato legal (art. 131.17.^a de la LH). Y ¿admitiría el Registrador una inscripción de dominio de la finca adjudicada libre de gravámenes? Parece que sí, por la presunción de buena fe, que es principio general del Derecho civil reiterado en el artículo 34.2 de la LH (la presunción, sin embargo, es *iuris tantum*, por lo que el arrendatario podría desvirtuarla en un juicio declarativo). Con todo, prevalecería seguramente el principio *prior tempore*, que, aplicado a este caso, significa la imposibilidad de hacer valer registralmente un derecho arrendaticio posterior a la constitución de la hipoteca frente al adjudicatario de la finca.

3. Arrendamientos-gravamen: Los gravámenes inscritos o anotados que lo estén con posterioridad a la hipoteca se cancelan. Los no inscritos ya no tendrán acceso al Registro. Extrarregistralmente pueden ser eficaces.

4. Arrendamientos no gravosos: No les afecta el artículo 131 de la LH. Su eficacia, registral o extrarregistral, habrá que buscarla en la sede normativa adecuada. Un ejemplo de estos últimos pueden ser los concertados tras el Decreto Boyer cuyas rentas sean suficientes. Este tipo de arrendamientos no tienen por qué extinguirse ni registralmente —los que, conforme al artículo 2.5.^º de la Ley Hipotecaria, accedan al Registro— ni extrarregistralmente tras la adjudicación hipotecaria (68).

(67) Así, por ejemplo, en la STC 6/1992, de 16 de enero (recurso de amparo 1317/1988), citada.

(68) García García entiende, sin embargo, que la extinción del arrendamiento no inscrito tras la ejecución de la hipoteca es la solución más adecuada para los arrendamientos no gravosos.

III. EL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO

1. LA CONSTITUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE INMUEBLE HIPOTECADO. VALIDEZ Y EFICACIA

1.1. *Planteamiento*

La posibilidad de concertar un arrendamiento sobre un inmueble previamente hipotecado provoca un conflicto de intereses entre al menos tres sujetos: el hipotecante, el arrendatario y el acreedor hipotecario (69). A ellos cabe añadir el futuro adjudicatario, en su caso, de la finca, quien podría verse afectado por el derecho del arrendatario a la prórroga forzosa, o simplemente por el plazo, o por el retracto legal, sin haber sido parte en el contrato de arrendamiento.

El hipotecante persigue obtener un rendimiento económico de la finca. Tal interés es legítimo, pues se encuentra protegido por el principio general de libre transmisibilidad de los derechos, así como por el propio juego del régimen de la hipoteca, que no es obstáculo, ni siquiera, para la transmisión del dominio del bien sobre el que recae.

El arrendatario tiene derecho a agotar el contenido del contrato en los términos pactados con el arrendador y, en su caso, con los derechos que le otorga la legislación especial. Tratándose de un arrendamiento sujeto a la LAU, el artículo 57 de esta última ampara su derecho, y en parecidos términos se expresa el artículo 74 de la LAR para los arrendamientos rústicos.

El acreedor hipotecario, quien calibró la garantía ofrecida por el deudor partiendo de una determinada valoración de la finca, persigue que su garantía permanezca inalterada. La prórroga obligatoria del contrato puede en ocasiones provocar una disminución del valor del inmueble, sobre todo si la renta concertada fuera insuficiente. Este interés está protegido mediante la «acción de devastación» derivada de los artículos 117 de la LH y 219.2 del RH.

La protección que la legislación arrendaticia depara al arrendatario conculca el principio de eficacia puramente personal, característica de los contratos en general, así como el clásico principio «venta quita renta», propio del concepto romano de la *locatio*, y proyecta indudablemente con-

mientos concertados tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985 (*Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Barcelona, 1990, pág. 556, nota 49).

(69) Tomamos este planteamiento de BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca», en *RDP*, 1969, cit., págs. 126 y 127.

secuencias jurídicas para terceros, cuyo contenido y alcance trataremos de perfilar a continuación.

1.2. *Eficacia interpartes*

a) Eficacia y oponibilidad

El principio *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, indica que los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes, porque su eficacia consiste en generar obligaciones, vínculos jurídicos entre acreedor y deudor. Conforme a este elemental principio, los terceros que no participaron en la perfección del contrato son ajenos a las relaciones obligacionales establecidas, en su doble vertiente de derechos y deberes, si bien los contratos pueden contener estipulaciones a favor de terceros, en los términos del artículo 1.257.2 del CC, o, por el contrario, perjudicarles, en cuyo caso aparece la figura del contrato en daño de tercero (de construcción preferentemente doctrinal) (70).

El derecho a la prórroga forzosa del contrato, establecido en el artículo 57 de la LAU, plantea (ya lo hemos apuntado al tratar del arrendamiento-gravamen) el problema de delimitar frente a quién es oponible el contrato —en rigor, sólo la prórroga— una vez transmitida a un tercero la propiedad del inmueble.

En la teoría general del contrato, la oponibilidad es categoría distinta a la eficacia. Como dice Lacruz, los terceros deben respetar las relaciones que la convención ha establecido entre las partes, y en este sentido el contrato les es oponible, máxime —afirma— cuando por contrato se constituye un derecho eficaz *erga omnes*, como el usufructo o las servidumbres, en cuyo caso, independientemente de su naturaleza, en el campo de las relaciones obligacionales, los terceros deben respetar todas las válidamente constituidas (71). A nuestro juicio, éste es el correcto punto de arranque para sostener la oponibilidad de la prórroga forzosa del arrendamiento fren-

(70) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. II, Barcelona, 1967, págs. 322 y ss.

Sobre el contrato en daño de tercero en general, vid. Díez-PiCazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1986, págs. 292 y ss.

Sobre la posible aplicación de esta figura al caso que nos ocupa, vid. LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso...», cit., en *ADC*, 1956, pág. 1255, en donde se muestra partidario de aquélla en el supuesto de arrendamiento concertado por el usufructuario, y GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a la práctica de los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, núm. 20, abril-junio 1958, págs. 111 y ss., donde rechaza la tesis propuesta por López Jacoiste.

(71) LACRUZ BERDEJO, *op. y loc. cit.* en nota anterior.

te a terceros; los terceros —acreedor hipotecario, adjudicatario del inmueble en su caso— deben respetar esta convención válida (72). Mas no se trata aquí de la consitución de un derecho real, sino personal, por lo que la eficacia frente a terceros no es total y absoluta —recordemos que el arrendatario carece de *ius vindicandi*—, sino que se traduce en una oponibilidad de las facultades que comporta —en particular las de poseer, prorrogar indefinidamente el contrato y ejercitar en su caso el retracto legal— frente a los sucesivos adquirentes de la finca; lo que se les opone es el contrato de arrendamiento, y precisamente —afirma Lacruz en otro lugar— por la condición de arrendadores que han adquirido forzosamente en virtud de la transmisión de la finca en su favor (73).

En suma, el contrato de arrendamiento en sí, al margen de constituir derechos reales —la posesión, tanteo y retracto legal—, genera relaciones obligacionales. Tales relaciones, protegidas por acciones personales —y no reales— son oponibles a terceros que adquieren la finca arrendada, porque la Ley —el artículo 57 de la LAU y el artículo 74 de la LAR— así lo establece para los casos en que produzca «sucesión» o subrogación en el contrato (74). Mas, con todo, el arrendatario no puede «reivindicar» —salvo en lo relativo a la posesión y a los derechos de tanteo y retracto (porque son derechos reales)— y únicamente puede exigir de ciertos terceros (los que «sucedan» al arrendador) una conducta, esto es, el cumplimiento de las obligaciones que a su favor estableció el arrendador, particularmente la de mantenerle en la pacífica posesión de la cosa (75). Consecuentemente, el incumplimiento por parte del arrendador «sucedido» por un adquirente se traducirá en un incumplimiento contractual —nunca en una acción reivin-

(72) Amorós Guardiola señala: «El derecho personal es también jurídicamente eficaz frente a terceros o el tráfico jurídico en general, que no puede desconocer la existencia de un vínculo preconstituido y amparado por el derecho; la diferencia reside en que la eficacia del derecho real se da también frente a un tercero especialmente cualificado, el tercer adquirente que entra en relación con la cosa y viene obligado a respetar los derechos constituidos sobre ella con anterioridad, lo que no ocurre en la oponibilidad frente a terceros del vínculo meramente obligacional» (*Arrendamiento...*, loc. cit., págs. 1021-1022 y nota 14).

(73) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. I, 1.^a parte, Barcelona, 1988, pág. 21.

(74) En los arrendamientos sujetos al Código Civil o los regidos por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, de supresión de la prórroga forzosa, la oponibilidad queda aparentemente vedada por lo dispuesto en los artículos 1.571 del CC (para las transmisiones por compraventa) y 480 (caso de extinción del usufructo).

(75) En el Derecho romano, el arrendatario no podía oponer al contrato a futuros adquirentes, pero sí dirigirse contra el arrendador para solicitar una indemnización de daños y perjuicios en caso de ser perturbado por un nuevo dueño en su derecho. *Vid.* D'ORS, citado *supra* en nota 34 de este trabajo. Este principio lo mantiene el artículo 1.571 del CC.

dicatoria— cuyas consecuencias habrá que estudiar en esta última sede (el incumplimiento del contrato).

Aplicadas estas ideas al caso que nos ocupa, podría seguirse de ellas una consecuencia interesante en orden a conciliar los intereses del arrendatario con los del adjudicatario: independientemente de cuál fuera la decisión judicial respecto a la posesión definitiva de la finca, el arrendatario expulsado tiene el derecho, si no ya al cumplimiento forzoso en forma específica —punto éste que polariza los fallos del TS—, al menos, indudablemente, a percibir una indemnización derivada de un incumplimiento contractual (cumplimiento por equivalente). Difícil cuestión será la de establecer quién debe pagarla, si al arrendador o el adjudicatario. Parece que, de seguirse la interpretación que niega el acontecimiento de este fenómeno jurídico (la sucesión), el deudor será el arrendador (pues, como hipotecante, dejó de pagar una deuda garantizada con hipoteca sobre la finca arrendada, acto que desencadenó el procedimiento hipotecario y la consiguiente adjudicación de la «posesión judicial» de la finca a favor de un tercero). Por el contrario, si se interpreta que el adjudicatario «sucede» al arrendador en su obligación de mantener al arrendatario en la posesión pacífica de la finca, parece que aquél, como nuevo dueño, podrá reivindicar la plena propiedad de la finca, mas, como sucesor del arrendador, incurrirá en un incumplimiento contractual.

b) Venta quita renta o venta no quita renta

El problema acerca de la oponibilidad *inter partes* o frente a terceros del contrato de arrendamiento ha sido abordado históricamente desde la perspectiva de la transmisión *intervivos*, por compraventa, de la finca arrendada.

De antiguo se había suscitado la cuestión acerca de si debía el comprador respetar el arrendamiento o, por el contrario, éste se resolvía al consumarse la compraventa. En el Derecho romano, como ya hemos apuntado anteriormente, la primitiva *locatio conductio* sólo generaba a favor del *locator* una acción personal del resarcimiento de daños frente al *conductor* cuando éste expulsaba al arrendatario por un acto de propia autoridad o mediante un interdicto posesorio (pues el *locator* no era considerado, ni tan siquiera, como poseedor de la finca). En este contexto no es de extrañar que el arrendatario no pudiera dirigirse contra el comprador de la finca en caso de venta realizada por el arrendador, aunque sí pedirle resarcimiento de daños por incumplimiento de sus obligaciones (76). Se consagra así la regla

(76) Vid. D. 19, 2, 25, 1, y D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., págs. 469 y ss., en particular § 169, nota 2. Vid. además C. 4, 65, 9, y D. 19, 1, 13, 30.

«venta quita renta», que, tras una larga evolución, tiene reflejo en el artículo 1.571 del CC (77).

Tal concepción romana del arrendamiento contrasta con la concepción germana, fortalecedora de las relaciones de hecho sobre las cosas en una protección de la apariencia que cristaliza en la institución de la *Gewere*. En este otro modo de entender las situaciones de dominio sobre las cosas surge, como consecuencia lógica, la regla contraria, por la que la compraventa —relación de derecho— no prevalece frente al arrendamiento —relación de hecho— o, lo que es igual, «venta no quita renta» (78), y así se origina la especialísima oponibilidad frente a terceros del arrendamiento, inspiradora de la legislación especial arrendaticia, que derogará en este punto lo dispuesto por el artículo 1.571 del Cc (79).

Para el caso que nos ocupa, el juego del precepto del artículo 1.571 del CC con el artículo 57 de la LAU nos conduce de nuevo a distinguir los supuestos que pueden presentarse: en los arrendamientos sometidos al Código Civil, el comprador puede dar por terminado el arriendo, en cuyo caso el arrendatario puede exigir del arrendador (vendedor) una indemnización de daños y perjuicios. Tal regla no rige en caso de arrendamientos protegidos, por que el artículo 57 LAU y el 74 LAR establecen la oponibilidad de la prórroga frente a terceros. Dedicaremos un futuro apartado al análisis de este segundo supuesto (80).

1.3. Eficacia y oponibilidad respecto de terceros

1.3.1. El contrato de arrendamiento ante el acreedor hipotecario

a) La cláusula de no arrendar y sus consecuencias

Con frecuencia se pacta en los préstamos hipotecarios una cláusula por la cual el prestatario se compromete frente al prestamista a no arrendar la

(77) También en la Ley 592 del Fuero Nuevo de Navarra, primer inciso.

Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 198.

El artículo 1.571 del CC es aplicable al adquirente de la finca por dación en pago (STS de 8 de noviembre de 1966); los daños y perjuicios a que se refiere el precepto comprenden las costas del juicio de desahucio y se regulan conforme a lo dispuesto por el artículo 1.106 del CC (STS de 8 de mayo de 1931).

(78) Vid. la pormenorizada exposición de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.ª, Barcelona, 1982, págs. 246-251, y la bibliografía allí citada, de donde extraemos estas ideas.

(79) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 215, y STS de 9 de junio de 1990, que cita otras anteriores.

(80) El apartado III.2.

finca hipotecada. Este tipo de cláusulas —que, probablemente, pueden ser consideradas «de estilo»— adopta diversas variantes, en una graduación de intensidad que comienza desde la simple exigencia de *notificación* del arrendamiento al acreedor hipotecario, o bien el *consentimiento* de éste para arrendar, hasta sancionar con el *vencimiento anticipado* del préstamo la contravención al compromiso.

El alcance de las mencionadas cláusulas se proyecta en una doble vertiente del Derecho civil. Por una parte, desde la perspectiva del Derecho de obligaciones, constituyen un pacto inserto en un contrato, con eficacia *inter partes*, cuya validez encuentra amparo en lo dispuesto por el artículo 1.255 del CC. No parece que la cláusula de no arrendar atente contra la Ley, la moral o el orden público, por lo que en principio puede considerarse lícita y eficaz *inter partes* (81), si bien, en su versión máxima, podrían tal vez configurar una cláusula penal abusiva y, como tal, susceptible de ser moderada por los Tribunales (art. 1.154 del CC). Desde esta perspectiva, la cláusula de no arrendar configura una obligación negativa, accesorio de otra principal, cuyo cumplimiento es en principio exigible coactivamente por parte del acreedor hipotecario y cuyo incumplimiento genera, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios para el caso de contravención.

Mas, de otra parte, desde la perspectiva de los derechos reales, la cláusula de no arrendar podría configurar a su vez una prohibición de disponer voluntaria y a título oneroso. La primera duda que suscita este planteamiento radica en averiguar si las limitaciones de la facultad de disposición del propietario comprenden solamente los actos de enajenación del bien o incluyen además la constitución de derechos reales limitados, como las servidumbres, derecho de usufructo hipotecas, etc.; Lacruz opina afirmativamente, añadiendo que tales cláusulas prohibitivas «no suelen extenderse a los actos de obligación, aunque *en rigor cabría prohibir también el arriendo o cualquier otra cesión de la cosa sin enajenación de la titularidad real y por tiempo limitado*» (82).

Las prohibiciones de disponer voluntarias pueden entenderse de dos modos: o como obligación del dueño, cuya infracción da lugar al pago de una pena o al resarcimiento de daños, pero no invalida la disposición, o bien como gravamen, que elimina la posibilidad de disponer de la cosa e invalida el acto de disposición (en nuestro caso, el arrendamiento). Por lo tanto,

(81) Según García García, en su versión máxima (la que sanciona con el vencimiento anticipado de la hipoteca, *sic.*), la cláusula en cuestión es «totalmente ilegal e inadmisibles en Derecho» (*La ejecución hipotecaria...*, cit., loc. cit., pág. 2240). Insiste en esta idea a lo largo de otro artículo: «No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos», en revista *La Ley*, año X, núm. 2.374, Madrid, martes 5 de diciembre de 1989.

(82) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. I, 2.ª parte, Barcelona, 1988, pág. 59.

habrá que atender a la *formulación* de la cláusula de no arrendar en cada contrato de préstamo hipotecario y, si es preciso, interpretar la intención de las partes para establecer su eficacia real o personal.

La anterior distinción tiene extraordinaria trascendencia para la cuestión que nos ocupa (sigue siendo la de examinar la subsistencia de los arrendamientos de finca hipotecada tras la ejecución de la hipoteca y adjudicación del inmueble al mejor postor). Pues en muchos de los supuestos de préstamos hipotecarios —lo son algunos de los resueltos en las sentencias antes examinadas— existe la cláusula de no arrendar, a pesar de lo cual el prestatario hace caso omiso, la contraviene, al arrendar la finca hipotecada. De momento, y en el ámbito puramente obligacional, esta contravención a lo pactado genera para el acreedor hipotecario unos derechos: el primero de ellos, *exigir* coactivamente el cumplimiento de lo pactado *ex* artículos 1.255, 1.258, 1.098 y muy especialmente el 1.099, todos del Código Civil (lo pactado era no arrendar, luego el prestatario que arrienda incurre en incumplimiento frente al prestamista), y, consiguientemente, obtener el resarcimiento de daños y perjuicios *ex* artículo 1.101 CC y concordantes, porque el prestatario ha incurrido en responsabilidad contractual.

Ahora bien, si del tenor de la cláusula, adecuadamente interpretada, resulta que se trata de una prohibición de disponer con eficacia real, las consecuencias de la contravención podrían ser bien distintas: el arrendamiento así concertado sería eficaz, por carecer el arrendador de capacidad de disposición, y pudiera ser éste un razonamiento válido para defender la ineficacia —no la nulidad ni la anulabilidad— del arrendamiento.

Sin embargo, la validez de las prohibiciones de disponer con eficacia real ha sido tradicionalmente cuestionada. Para Lacruz, el criterio legal aplicable al respecto es proporcionado por los artículos 26.3.^º y 27 de la LH; y si bien estos preceptos se limitan a negar acceso al Registro a las prohibiciones de disponer a título oneroso, su alcance no se circunscribe en este caso a la eficacia estrictamente registral —hacerlas inoponibles a terceros— porque la Ley Hipotecaria establece como regla general que el Registro recibe todos los derechos reales, y por ello la no inscribibilidad significa esta vez que las prohibiciones de disponer a título oneroso carecen de eficacia real (83).

En conclusión, la cláusula de no arrendar contravenida en algunos de los supuestos de la jurisprudencia examinada configura, además de un pacto lícito (siempre que no sea abusivo) entre prestamista y prestatario, una prohibición de disponer voluntaria, a título oneroso y con eficacia obligacional. La contravención por parte del prestatario que arrienda el inmueble

(83) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. I, 2.^a parte, Barcelona, 1988, pág. 57.

no obstante el compromiso no invalida el acto dispositivo —el contrato—, mas integra el incumplimiento de una obligación de no hacer. Esta clase de obligaciones tienen los efectos siguientes: *a)* son susceptibles de cumplimiento coactivo *ex* artículos 1.099 y 1.098 del CC, por lo que en principio el acreedor hipotecario (no, sin embargo, el adjudicatario, que es el verdadero perjudicado) podrá exigir «que se deshaga lo mal hecho» (el arrendamiento) (84); *b)* su incumplimiento genera responsabilidad contractual, por lo que el acreedor hipotecario (no el adjudicatario) podrá exigir el resarcimiento de daños *ex* artículo 1.101 CC y concordantes.

b) Derechos del acreedor hipotecario durante la fase de seguridad en la hipoteca

En relación con la hipoteca, la doctrina se ha planteado la cuestión de cuáles son las facultades dispositivas del hipotecante respecto de la cosa gravada antes de que llegue a producirse la extinción de la hipoteca, ya sea por pago de la deuda garantizada, bien por la ejecución de aquélla.

Como regla general, el propietario de la cosa (bien sea el hipotecante, bien un adquirente posterior) conserva todos los poderes o facultades de aprovechamiento económico y de disposición que integran el derecho de propiedad; en esta circunstancia radica precisamente la ventaja de la hipoteca como derecho real de garantía (85): el titular dominical puede «capitalizar» su propiedad —mediante la obtención de crédito— sin necesidad de verse privado de las facultades dominicales (86).

Sin embargo, el hecho de concurrir sobre la cosa gravada el derecho de otra persona distinta del propietario (el acreedor hipotecario) hace necesario establecer un mecanismo tendente a asegurar que la garantía se mantenga incólume, así como sujetar el ejercicio de la actividad dispositiva del propietario a una suerte de *ius prohibendi*, atribuido al acreedor hipotecario, para evitar, o bien remediar el posible menoscabo —físico o jurídico— de la cosa. Este mecanismo cristaliza en la llamada «acción de devastación» contemplada en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que es el fiel trasunto del contenido del artículo 188 del Reglamento Hipotecario de 1915 (87).

(84) El cumplimiento forzoso en forma específica perjudicaría en este caso al arrendatario, por lo que probablemente no sea posible y por lo tanto origine un incumplimiento susceptible de generar responsabilidad contractual.

(85) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. IV (Hipotecas), Barcelona, 1948, pág. 675.

(86) LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1990, pág. 271.

(87) ROCA SASTRE, *op. cit.* (t. IV), págs. 676 y 677.

La parca redacción del artículo 117 de la LH, sobre todo al contrastarla con la de otras legislaciones extranjeras, había suscitado controversia en torno a la capacidad dispositiva del hipotecante para arrendar a largo plazo la finca. En sentido afirmativo es posible opinar que, dado que no existen dudas acerca de la capacidad del hipotecante para enajenar la finca, con mayor razón tendrá poder suficiente para arrendar, puesto que «quien puede lo más puede lo menos» (88). Por la negativa se ha alzado la tesis de Doral García, quien sostiene que el dueño de la finca 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 (89).

Fue Ginot Llobateras uno de los primeros en hacer aplicación de esta concepción sobre la capacidad dispositiva del hipotecante al acto de arrendar; llevando al límite la tesis restrictiva, considera que la actuación del propietario hipotecante sobre la finca adolece de un «germen patológico» que la supedita a su conducta ulterior, de tal modo que si al constituirse la hipoteca hubiera certeza absoluta de incumplimiento de la obligación asegurada y subsiguiente ejecución, la posición del propietario sería la de un titular temporal del derecho. En apoyo de esta brillante argumentación cita, entre otras, la STS de 19 de mayo de 1952, en la que se declaró resuelto un contrato de arrendamiento otorgado por un heredero fiduciario, por considerar que su derecho estaba sujeto a condición resolutoria (90).

Mas de estas teorías restrictivas no se deduce inexorablemente —a nuestro juicio— ni la falta de capacidad dispositiva del hipotecante ni la resolución *ope legis* del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria. Es de tener en cuenta que la tesis de Ginot Llobateras al respecto se formula en el año 1955, con anterioridad a la reforma del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, operada en 1959, cuya finalidad era precisamente desvanecer las dudas interpretativas que había suscitado el deficiente texto del artícu-

(88) Ahora bien, en coherencia con esta vía interpretativa, será preciso deducir la insubsistencia del arrendamiento a instancia del adquirente en subasta de la finca, pues éste es el efecto previsto para el caso de la venta de la finca hipotecada en el artículo 1.571 del CC.

(89) DORAL GARCÍA, «La conservación de la cosa hipotecada», *RDP*, 1962, págs. 500-515, y *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967. Como dice Doral, 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, mas no por ello afecta, sin su consentimiento, al acreedor... (*La fase de seguridad...*, cit., pág. 398).

Le sigue, en cierta medida, CHICO ORTIZ, en *Estudios de Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1989, págs. 1501 a 1505.

(90) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su ejecución*, loc. cit., págs. 1224 y 1225.

lo 117 de la LH en la doctrina; y, tras la reforma, se contempla —tímidamente, hay que reconocerlo— el supuesto que había preocupado a aquel autor. La inclusión en la hipótesis de hecho de la norma del evento consistente en arrendar una finca hipotecada impide de raíz sostener que el hipotecante carece de poder de disposición para arrendar. Y es más: entre los efectos que se establecen para el acontecimiento de tal evento no se incluye el de resolución del contrato tras la adjudicación hipotecaria. La postura de Doral García, posterior a la reforma del artículo 219 RH, 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 establecerlas, 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 (91).

Del artículo 219.2 del RH se ha querido deducir en algunas de las sentencias comentadas *supra* que los arrendamientos por renta superior a la determinada en el precepto subsisten tras la ejecución hipotecaria, mientras que los de renta inferior quedan resueltos. Mas, como acertadamente comenta García García, este precepto nada dispone en orden a la posible eficacia del arrendamiento frente al adjudicatario de la finca, porque entre las medidas adoptadas no se contempla la de rescindir o anular el contrato ni siquiera en concepto de «medidas que el juez estime conveniente» (92).

En conclusión, el acreedor hipotecario —y no otra persona— puede evitar o remediar las actuaciones del deudor que produzcan menoscabo del valor de la finca. Los remedios instituidos por el legislador son estrictamente: solicitar al juez que declare vencido el crédito; decretar la administración judicial de la finca; ordenar la ampliación de la hipoteca (por ejemplo, extendiéndola a las rentas que produzca el inmueble), o bien adoptar cualquier otra medida que estime pertinente. Se presume —*iuris tantum*— que el valor de la finca queda disminuido cuando la renta anual concertada, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. Mas a partir de este precepto —que parece ser de interpretación restrictiva, por el criterio *odiosa sunt restringenda*— ni es posible deducir la resolución

(91) *La fase de seguridad...*, cit., págs. 331 a 334.

(92) GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, loc. cit., pág. 2239, con expresa referencia al parecer de La Rica, quien intervino en la reforma reglamentaria.

ope legis de ningún arrendamiento ni menos aún la instancia del adjudicatario. **Únicamente** el acreedor hipotecario está legitimado activamente para ejercitar la acción de devastación.

En realidad, el artículo 219 del RH proporciona argumentos interpretativos favorables a la subsistencia del arrendamiento en cuestión (93), aunque en rigor no contempla exactamente el problema de la eficacia del contrato frente al adjudicatario, Estos son:

1. El hipotecante puede válidamente arrendar, no carece de capacidad dispositiva. De lo contrario, este supuesto no podría constituir hipótesis de hecho de una norma reglamentaria.

2. Un criterio legal, puramente orientativo, para determinar cuáles arrendamientos suponen una desvalorización del inmueble es el del valor de la renta, que el Reglamento fija en los términos antes transcritos. Mas la desvalorización del inmueble por consecuencia de un arrendamiento cuya renta es insuficiente, en sí misma, no autoriza ni al acreedor hipotecario siquiera para solicitar del juez la declaración de resolución del contrato en cuestión (art. 219 RH).

c) La acción de devastación y su operatividad en este caso

Por las razones en parte expuestas en el apartado anterior, el acto de arrendar una finca hipotecada, en ciertos casos, constituye presupuesto específicamente establecido para el ejercicio de la acción de devastación *ex* artículos 117 LH y 219 RH. Legitimado activo para interponerla es el acreedor hipotecario. Entre los efectos previstos para el caso de prosperar la acción no figura el de facultar al actor para solicitar del juez que declare resuelto el contrato lesivo.

En términos generales, abundan en la doctrina hipotecarista opiniones escépticas acerca de la utilidad de este remedio *jurídico* (94). Con anterioridad a la reforma del artículo 219 del RH, afirmaba Roca Sastre que la regulación establecida en el artículo 117 de la LH resultaba deficiente, en parte, por tratar simultáneamente dos presupuestos de ejercicio contradictorios («evitar» o «remediar» el daño) y, además, por no especificar debidamente a qué tipo de administración judicial se refiere el texto. Por ello, este

(93) En este sentido, Alvarez Caperochipi, citado en nota 17 del presente trabajo.

(94) Como explica Doral García, ello es consecuencia de la teoría procesalista acerca de la hipoteca que minimiza los efectos que produce ésta antes de la ejecución; el autor considera superada esta concepción de la hipoteca —cuyo principal expositor es Carnelutti— y construye su obra en torno a la concepción de la hipoteca como relación jurídica de garantía, cobrando así relevancia la fase de seguridad y su reflejo procesal, la acción de devastación (*La fase de seguridad...*, cit., págs. 79-103).

autor proponía incluir entre los efectos de la acción los de facultar al actor para solicitar el vencimiento anticipado del crédito o pedir ampliación de la hipoteca, tal y como establece el artículo 2.743 del *Código* de 1942 (95). A pesar de la buena acogida de estas propuestas con ocasión de la reforma del Reglamento Hipotecario, la operatividad de la acción sigue siendo puesta en entredicho. García García, por ejemplo, señala que «en todo caso el artículo 219.2.^º RH es de poca utilidad y no se ha usado nunca en la práctica» (96). Y Bolas Alfonso opina que «a pesar de las buenas intenciones del legislador, estas normas dejan bastante que desear, pues aparte de la dificultad de concretar en la realidad el supuesto de hecho, ni siquiera aclaran estos artículos si el juez podrá declarar la rescisión e ineficacia del arrendamiento. Además —añade—, la admisión de la acción de devastación es en fase de seguridad, pero no en fase de ejecución de la hipoteca...» (97). Posiblemente, la acción de devastación resulte de mayor utilidad en los casos de hipoteca con pacto de exclusión de responsabilidad personal del deudor, en los términos que admite el artículo 140 LH.

En los supuestos de las sentencias examinadas, el acreedor hipotecario (entidad bancaria) no ejercitó la acción de devastación, ello con el agravante de que en algunos de esos casos figuraba en la escritura de hipoteca la prohibición de arrendar la finca. Aunque lo hubiera hecho, no parece que el juez hubiera podido decretar la resolución del arrendamiento. Y en fase de ejecución ya no es posible el ejercicio de la acción. Por todo ello, este remedio se revela como inoperante para solucionar el tema que nos ocupa.

1.3.2 El contrato de arrendamiento ante el adjudicatario

El adjudicatario de una finca arrendada, en el procedimiento especial hipotecario, entra en conflicto de intereses con el arrendatario, tercer poseedor. Este conflicto de intereses ha dividido a la jurisprudencia, que se inclina últimamente por fallar en sentido favorable a los derechos del arrendatario (98).

En el ordenamiento español, semejante postura jurisprudencial lesiona los intereses del adjudicatario, que se encuentra con la sorpresa de tener que soportar las consecuencias de un contrato de tracto sucesivo sin haber sido

(95) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. IV (Hipotecas), Barcelona, 1948, págs. 675-682.

(96) *La ejecución hipotecaria...*, loc. cit., pág. 2238.

(97) «A propósito del arrendamiento urbano...», cit., en *RDP*, 1989, pág. 127. Este autor opina que del artículo 219 RH pueden extraerse interpretaciones favorables y contrarias a la subsistencia del arrendamiento tras la adjudicación hipotecaria (loc. cit.).

(98) *Vid. supra*, I.

parte. La sorpresa puede ser beneficiosa o ruinosa, según la conservación o merma en la rentabilidad del inmueble producida por la cuantía de la renta pactada. Mas, ante todo, el adquirente que acude a la subasta confiado en los datos del Registro no tendría por qué soportar ningún tipo de sorpresa. En líneas generales, pensamos que el conocimiento o ignorancia del arriendo, por parte del adjudicatario, es relevante a la hora de establecer cuáles son sus medios jurídicos de defensa. No olvidemos que la propia LAU —para suplir la deficiencia de publicidad que la doctrina atribuye a los arrendamientos **protegidos**— impone la obligación de declarar sobre este hecho, bajo pena de falsedad en documento público, en los casos de enajenación de la finca arrendada llevada a cabo por el arrendador (art. 55.2 LAU).

En defensa del adjudicatario es elogiable la coordinación de sus intereses con los del arrendatario operada en el sistema alemán; según Doral García (99) y Moro Ledesma (100), la Segunda Comisión que intervino en la elaboración del Código Civil, después de aceptar el principio «venta no quita renta», se abstuvo de aplicarlo a la enajenación forzosa, buscando así no reducir el número de postores en las subastas, mas correlativamente se adoptó el criterio de dotar al rematante de un derecho extraordinario de denuncia, en caso de subsistencia del arrendamiento, para hacerlo cesar una vez transcurrido un lapso de tiempo.

En los contratos de arrendamiento cuyo objeto sea una finca hipotecada, el adjudicatario de la finca, tras la ejecución de la hipoteca, se encuentra en la posición de tercero. Sus derechos frente al arrendatario se encuentran indirectamente contemplados en diferentes disposiciones, según el tipo de arrendamiento concertado. Se hace preciso, por ello, distinguir al menos cuatro grupos de supuestos:

1.² Los arrendamientos sujetos al Código Civil.

Los arrendamientos rústicos o urbanos excluidos del ámbito de aplicación de la legislación especial se rigen por las normas del Código Civil (o foral, en su caso). El Código Civil aborda el problema de la eficacia del contrato de arrendamiento frente a terceros adquirentes de la finca en los artículos 1.571 y 480. El primero de ellos faculta al comprador de la finca arrendada para dar por resuelto el contrato de arrendamiento, en cuyo caso el arrendatario tiene derecho a exigir del vendedor una indemnización. El artículo 480 contempla el problema de los arrendamientos concertados por quien es sólo titular temporal, o limitado, del derecho sobre la finca —en concreto, el usufructuario— para, con parecido criterio, establecer la reso-

(99) DORAL GARCÍA, *La fase de seguridad*, cit., pág. 328.

(100) MORO LEDESMA, «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca» (dictamen), en ADC, 1955, cit., pág. 1344.

lución del arrendamiento al finalizar el usufructo (en este caso sin añadir nada en cuanto a una posible indemnización). En Navarra, el Fuero Nuevo reformado en 1987, con técnica legislativa modélica, emplea una fórmula abstracta que comprende todos los casos posibles de extinción de la titularidad sobre la finca (L. 592 FN). Ambos supuestos del Código —actos de enajenación de la finca (cuyo ejemplo paradigmático es el contrato de compraventa) y resolución del derecho del arrendador (con expresión principal en la extinción del usufructo)— guardan una cierta semejanza con el supuesto de transmisión de la finca por adjudicación hipotecaria: la venta judicial es el negocio por el cual el adjudicatario adquiere y, por tratarse ante todo de una compraventa, el caso sería subsumible en la hipótesis de la norma del artículo 1.571 del CC, si bien con la diferencia —a la que algunos otorgan especial relevancia— de tratarse de una venta judicial o forzosa. Y también se ha opinado que el supuesto de adjudicación hipotecaria guarda una cierta analogía con el de resolución del derecho del arrendador por expiración del usufructo, partiendo para ello de la teoría restrictiva acerca de las facultades dispositivas del hipotecante sobre la finca (101).

2.⁹ Arrendamientos urbanos sujetos a la LAU.

La LAU atiende igualmente a los casos de enajenación de la finca constante el arrendamiento (si bien con la defectuosa fórmula del artículo 57) y de resolución del derecho del arrendador. Respecto al **primer** aspecto, los posibles derechos del adjudicatario dependen de la interpretación que se haga de la expresión «suceda» contenida en la norma; a este respecto, la doctrina mayoritaria defiende que se trata de un supuesto de «subrogación personal» forzosamente impuesta por la Ley (102). Se entiende por ello que la LAU deroga al artículo 1.571 del CC en lo relativo al régimen de los arrendamientos en caso de transmisión de la propiedad de la finca. En cuanto a la extinción del derecho de usufructo del arrendador, aparece contemplada entre las causas de resolución del contrato (art. 114.12.³) de forma matizada: la resolución del contrato solamente se producirá en tal caso cuando se pruebe que el usufructuario concertó el contrato de arrendamiento «en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad»; puede entenderse por ello que la LAU, al establecer el principio de que la extinción del usufructo no es causa de resolución del contrato más que en contados casos excepcionales, se aparta igualmente del régimen del Código en este punto. La aplicabilidad del régimen de extinción del usufructo al supuesto de adjudicación hipotecaria resulta controvertida por idénticas razones que las

(101) Expuesta *supra* en el punto b) del apartado 1.3.1 anterior.

(102) *Vid. infra*, III.2.

relativas a la transmisión por compraventa, mas en el caso de que se consideren aplicables resultaría, como regla general, que el arrendamiento subsiste y, como excepción, que el arrendamiento-gravamen se resuelve tras el cambio de titularidad sobre la finca (103).

3.º Arrendamientos rústicos sujetos a la LAR (104).

La redacción dada al artículo 74 LAR supera, a nuestro juicio, algunos de los obstáculos imputables al artículo 51 de la LAU en orden a considerar la posible inclusión del supuesto de adquisición por adjudicación hipotecaria en su hipótesis de hecho. Ello porque, de una parte, el artículo 74 se refiere en abstracto a «el adquirente de la finca» (apartándose del límite que supone la expresión «que suceda al arrendador», propia de la LAU) y no se ve la razón por la cual el rematante pudiera verse excluido y, de otra, porque —continúa el precepto— «quedará subrogado en todos sus derechos y obligaciones», entre las cuales figura, evidentemente, la de prorrogar el contrato, si bien en los términos previstos en los artículos 25 y concordantes de la LAR, que no establecen una prorrogabilidad indefinida. Esta regla general, claramente enunciada en la LAR, únicamente podría quebrar, a nuestro juicio, en caso de tratarse de arrendamientos concertados de mala fe, y ello atendiendo no a su resolución, sino a la inexistencia del contrato por defecto de declaración de voluntad.

A su vez, los casos de resolución del derecho del arrendador aparecen contemplados, también genéricamente, en el artículo 78 de la LAR, donde se faculta «al que resulte propietario» para pedir la resolución del contrato, ello «sin perjuicio de las acciones que correspondan a quienes (lo) concertaron». En el artículo 13, esta Ley especial establece en concreto que el arrendamiento rústico concertado por el usufructuario u otros titulares de derechos de goce sobre la finca se resolverá al extinguirse el derecho del arrendador, si bien respetando la conclusión del año agrícola y salvo pacto en contrario. Este sistema se aparta diametralmente en tal punto al propio de la LAU, aproximándose al del Código Civil.

La aplicación del artículo 78 al supuesto de adjudicación hipotecaria, o extensión análogica en el caso del artículo 13, requerirá sin embargo demostrar que el arrendador y deudor hipotecario es un «titular temporal del derecho sobre la finca» [tesis de Ginot Llovateras, a la que nos hemos referido *supra* 1.3.1.b)].

(103) Como expusimos *supra*, no todos los arrendamientos constituyen gravamen. Lo son aquellos que requieren poder de disposición para concertarlos. Los dos criterios decisivos al respecto son: la larga duración pactada, que puede darse en arrendamientos no sujetos a prórroga forzosa, y la escasa cuantía de la renta.

(104) Vid. SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, págs. 231 a 253, y bibliografía reseñada.

Tras estas consideraciones resulta que los derechos del adjudicatario frente a un arrendatario protegido por la LAR son contradictorios. Si la hipótesis se subsume en el supuesto genérico del artículo 74, aplicable a cualquier adquirente, el arrendamiento será prorrogable; por el contrario, si se opina que la adjudicación hipotecaria guarda analogía con la extinción de un derecho real de goce, resulta que el arrendamiento podrá ser resuelto a instancias del actual titular (arg. ex. artículo 13 LAR).

4.⁹ Arrendamientos urbanos concertados tras el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril.

Este último grupo de arrendamientos es el de mayor interés por su actualidad. Hoy día ya no se presentarán, por lo general, más casos de arrendamientos urbanos sujetos a prórroga forzosa, si bien el Real Decreto-ley no prohíbe que se pacte expresamente la sujeción del contrato a lo dispuesto en el artículo 57 LAU (105). Ahora bien, al parecer, la supresión de la obligatoriedad de la prórroga forzosa —que es lo que, en rigor, establece el Real Decreto-Ley en el artículo 9— ha producido *de jacto* una tendencia a pactar plazos de duración prudencialmente largos (tres o cinco años como mínimo), sobre todo cuando el arrendatario asume voluntariamente la realización de obras costosas en el inmueble. La prorrogabilidad de estos contratos se rige por las disposiciones del Código Civil relativas a la tácita reconducción (arts. 9 del Real Decreto-ley y 1.566 del CC).

Los arrendamientos de finca hipotecada posteriores al 9 de mayo de 1985 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, según su disposición final) en los que no se haya pactado expresamente la sujeción al artículo 57 de la LAU de 1964 carecen de la específica oponibilidad a futuros adquirentes de la finca prescrita en la legislación especial. Conservan, sin embargo, la general oponibilidad que produce todo contrato en el sentido de imponer a terceros el deber de respetar las convenciones válidamente celebradas. Se podría creer que para estos arrendamientos rigen los artículos 1.571 y 480 del CC, que siguen la máxima «venta quita renta»; mas, según Albarcar López, ello no es así, puesto que el Real Decreto-ley se limita a excluir la aplicación obligatoria del artículo 57 de la LAU y dota al contrato de la duración que libremente estipulen las partes. Este pacto no sería respetado —señala el magistrado— si el contrato pudiera resolverse

(105) Según Albarcar López, cabe también pactar un plazo de duración por tiempo indefinido, en cuyo caso se entenderá hecho el contrato por años, meses o días, según la fijación del alquiler, por aplicación del artículo 1.581 CC, o por referencia a un hecho, condición o suceso. No serán válidos los pactos de duración a perpetuidad ni aquellos en que se atribuya a una sola de las partes la facultad de fijar la duración (*Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios y jurisprudencia*, t. I, Granada, 1989, pág. 694). Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*, t. XX, vol. I, cit., págs. 613 y ss.

por el hecho de haber sido vendida la finca, y esta interpretación puede extenderse a los supuestos de sucesión de heredero fiduciario por el fideicomisario, adjudicación hipotecaria y transmisión mediante contrato transaccional (106).

En nuestra opinión, la infracción —por parte del adjudicatario— al deber jurídico de respetar válidas —pero ajenas— convenciones podría conducir hacia una suerte de responsabilidad (necesariamente extracontractal), en cuyo origen de producción cobrará relevancia la buena fe en el tercero. En el caso, frecuente, de que el rematante acudiera a la subasta a sabiendas de que el inmueble se encontraba arrendado, cabe interpretar que opera en el supuesto una posible declaración tácita de voluntad en el sentido de respeto al plazo de duración pactado por los contratantes. Incluso en el caso contrario, de ignorancia acerca del arriendo en el rematante, puede esgrimirse en favor de la subsistencia del contrato el argumento de la publicidad posesoria como excluyente de la buena fe. No es óbice para ello pensar que el adjudicatario tiene deber de conocer sólo los datos deparados por el Registro, pues que el arrendamiento sea inscribible no significa que los no inscritos puedan ser desconocidos por terceros de buena fe; para dotar de publicidad a estos hechos, el ordenamiento solamente prevé el instituto de la posesión.

2. LA ADJUDICACIÓN HIPOTECARIA: ¿UN SUPUESTO DE «SUCESIÓN»
EX ARTÍCULO 57 DE LA LAU DE 1964?

La simple lectura del texto de la LAU sobre prórroga forzosa produce la impresión de que adolece de una deficiente técnica legislativa. Literalmente menciona la figura jurídica de la «sucesión», instituto que, en rigor, se refiere a la transmisión derivativa de los derechos subjetivos (reales o personales), mas la norma no especifica a cuáles derechos subjetivos del arrendador se refiere, y en lugar de ello menciona alternativamente la obligación de prorrogar el contrato o bien todas las obligaciones del arrendador. La fórmula, considerada en su tenor literal, no es correcta, porque propiamente sólo puede haber sucesión en los derechos (¿cómo puede alguien «suceder» en algo que no existe?... Ello no es posible en la sucesión *inter vivos*, en principio); para aludir a las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria, el término adecuado es el de «subrogación», que puede darse por voluntad de la partes o excepcionalmente por imperativo de la Ley (107).

(106) ALBARCAR LÓPEZ, cit., págs. 695 y 696. Cree este autor que estos arrendamientos están sujetos a las causas de extinción previstas en el artículo de la LAU.

(107) Sobre este punto nos remitimos a las obras de Sancho Rebullida, quien lo ha abordado en profundidad. Vid. «La novación de la obligación en el Derecho español»,

Semejante texto normativo ha causado perplejidad en la más destacada doctrina, y ha originado esforzadas interpretaciones que, por diversos senderos, desembocan globalmente en dos conclusiones antagónicas a la hora de considerar al tercero adjudicatario incurso o ajeno a la norma.

No es éste el lugar ni la ocasión de condensar todos los argumentos vertidos al respecto (108); buena parte de ellos han sido ya aludidos en los epígrafes precedentes. Pero esta consideración general lleva a pensar que, probablemente, se ha producido una discordancia entre las pretensiones del legislador —la *vatio legis*— y lo realmente establecido en el artículo 57 de la LAU. Por eso analizaremos separadamente estos dos aspectos interpretativos.

2.1. *La ratio legis*

De la larga evolución legislativa y subsiguientes reacciones doctrinales que provocaron las sucesivas redacciones de los preceptos relativos a la prórroga forzosa (109) (a la que hemos hecho ya sucinta referencia *supva*,

en *R.C.D.I.*, XXXVIII, núms. 404-405, enero-febrero de 1962, págs. 1 a 22, posteriormente publicado en sus *Estudios de Derecho civil*, t. I, Pamplona, 1978, págs. 221 a 242; *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), t. XVI, vol. I, Madrid, 1980, págs. 660 y ss.; *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1985, págs. 293 a 318, y bibliografía allí citada.

(108) Sobre las opiniones de Ginot Llovateras y López Jacoiste, repetidamente citadas, Doral García dedica el apartado 3 del capítulo III de su obra a la interpretación histórica, teleológica, sistemática y lógica del artículo 57 de la LAU; concluye que «el arrendatario es poseedor sin título, ya que el arrendamiento tiene carácter personal y el derecho del concedente se ha extinguido; no hay, por tanto, sucesión en este caso, aunque tenga lugar la transmisión de la propiedad al adjudicatario» (DORAL GARCÍA, *La fase de seguridad...*, cit., págs. 335-350, en especial págs. 348-349). Contradice así las opiniones de Amorós Guardiola (expresada en el «Comentario a la STS de 4 de mayo de 1961», en *ADC*, 1961, págs. 1013 y ss.) y Fuentes Lojo (*Suma de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1960, pág. 414); estos últimos autores entendieron que el adjudicatario sucede al arrendador por emplear la LAU el término «sucesión» en sentido lato.

(109) Una Ley de 9 de abril de 1842, inspirada en ideología liberal, estableció el principio de libertad contractual en materia de arrendamientos, apartándose de las normas protectoras de los arrendamientos incorporadas a la Novísima Recopilación; la Ley liberal inspiró los preceptos del título VI, libro IV, del CC en la materia. Posteriormente, la Primera Guerra Mundial provocó la necesidad de potenciar el mercado arrendaticio en toda Europa; en España se dictaron una serie de Decretos estableciendo la prórroga forzosa del contrato (Reales Decretos de 21 de junio de 1920, 19 de octubre de 1921, 2 de diciembre de 1922 y 13 de diciembre de 1923, que refundió los anteriores); los Reales Decretos de 17 de diciembre de 1924 y 21 de diciembre de 1925 refundieron nuevamente las disposiciones relativas a la prórroga forzosa; el Decreto de 29 de diciembre de 1931 derogó la normativa anterior y fue sustituido por el Decreto de 21 de enero de 1936, que redujo a tres las excepciones a la prórroga forzosa. Durante la guerra

II.3), se deduce, a nuestro juicio, que la intención del legislador fue mantener el arrendamiento tras cualquier tipo de cambio en la titularidad real sobre la finca, y ello independientemente de que tuviera o no lugar en dicho cambio el fenómeno jurídico de la sucesión traslativa en aquella titularidad (110). Ello se deduce de las consideraciones siguientes:

1.^a Una de las originarias disposiciones instauradoras de la prórroga forzosa fue el Decreto de 29 de diciembre de 1931, en el que se establecía la continuidad en el contrato únicamente para los casos de «cambio de dueño» (111). Tal sistema indujo a la jurisprudencia a declarar la resolución del contrato de arrendamiento concertado por usufructuario tras la extinción del derecho limitado y consiguiente consolidación de las facultades correspondientes en el derecho de la propiedad, en una interpretación literal del precepto (112). Para evitar esta consecuencia indeseada, el legislador procedió a efectuar un añadido al texto con la frase «cambio de dueño o titular arrendador», presente en el artículo 70 de la LAU de 1946 (113),

civil española fructificaron nuevas normas proteccionistas (Decretos de 1 de mayo de 1937 y 28 de mayo de 1937 y Leyes de 9 de junio de 1939 y 7 de mayo de 1942). Esta dispersa normativa dio lugar a la primera Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, que fue reformada por Ley de 21 de abril de 1949. Con posterioridad se recoge la prórroga forzosa en la Ley de Bases para la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955 (*BOE* núm. 357, de 23 de diciembre de 1955), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956 (*BOE* núm. 112, de 24 de abril de 1956). La LAU de 1955 y su texto articulado sufrieron una modificación parcial, operada por la Ley 40/1964, de 11 de junio (*BOE* núm. 141, de 12 de junio de 1964); el texto refundido de las citadas Leyes fue aprobado por Decreto 4014/1964, de 24 de diciembre (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre). Sobre esta normativa, el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, dictado a iniciativa del ministro Boyer, suprime en su artículo 9 la forzosa aplicación del artículo 57 de la LAU de 1964 a los contratos de arrendamiento dictados a partir de la fecha de publicación en el *BOE* (*BOE* núm. 111, de 9 de mayo; corrección de errores en *BOE* núm. 116, de 15 de mayo). (Tomado de ALBARCAR LÓPEZ, *op. cit.*, t. I., cit., págs. 17 y ss.)

(110) Amorós Guardiola señala que el artículo 57 de la LAU articulada en 1956 consagra la preocupación del legislador por la estabilidad del contrato (*Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1023), y que el supuesto de adquisición mediante ejecución forzosa hipotecaria está incluido en la *ratio legis* del artículo 57 de la LAU (*Arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1027).

(111) Artículo 12 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 (*Gaceta* de 30 de diciembre de 1931): «Lo dispuesto en este Decreto será aplicable aun en el caso de que los inmuebles variasen de dueño por cualquier título. En todo caso quedarían a salvo las acciones que al inquilino pudieran corresponder contra el primitivo arrendador por consecuencia de la enajenación de la finca.»

(112) Por ejemplo, en la STS de 5 de diciembre de 1941; la apreciación es de GINOT LLOVATERAS, *El arrendamiento otorgado por el usufructuario...*, loc. cit., pág. 1218.

(113) Artículo 70: «Sea cual fuere la fecha de su edificación y ocupación, y tanto en las viviendas como en los locales de negocio, aunque cambie el dueño o titular arrendador, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato, éste se prorrogará

y, ello no obstante, la cuestión acerca de la subsistencia del arrendamiento concertado por usufructuario al extinguirse el usufructo continuó dividiendo la doctrina y a la jurisprudencia (114).

2.^a Tras la LAU de 1946 se añadió a la controversia existente una nueva cuestión: la relativa a la posible extensión del sistema establecido para el caso de arrendador-usufructuario a otros supuestos no previstos en la Ley. Representativo de esta preocupación fue el caso de un arrendamiento concertado por heredero fiduciario posteriormente sustituido por el fideicomisario, supuesto que la STS de 19 de mayo de 1952 falló declarando resuelto el contrato por entender que el derecho del arrendador estaba sujeto a condición resolutoria. Posiblemente este supuesto motivó un nuevo cambio en la fórmula legal, obedeciendo al deseo del legislador de aprehender una realidad práctica compleja y escurridiza. En cualquier caso, el artículo 57 del texto articulado de la Ley de Bases de 1955 introdujo por primera vez la desgraciada frase «aun cuando un tercero suceda al arrendador» (115), expresión que no se modifica en la reforma de 1964 (art. 57 de la LAU vigente).

3.^a La doctrina relativa a la LAU articulada en 1956 y, posteriormente, la que se refiere a la vigente LAU de 1964 aborda el problema de la extensión analógica del régimen previsto para el arrendador-usufructuario y arrendador-heredero fiduciario (116) a supuestos no previstos. Entre ellos se encuentra el aquí contemplado (arrendamiento concertado por hipotecante tras la adjudicación hipotecaria), así como otros parecidos [arrendador cuyo título de adquisición se encuentra sujeto a retracto convencional (117); usufructuario que arrienda y después es sustituido en su derecho

obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes.»

(114) Vid. detallada exposición de esta controversia en LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento notoriamente gravoso...*, loc. cit., págs. 1235 y 1236, notas 2 y 3, con la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

(115) En la exposición de motivos de la Ley de Bases para la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, antes citada, consta textualmente: «La formulación del derecho a la prórroga forzosa es también objeto de matizaciones, haciéndola extensiva a los casos de extinción del usufructo por exigirlo así un criterio de ponderada equidad e interés social.» La exposición de motivos de la Ley 40/1964, de 11 de junio, citada, únicamente modifica en la materia un extremo relativo a las excepciones a la prórroga forzosa: el derecho de retorno (punto IV, número 4.º, de la citada exposición de motivos).

(116) López Jacoiste afirma: «en cuanto a los contratos concertados por el fiduciario sujeto a sustitución fideicomisaria, la corriente general es asimilarlos al régimen del usufructo» (*El arrendamiento notoriamente gravoso...*, loc. cit., pág. 1263).

(117) López Jacoiste opina que la causa 12.ª, principio, del artículo 114 de la LAU articulada en 1956 no es aplicable analógicamente al arrendador sujeto a retracto, porque «la posición de un nudo propietario en quien se consolida el pleno dominio por extinción del usufructo es distinta de la de quien recupera el pleno dominio que antes

por heredero fideicomisario (118); arrendador cuyo derecho está sujeto a pacto de reserva de dominio...]. En el análisis de esta interesante cuestión cobra relevancia la interpretación literal, o acaso sistemática, de los artículos 8 de la LAU de 1964 (119) y 57 de las Leyes de 1956 y 1964; florecen a partir de este momento argumentos en torno a si el adjudicatario «sucede» o «no sucede» al arrendador en la obligación de prorrogar el contrato tras el cambio en la titularidad dominical, mas este último planteamiento es erróneo desde el punto de vista de la institución implicada, como más adelante pondremos de relieve.

2.2. El tenor literal del texto

Esta vía de interpretación, considerada en líneas generales, trata de profundizar en el significado de la expresión «tercero "que" suceda al arrendador».

tuvo». «En la retroventa —señala— se vive una etapa nueva en la historia del dominio; en el usufructo no hay cambio de etapa histórica, sino un pasaje episódico de la misma etapa (op. y loc. cit., pág. 1262). La cuestión ha sido ampliamente tratada por Rubio Torrano en su citada monografía, a la que nos remitimos para la consideración de este aspecto.

(118) La STS de 16 de diciembre de 1967 atribuye al segundo usufructuario la facultad de solicitar la resolución del arrendamiento concertado por el primer usufructuario en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad, por extensión analógica del artículo 114, causa 12.^a *in fine*, de la LAU.

(119) La legislación arrendaticia admitió la analogía con anterioridad a la expresa inclusión de esta institución en el título preliminar del CC (así en el artículo 13 de la LAU de 1946). Tras la reforma de aquél operada en 1973, la doctrina interpretó que el CC se refiere a la analogía *iuris* y la LAU a la analogía *legis*; el legislador de 1946 pretendía impedir la aplicación —supletoria o analógica— del CC a materias reguladas en la legislación especial en caso de laguna. El TS declara: que la analogía no es posible entre sistemas legislativos distintos inspirados en diferentes principios jurídicos y sociales (Sentencia de 10 de octubre de 1960); que el artículo 8 de la LAU de 1964 sólo permite la analogía con preceptos de la LAU, nunca con los de leyes extrañas a ella (Sentencia de 8 de abril de 1967). Las SSTs de 28 de febrero, 4 y 6 de marzo de 1969 y 28 de febrero de 1973 abundan sobre los requisitos necesarios para la aplicación analógica de la LAU. En opinión de Albacar López (pág. 247 de la op. citada al pie de la presente nota), la prohibición del artículo 4.2 del CC acerca de la aplicación analógica de leyes excepcionales «ha de entenderse inaplicable a la legislación arrendaticia urbana». Ello no obstante, el TS tiene declarado que algunos extremos previstos en la LAU no son susceptibles de interpretación analógica: por ejemplo, los relativos a las causas de extinción del vínculo arrendaticio (STS de 5 de julio de 1948), la posibilidad de enervar la acción de desahucio por impago de la renta conforme al apartado 1.^o del artículo 147 de la LAU (STS de 27 de julio de 1950) y otros muchos (*vid.* SSTs de 14 de enero de 1955, 3 de octubre y 21 de noviembre de 1955, 17 de febrero de 1956, 22 de febrero de 1956, 5 de octubre de 1956, 10 de noviembre de 1956, 28 de septiembre y 2 de diciembre de 1957, 8 de febrero de 1960, 7 de octubre de 1963 y 26 de junio de 1973).

ALBACAR LÓPEZ, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit., t. I, cit., págs. 243 y ss.

Para demostrar que el adjudicatario de finca arrendada no se encuentra en la posición de tercero sucesor se sostendrá: que el arrendador hipotecante tiene limitadas sus facultades dispositivas sobre la finca (120), por lo que transfiere al adjudicatario su derecho en la misma situación en que éste se encontraba, es decir, sujeto a una especie de «condición resolutoria» (121) que le convierte en un «titular temporal del derecho» (122), o que el arrendamiento se resuelve por analogía —admitida por el artículo 8 de la LAU— que guarda el supuesto con el de arrendamiento concertado por usufructuario «en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad» (art. 114.12.ª, *in fine*, de la LAU) (123), o acaso que, resuelto el derecho del arrendador sobre la finca, queda resuelto el arrendamiento que concertó por aplicación de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* y su derivado, el aforismo *resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum* (124); igualmente se sostendrá que entre el adjudicatario de la finca y el anterior propietario hipotecante, en definitiva, no media negocio jurídico alguno que integre el requisito del nexo causal indispensable para que se produzca el fenómeno de la sucesión traslativa al **adquirir** el nuevo titular en virtud de una venta forzosa (venta judicial) (125). Todos estos y

(120) DORAL GARCÍA, *La fase de seguridad...*, cit., pág. 331.

López Jacoiste sostiene que el usufructuario no tiene capacidad dispositiva suficiente para imponer sobre la finca un gravamen, un arrendamiento en condiciones notoriamente gravosas (*El arrendamiento notoriamente gravoso...*, loc. cit., pág. 1256).

(121) La STS de 22 de diciembre de 1945 dice en uno de sus considerandos que la hipoteca «actúa a modo de condición resolutoria que se ha cumplido...» Participa de esta tesis Ginot Llovateras en *La hipoteca...*, loc. cit., pág. 1224; Doral García afirma que la relación arrendaticia surgida de un contrato posterior a la hipoteca no se asienta en la relación de propiedad, sino en la de garantía (*La fase de seguridad...*, cit., pág. 333).

(122) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca...*, loc. cit., pág. 1224.

(123) GINOT LLOVATERAS, *El arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1233. Sobre este razonamiento cfr. más adelante la interpretación que proponemos. En contra, Amorós Guardiola por entender que la posición jurídica del usufructuario y del hipotecante hace inaplicable cualquier intento de analogía (*Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1027).

(124) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca...*, loc. cit., pág. 1173; incluye entre los arrendamientos que se resuelven por resolución del derecho del **concedente** el otorgado por deudor hipotecario tras la ejecución de la hipoteca, así como los concertados por derechos reales limitados sobre la finca, en *El arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1233.

Amorós Guardiola participa igualmente de esta opinión en *Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1020.

(125) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca...*, loc. cit., pág. 1217.

GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, loc. cit., pág. 2236.

Amorós Guardiola refuta este argumento por considerar que, si bien el adjudicatario adquiere sin el consentimiento del titular, los efectos de la venta voluntaria o judicial son los mismos; el rematante asume la titularidad de la finca hipotecada. Y a este efecto, y prescindiendo de rigorismos técnicos, es al que se refiere la LAU al emplear el término «sucesión» (*Arrendamientos...*, loc. cit., pág. 1026).

otros argumentos semejantes revelan la pretensión de atribuir a la expresión utilizada por el legislador un significado institucional estricto.

Contrariamente, se aducirán argumentos favorables a considerar que el adjudicatario «sucede» al arrendador atendiendo a: que el supuesto de adjudicación hipotecaria guarda analogía —permitida por el artículo 8 de la LAU— con el de subsistencia del arrendamiento tras la extinción del derecho de usufructo del arrendador, supuesto éste que, según los artículos 57 y 114.12.^a, en principio no constituye causa de resolución del arrendamiento (126); que lo que impone la LAU en el artículo 57 es una cesión de contrato forzosa (127); que el adjudicatario es causahabiente del arrendador porque adquiere mediante compraventa (aunque sea judicial) (128); que no existe analogía entre nuestro supuesto y el caso del heredero fiduciario; que el artículo 114.12.^a *in fine* contempla una causa excepcional (sobre los principios de la LAU) de resolución del arrendamiento y las excepciones no son susceptibles de extensión analógica (129)...; en resumen, tales razonamientos atribuyen a la expresión «sucesión» un significado lato (130) o amplio (131).

2.3. Interpretación propuesta

A nuestro entender, lo que realmente ocurre es que el artículo 57 de la LAU presenta una formulación incorrecta desde el punto de vista institucional, y por ello provoca unas deducciones doctrinales y jurisprudenciales que se oponen diametralmente a lo querido por el legislador.

Que la formulación es incorrecta se deduce teniendo en cuenta instituciones básicas del Derecho civil. En efecto, la expresión «sucesión» (132)

(126) AMORÓS GUARDIOLA, *Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1027.

(127) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. II, Barcelona, 1987, pág. 336.

(128) Por esta razón, categóricamente afirma Amorós Guardiola «que la adjudicación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 57 de la LAU» (*Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1026).

(129) En este sentido, Albacar López señala que las causas de resolución del vínculo arrendaticio no son susceptibles de interpretación analógica, conforme a la STS de 5 de julio de 1948 (*Ley de Arrendamientos Urbanos...*, loc. cit., pág. 247).

(130) En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la STS de 4 de mayo de 1961», en *ADC*, 1961, pág. 1026.

(131) En este sentido, FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Barcelona, 1984, págs. 665 y ss., especialmente pág. 668.

(132) *Vid.* la breve pero esclarecedora exposición de Amorós Guardiola en torno a los posibles significados, amplio y estricto, del término «sucesión» que emplea el artículo 57 de la LAU (*Arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1024 y bibliografía allí citada).

hace referencia, *per se*, a las transmisiones derivativas de los derechos subjetivos, tanto reales como de crédito. La sucesión puede darse *inter vivos* o *mortis causa*, y ello a título universal o a título singular.

En principio, la sucesión a título universal —que implica la transmisión en bloque de un patrimonio y, con ella, la dinámica constante entre los lados activo y pasivo del mismo— sólo tiene lugar en la sucesión *mortis causa*, en el caso de la herencia (no en el legado), mientras que las transmisiones *inter vivos* lo son a título singular (en ellas se transfiere el derecho, desligado de otros elementos integrantes del patrimonio). La sucesión *inter vivos* sólo cabe en los derechos, no en las obligaciones; cuando, excepcionalmente, se transmite una relación obligatoria, el fenómeno se denomina, propiamente, subrogación.

Por ello es impropio establecer «la sucesión del arrendador en sus derechos y obligaciones». Si la Ley quiere establecer la transmisión de la obligación de prorrogar el contrato, debería emplear el término «subrogación». No parece que la Ley pretenda aquí prescribir la transmisión de los derechos del arrendador —el principal de ellos, percibir la renta— dado que al artículo 57 de la LAU se refiere fundamentalmente a la institución de la prórroga forzosa.

De alguna manera, los argumentos interpretativos anteriormente mencionados obedecen a un enfoque impreciso cuyo origen se encuentra en la mezcla de instituciones y conceptos jurídicos presentes en el texto. Una cosa es colocarse en la posición del arrendador en su obligación de prorrogar el contrato (esto es subrogarse, no suceder); otra cosa es colocarse en la posición del arrendador en la relación contractual considerada en su conjunto (esto es, específicamente, cesión de contrato), y otra cosa diferente es dilucidar cuáles son los casos en que la Ley impone o la subrogación o la cesión del contrato, y aquí cobra significado la expresión «suceder»: será, lógicamente, en los casos de cambio de titularidad real sobre la finca arrendada. La expresión «suceda al arrendador» sólo puede designar el fenómeno de la sucesión traslativa en el derecho real sobre la finca; es éste el caso en que la LAU impone, consecuentemente, la subrogación forzosa en las obligaciones del arrendador, especialmente en la que consiste en prorrogar el contrato.

Que este significado del texto comentado se deduce de dos razones de peso: a) la primera de ellas se fundamenta en las enseñanzas de Lacruz Berdejo, quien en repetidas ocasiones afirma que el artículo 57 de la LAU impone al adquirente de la finca arrendada la asunción forzosa de la posición contractual del arrendador (133); con ocasión del tratamiento de la

(133) «El tercer adquirente subentra desde el día de la adquisición del inmueble en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. Hay aquí un caso de

figura de la cesión de contrato, añade que, si bien ésta es en principio de carácter voluntario, sus efectos «se producen por obra de la Ley cuando alguien adquiere un inmueble arrendado con derecho a prórroga forzosa y queda investido, por tanto, en la posición de arrendador, y lo mismo en cuanto a los contratos de trabajo de los empleados cuando se traspasa una empresa mercantil (134); b) la segunda razón se apoya en la regulación contenida en el artículo 44, inciso 1, del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, que contempla un supuesto paralelo al que nos ocupa: en el aludido texto se distingue claramente entre la hipótesis (el fenómeno de la sucesión en la titularidad de la empresa) y la consecuencia jurídica (la subrogación del adquirente en las obligaciones del anterior empresario). La jurisprudencia aclara que, en caso de empresa hipotecada, la ejecución de la hipoteca y posterior adjudicación al rematante no constituye causa de extinción de los contratos laborales de los empleados (Sentencias del hoy extinguido TCT de 17 de marzo de 1983 y 27 de diciembre de 1984 y SSTs de 14 de noviembre de 1977, de 26 de enero de 1984, de 23 de septiembre de 1985 y 28 de mayo de 1986) (135). Admitida la opinión de Lacruz acerca del paralelismo entre estos casos de cesión de contrato impuesta *ope legis*, sólo resta afirmar que el efecto perseguido por estas dos manifestaciones de las legislaciones denominadas «sociales» no es otro que el de mantener el contrato en los casos de cambio de titularidad sobre la finca o sobre la empresa, respectivamente; sólo que el legislador de 1980, al redactar el artículo 44 del ET, dio con una fórmula más acorde con el Derecho civil que la empleada en el artículo 57 de la LAU.

Aclarado así el significado del texto que nos ocupa, queda por analizar una cuestión conexa: ¿la adjudicación hipotecaria integra una sucesión en la titularidad real sobre la finca?... El texto de la LAU nada dice a este respecto, por lo que los autores proceden a examinar la posibilidad de la extensión analógica con un supuesto que sí aparece contemplado: el de la extinción del usufructo del arrendador. Decíamos que en torno a este punto

cesión del contrato, que será *ex lege*, como si las obligaciones del arrendador frente al arrendatario fueran asumidas *propter rem*, sin posibilidad de librarse de ellas salvo mediante el abandono de la cosa». *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 215.

(134) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. II, Barcelona, 1987, pág. 336.

(135) Citadas por ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, pág. 373, notas 22 y 23. Texto del primer inciso del artículo 44 del ET: «La sucesión de empresa.—El cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos *inter vivos*, el cedente, y en su defecto el cesionario (...) (responderán) solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.»

la LAU adopta una solución matizada: como regla general, la extinción del usufructo no conlleva la resolución del arrendamiento; como excepción, ello tiene lugar cuando el arrendamiento fue concertado por el usufructuario «en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad». En materia de analogía es preciso partir de unos principios generales en este punto: *a)* las excepciones son de interpretación restringida; *b)* la extensión análogica debe ser acorde con el espíritu de la Ley. Por eso conviene previamente dilucidar el carácter de la norma relativa a la extinción del usufructo del arrendador, que es del artículo 114.12.³ de la LAU. Y en relación a este precepto es de destacar que representa simultáneamente un principio y una excepción: se trata de un principio instaurado en la LAU (el de subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del derecho de usufructo del arrendador y consiguiente consolidación del dominio en la nuda propiedad) que es excepción del artículo 480 del CC (136), y la LAU le asigna una excepción (la de extinción del arrendamiento concertado por el usufructuario en el caso de que las condiciones pactadas fueran notoriamente gravosas para la propiedad) que a su vez viene a coincidir con el régimen del usufructo en el artículo 480 del CC. El artículo 114.12.³ de la LAU tiene dos incisos: el primero constituye principio excepcional respecto del régimen del usufructo en el CC; el inciso final es excepción al principio excepcional de la LAU y coincide con los principios del Derecho civil común o general.

En rigor, entre los supuestos de adquisición de la titularidad plena sobre la finca por adjudicación hipotecaria y por consolidación del contenido del usufructo en la nuda propiedad no existe la « semejanza » a la que hace referencia el artículo 4.1 *in fine* del CC. Hay una diferencia importante: el nudo propietario adquiere por virtud de un hecho independiente de la voluntad, que es exigencia de las características dimanantes de la propiedad, de por sí absorbente (137), el adjudicatario, en cambio, adquiere mediando por su parte una declaración de voluntad, siquiera unilateral, manifestada en el hecho de acudir a la subasta y ofrecer el precio en la venta judicial. Ello no obstante, los dos supuestos presentan aspectos coincidentes: se trata de dos casos en que la titularidad real del arrendador sobre la finca se encuentra en situaciones claudicantes (el derecho de propiedad desaparecerá tras la

(136) Por ello sostiene Doral García que el régimen previsto en la LAU para la extinción del usufructo del arrendador en el artículo 114.12.³, inciso primero, no es susceptible de aplicación analógica al supuesto de adjudicación hipotecaria. *La fase de seguridad...*, cit., pág. 342.

(137) Ginot Llovateras entiende que el artículo 57 de la LAU «dota a un hecho, la extinción del usufructo del concedente del arrendamiento, de un efecto del que normalmente carece, al atribuirle la cualidad de nexo, requisito indispensable para que se produzca la sucesión del nudo propietario en la posición jurídica que el usufructuario ocupaba en la relación arrendaticia» (*El arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1220).

ejecución de la hipoteca; el derecho de usufructo se extinguirá por acto *inter vivos* o *mortis causa*). Mas la aplicación analógica de un precepto a un caso no contemplado en él requiere únicamente «semejanza», no identidad entre los supuestos, ya que, de no entenderse así, la institución de la analogía carecería de objeto, y esta cierta semejanza concurre en los dos casos, si los consideramos como de «titularidades temporales» sobre la finca.

La analogía requiere igualmente que entre los dos supuestos se aprecie «identidad de razón». La *vatio* del sistema de prórrogas establecido en la LAU indica que el legislador persigue, si bien con desafortunada fórmula, encerrar en el rígido molde de la letra impresa todos los casos posibles de «cambio de dueño» que la riqueza de la realidad pueda representar, como lo demuestra la evolución legislativa de los textos al respecto.

Un posible obstáculo para concluir sobre la procedencia de la aplicación analógica del artículo 114.12.^a, inciso primero, puesto de relieve por Doral García (138), es su naturaleza excepcional respecto del régimen común (art. 480 CC). Mas creemos que aquí entra en juego el significado y alcance del artículo 8 de la LAU: esta norma permite la extensión analógica de sus preceptos a cuestiones no expresamente prescritas en la misma cuando la cuestión debatida se refiera a materias en ella reguladas. La suerte que tenga que correr el arrendamiento tras la resolución de la titularidad real del arrendador —el legislador no alcanzó a vislumbrar más casos que el del extinción del usufructo, o quizá lo acogió a modo de ejemplo paradigmático...— es, evidentemente, una de ellas (139). De todo lo cual resulta que el artículo 8 de la LAU constituye norma de Derecho excepcional también en materia de analogía (cuyo régimen general se encuentra en el Código civil), porque permite que el Derecho excepcional sea objeto de extensión analógica.

En atención a estas observaciones, la conclusión que formulamos es la siguiente: podrá ser objeto de analogía el principio (excepcional) de la subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del usufructo por la semejanza que guarda en cierto sentido con el de extinción por adjudicación hipotecaria. Y no podrá ser aplicado analógicamente el precepto del artículo 114.12.^a *in fine* de la LAU por constituir excepción al principio (excepcional) y, además, porque la excepcional analogía que la LAU establece no debe ser empleada en contra de su finalidad teleológica, de su espíritu o razón de ser.

(138) *La fase de seguridad...*, cit., pág. 342.

(139) Resulta esclarecedora la opinión de Amorós Guardiola al respecto: señala que, sobre resultar incluido nuestro supuesto en la *ratio legis* del artículo 57 de la LAU, por lo que no cabe acudir al derecho común supletorio, «la remisión que el artículo 8 de la LAU hace a la analogía legal, impondría en su caso igual solución, antes de entrar en juego la norma general de extinción» (*Arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1027).

IV. CONCLUSIONES

El lector habrá deducido ya las conclusiones que derivan del presente trabajo. Se sintetizan en los siguientes puntos:

Primero. La jurisprudencia examinada (140), considerada en su conjunto, no declara la subsistencia *ope le gis* de los arrendamientos protegidos tras la ejecución hipotecaria. Solamente defiende el mantenimiento de aquellos que no hayan sido concertados con la intención de defraudar los intereses del acreedor hipotecario, como igualmente la de los que no suponen una merma en el patrimonio del propietario de la finca por haberse estipulado en ellos una renta suficiente para cubrir en breve plazo la responsabilidad asegurada.

Segundo. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 6/1992, de 16 de enero, no entra a pronunciarse sobre cuestiones de Derecho sustantivo, pero sí invita al legislador a definirse sobre los intereses sociales o económicos en juego, esto es, a hacer prevalecer en este punto la protección del crédito territorial (que tradicionalmente se ha venido potenciando a través de la seguridad de la garantía hipotecaria) o bien la de los arrendatarios, como sujetos del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna o acaso (para los profesionales de la agricultura) a la tierra (141).

Tercero. No todos, pero sí algunos de los arrendamientos constituyen gravámenes. Se consideran como tales aquellos cuya constitución implica acto de disposición, no de mera administración, de un patrimonio. Los criterios diferenciadores, históricos y de Derecho extranjero son dos: el plazo de duración pactado y la cuantía de la renta. El artículo 131 de la LH sólo hace referencia a la cancelación registral de gravámenes inscritos (142).

Cuarto. Aunque el artículo 131 de la LH sólo menciona los gravámenes inscritos con posterioridad a la hipoteca, la Ley Hipotecaria permite deducir la ineficacia registral de los arrendamientos-gravamen no inscritos. Ahora bien, la ineficacia registral supone solamente la pérdida de la presunción *iuris et de iure* atribuida al tercero hipotecario. Como la presunción de exactitud registral es *iuris tantum*, es posible probar la subsistencia del arrendamiento, sea o no gravamen, conforme al régimen que le es propio: en materia de arrendamientos, dicho régimen habrá que buscarlo bien en el CC, bien en las legislaciones forales, bien en la legislación especial arrendaticia, según los casos (143).

(140) Cfr. *supra*, I.2.

(141) Cfr. *supra*, I.1.

(142) Cfr. *supra*, II.

(143) Cfr. *supra*, II.4.

Quinto. Del Código Civil deriva la regla de la resolución del contrato de arrendamiento en caso de enajenación de la finca (art. 1.571 CC, por ser la compraventa paradigma de los negocios traslativos del dominio *inter vivos*); el mismo principio inspira la L. 592 del Fuero Nuevo de Navarra, cuya formulación abstracta huye de la referencia a un caso; el principio rige igualmente para los supuestos de resolución del derecho del arrendador sobre la finca, cuyo ejemplo representativo es la extinción del usufructo (art. 480 CC, L. 408.2 del FN).

Mas, tratándose de un arrendamiento protegido, la legislación especial deroga en este punto al Código Civil: así en los artículos 57 y 114.12.³ de la LAU de 1964 y en el artículo 74 de la LAR de 1980, si bien los artículos 78 y 13 de esta última Ley vienen a coincidir con el sistema propio del Derecho civil general (144).

Sexto. Del artículo 57 de la LAU es posible deducir la subsistencia del arrendamiento protegido tras la adjudicación hipotecaria no sólo en las interpretaciones teleológica e histórica, sino incluso desde las interpretaciones iuspositivista y analógica (145). El régimen de oponibilidad a terceros de estos arrendamientos no deriva del Registro, sino de la LAU. La LAU constituye Derecho excepcional no solamente en materia de arrendamientos, sino también en materia de analogía, porque permite la extensión analógica de principios y normas disconformes con los propios del Código (de lo contrario el artículo 8 de la LAU carecería de sentido) (146).

Séptimo. Los contratos de arrendamiento concertados de mala fe, cuya única finalidad consista en defraudar los intereses de acreedor hipotecario, aunque sean de los incluidos en el ámbito de aplicación de la LAU o de la LAR, son *per se* ineficaces, ya que no constituyen, propiamente, contratos: falla en ellos el requisito de la declaración de voluntad que integra el consentimiento, por existir discordancia entre lo declarado y lo realmente querido por las partes (147).

Octavo. Ni la acción de devastación ni la cláusula de no arrendar inserta en el préstamo hipotecario protegen al adjudicatario de finca arrendada frente a la posesión arrendaticia de la finca adquirida en subasta hipotecaria (148).

(144) Cfr. *supra*, III, en particular punto 1.2.b).

(145) Cfr. *supra*, III.2.

(146) Cfr. *supra*, III.2, punto 2.3.

(147) Cfr. *supra*, I.2.2.d).

(148) Cfr. *supra*, III.1.3.1, punto a), y 1.3.2.

V. COROLARIO

No es ajeno a nuestro pensamiento el cambio de realidad social y económico experimentado en este momento respecto del que imperaba cuando fue establecido el sistema jurídico que versa sobre el arrendamiento de finca hipotecada.

Hemos apuntado ya que se avecina una reforma legislativa. A la hora de cerrar este trabajo, no tenemos noticia sino del *qué*, pero es prematuro conocer el *cuándo* y el *cómo* (149). Tras el Real Decreto-ley de supresión de la prórroga forzosa, dictado bajo el mandato del ministro Boyer, la conciencia social rechaza las medidas proteccionistas sobre la congelación de rentas y prórroga obligatoria, abriéndose paso la tendencia a reclamar facilidades de acceso a la propiedad de los inmuebles mediante la promoción del crédito hipotecario, mas la instituciones financieras exigen del legislador un mecanismo de seguridad de la garantía hipotecaria.

Tratándose de bienes de **primera** necesidad —lo es, para todos, la vivienda; también, para los agricultores y ganaderos, la tierra; para los empresarios, el local de **negocios**—, el mercado arrendaticio constituye residuo del mercado de crédito territorial. En la época de posguerra, ante la escasez de crédito para acceder a la propiedad de estos bienes, el legislador potenció al menos la seguridad de los arrendamientos de inmuebles. Pero la mejora experimentada en el sistema financiero —lo que podríamos denominar «la popularización» del crédito **bancario**— resta virtualidad a la política que presidió en época de posguerra. Además, como se apunta en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, la institución de la prórroga forzosa reduce la oferta de alquileres, con la consiguiente alza del precio de las rentas, por lo que su supresión permitirá satisfacer las necesidades de viviendas a una generación de jóvenes con dificultad para adquirirlas en propiedad.

En cierto sentido, el mercado de alquileres es residuo del mercado de adquisición de inmuebles mediante crédito hipotecario. Potenciar el crédito hipotecario, tanto el destinado a la construcción como el destinado a la compra de inmuebles, equivale a aumentar la oferta de viviendas y consiguiente normalización de los precios.

Dado que la construcción urbana requiere inversiones arriesgadas, sólo posibles merced al crédito hipotecario, conviene fortalecer la institución de la hipoteca, ya que su debilitamiento podría retraer a la banca en la oferta

(149) El profesor Lasarte ha remitido a la colección *Jurisprudencia Práctica* un artículo titulado «Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria», del que hemos tenido noticia a través de *Tapia*, «Publicación para el mundo del Derecho», núm. 64, Madrid, mayo-julio 1992, pág. 51.

de créditos. Al reducirse el número de viviendas nuevas, los particulares quedarán nuevamente abocados a solicitar alquileres, por lo que aumentarán los precios de éstos, quedando en definitiva conculcado el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna.

Conjugar con acierto tales intereses encontrados no es tarea fácil para el legislador. Se trata de una cuestión política legislativa, cuya traducción técnica —la anunciada reforma, acaso **urgente**— requiere una labor meditada, sobre todo porque indudablemente afectará a leyes en sentido estricto, no susceptibles de modificación mediante Decreto simple. Probablemente, el Decreto-ley constituya la vía más operativa para estos fines.

De *lege ferenda*, parece inviable proceder a la reforma del artículo 131 de la LH en el sentido de especificar que se consideran gravámenes los arrendamientos de larga duración, porque ya se ha comprobado que no es necesario inscribir un arrendamiento para que éste sea oponible a terceros, y suprimir la precisión de que estén inscritos equivale a variar todo el sistema de purga de cargas posteriores a la hipoteca. Otra vía de solución podría consistir en introducir en el RH un precepto que, en desarrollo del artículo 131 de la Ley, incluya los arrendamientos entre los «gravámenes» a que se refiere la Ley (solución a la que no quiso llegar el legislador al reformar el artículo 219 del RH). Una tercera solución podría ser la de incluir entre las causas de resolución de los arrendamientos especiales la adjudicación hipotecaria de la finca, por extensión legal de la causa 12.^a, *in fine*, del artículo 114 de la LAU; ésta es sin duda la solución más fácil (150), dado que existen indicios de una nueva reforma en materia de arrendamientos urbanos.

Entretanto, nuestro Tribunal Supremo ha adoptado una postura general, a nuestro juicio prudente y acertada. No olvidemos que, en la realidad actual, se presenta con relativa frecuencia una actividad especulativa por parte de quienes se dedican profesionalmente a la adquisición de inmuebles subastados (151), consistente en pactar convenciones secretas tendentes a limitar la cuantía de las posturas, a fin de lograr la adjudicación del inmueble por un precio inferior al de su valor de mercado. Esta actitud defrauda en ocasiones los intereses del acreedor hipotecario porque, salvo pacto en contrario, responde con todo su patrimonio de la deuda garantizada en caso de que en la ejecución no se obtenga la cuantía total de aquélla más otros gastos. Ante estas situaciones, y tratándose de un inmueble arrendado, re-

(150) Ya la propuso en su día Amorós Guardiola en su op. y loc. cit., pág. 1033.

(151) Aludida en la *Memoria* elevada al Gobierno de Su Majestad, presentada por el excelentísimo señor don Leopoldo Torres Boursault, Fiscal general del Estado, Madrid, 1991, págs. 65 y ss., en el sentido de proponer la tipificación de algunas de tales conductas (en especial las «cesiones de remate») como delictivas.

sulta más justo defender el interés del arrendatario, que es al fin y al cabo un interés social, que favorecer la especulación de viviendas subastadas, actividad esta última que la conciencia social del momento rechaza.

Isabel SABATER BAYLE
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra