

La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la Sentencia de 23 de febrero de 1991)

I. LA SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1991 Y LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE

La jurisprudencia que había prevalecido en los últimos tiempos acerca de esta cuestión era la que establecía la extinción de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca como consecuencia de la ejecución de ésta.

Así, aparte de la fundamental Sentencia de 5 de febrero de 1945, dictada para un caso de arrendamiento rústico, son fundamentales las Sentencias de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989.

En cambio, una sentencia que declaraba la no extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a la hipoteca era la de 19 de febrero de 1968.

Capítulo aparte merece la Sentencia de 9 de junio de 1990, dictada para un caso especial de arrendamientos rústicos, que será analizada después con separación, dada la especialidad del caso planteado.

Pues bien en medio de este ambiente jurisprudencial, favorable por regla general a la extinción de los arrendamientos posteriores a la hipoteca, surge esta Sentencia del TS, Sala 1.^a de 23 de febrero de 1991, cuya doctrina y razonamientos son altamente criticables.

Enfrentado el acreedor hipotecario con el arrendatario de una nave comercial de exposición de coches, constituido con posterioridad a la

hipoteca, entiende esta Sentencia de 23 de febrero de 1991, que la ejecución hipotecaria no comporta la extinción del arrendamiento posterior, sino el mantenimiento del mismo, destacando la siguiente doctrina, entresacada de sus Fundamentos de Derecho:

1.º) El artículo 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria afecta solamente según dicha norma a las "inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado", pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso.

2.º) No cabe admitir una causa de extinción del arrendamiento no catalogada en la relación imperativa de esas causas que hace el artículo 114 de la LAU.

3.º) Tratándose de un arrendamiento anterior al RD-L de 30 de abril de 1985, que surpimió la prórroga forzosa, es aplicable la prórroga legal del artículo 57 LAU, con la consiguiente subsistencia del arrendamiento.

4.º) En la escritura de hipoteca se pactó la cláusula que autoriza el vencimiento anticipado del préstamo a instancia del acreedor si el hipotecante arrienda el inmueble por renta anual "que capitalizada al porcentaje legal anual no cubriese la responsabilidad total asegurada o la gravase con carga real que disminuya su valor de garantía o de su subasta". Esta cláusula se refiere evidentemente, según la sentencia, a la renta legal que señala para estos casos el artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario, y en este caso la renta anual concertada capitalizada cubre la responsabilidad total asegurada.

5.º) El dominio no se ve afectado por el derecho personal arrendaticio pues el propietario conserva su posesión mediata o indirecta y el arrendatario tiene la posesión inmediata que no puede quedar perjudicado por la posesión judicial concedida al propietario.

Esta Sentencia de 23 de febrero de 1991, que constituye actualmente, después de la jurisprudencia existente una sola sentencia aislada en su doctrina y razonamientos, no puede servir para dar un golpe de muerte a la doctrina jurisprudencial anterior, que utiliza unos argumentos y una lógica muy superiores a los de la presente sentencia, que sólo se preocupa de los intereses del arrendatario, olvidando que existen otros intereses en juego protegidos por el Derecho.

Como dice Carlos Cuadrado González (en la revista *La Ley*: "Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución", año XII, número 2.781, 5 de julio de 1991), "cuando, como en este caso, el conflicto se plantea entre un interés privado, por muy estimable que sea, y el respeto a los principios fundamentales de Derecho, se ha de dar preferencia a éstos, de los cuales depende la subsistencia del propio

Derecho". Este autor es partidario de la preferencia de la hipoteca sobre el arrendamiento posterior.

La doctrina de las Sentencias de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, todas ellas referidas a supuestos de arrendamientos urbanos posteriores a la hipoteca, consiste en que la ejecución de la hipoteca anterior determina la extinción de los arrendamientos urbanos constituidos con posterioridad a ella.

La Sentencia de 22 de mayo de 1963 dice que "la hipoteca preferente opera a manera de una condición resolutoria que en méritos del proceso de ejecución queda cumplida, ocasionando la liberación total de las posibles hipotecas posteriores... porque el adjudicatario ha de recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca". Esto significa que la hipoteca, como consecuencia de su naturaleza, tiene una fuerza resolutoria respecto a todos los actos constituidos con posterioridad a ella. Esta sentencia no es citada por la presente de 23 de febrero de 1991.

La Sentencia de 31 de octubre de 1986, tampoco citada por la Sentencia de 23 de febrero de 1991, acierta plenamente al interpretar de modo adecuado la regla 17.^a del artículo 131 LH en relación con la regla 8.^a. No es sólo la regla 17.^a, sino también la regla 8.^a, que están en íntima conexión. Los que acuden a la subasta, saben a través de la regla 8.^a que los derechos anteriores a la hipoteca subsisten, pero que se cancelarán los posteriores. La citada sentencia deduce de la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de hipoteca, el que se produzca la ineficacia de un mero derecho personal posterior a la constitución de hipoteca. Esto es lo verdaderamente importante de la Sentencia de 31 de octubre de 1986: la interpretación de la regla 17.^a del artículo 131 LH en relación con la ineficacia del derecho personal posterior a la inscripción de la hipoteca. Aquí no se planteó ningún supuesto de fraude, sino que la doctrina de la sentencia es neta en el sentido indicado y se refiere a todo tipo de arrendamiento urbano constituido con posterioridad, sin entrar en si fue o no fraudulento. Pero la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, tratando de cohonestar su funesta doctrina con la jurisprudencia anterior, no cita ni la Sentencia de 22 de mayo de 1963 ni la de 31 de octubre de 1986, porque sencillamente dichas sentencias son imposibles de cohonestar con la doctrina que ella sienta. Pero lo preocupante es citar unas sentencias y silenciar otras.

En cuanto a la Sentencia de 23 de diciembre de 1988, que la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 sí se atreve a citar, junto con la de 17 de noviembre de 1989, que ahora veremos, hay que empezar por decir que son muy mal citadas, en el sentido de que se confunde el supuesto de la

primera con el de la segunda. No es de recibo que una sentencia, como la de 23 de febrero de 1991 cite dos sentencias y confunda el contenido de una con el de la otra, atribuyendo a la primera la doctrina o supuesto de la segunda. Pero no se trata sólo de un descuido en la forma de citar las sentencias, sino de un error grave de fondo o contenido en la cita, pues la Sentencia de 23 de diciembre de 1988 es una sentencia que se apoya fundamentalmente en los principios hipotecarios, es decir, que tiene en cuenta la doctrina resultante del Derecho Hipotecario (que la presente sentencia desconoce), y concretamente, se apoya en los principios de publicidad, legitimación y fe pública registral, hasta el punto de decir que el arrendatario —prescindiendo de si conocía o no la hipoteca— debía conocer la situación registral anterior al arriendo. Y otra de las conclusiones de esa sentencia que no puede ser silenciado es que el derecho personal no puede ser de mejor condición que el real.

Por tanto, no se trata de una sentencia en que se acreditase que no existía arriendo, pues éste no es el caso de la Sentencia de 23 de diciembre de 1988, ni tampoco estamos ante un caso de *probada* ausencia de buena fe por parte de arrendador y arrendatario, sino de falta de buena fe en sentido distinto, en el sentido indicado de que la publicidad registral impide la buena fe del arrendatario, que debería haber consultado los asientos del Registro y habría comprobado que existía una hipoteca que afectaba a la finca.

En que, en definitiva, es una sentencia en la que se dice que no hay buena fe del arrendador y arrendatario, no porque el arrendatario se probase que conocía la hipoteca, sino porque "habida cuenta de los principios de publicidad, legitimación y fe pública registral", "no puede alegarse ignorancia ya que se venía a limitar sus facultades como tal arrendatario si se llegaba a resolver el derecho del arrendador concedente y quedar extinguido el arriendo, como dice la Sentencia de 31 de octubre de 1986, citada por la de 23 de diciembre de 1988 y no por la de 23 de febrero de 1991. "Debía el arrendatario conocer el vicio de su posesión, dadas las circunstancias descritas". Al cancelarse todas las inscripciones posteriores, dice que no puede hacerse de mejor condición un mero derecho personal como es el del arrendatario, lo que comporta la extinción del mismo por resolución del derecho del arrendador".

En cuanto a la Sentencia de 17 de noviembre de 1989, que también cita, pero malamente, la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, confundiendo su contenido con el de la anterior, no tiene en cuenta su verdadera doctrina, que parte de la eficacia real de la hipoteca frente al derecho personal arrendaticio, al igual que las sentencias anteriores.

No discutimos que en el caso de esa última Sentencia de 17 de noviembre de 1989 se demostró en instancia que no existía arrendamiento y que

fue simulado y concertado con el único objeto de frustrar los legítimos derechos de acreedores y de futuros adquirentes, a diferencia de los casos de las sentencias anteriores en que no se demostró para nada la inexistencia del arrendamiento. Lo que queremos decir es que incluso esa última Sentencia de 17 de noviembre de 1989 no puede ser citada en la forma que hace la Sentencia de 23 de febrero de 1991, pues olvida los argumentos de la misma, que son precisamente idénticos a las anteriores, citando incluso expresamente a la de 31 de octubre de 1986 y conteniendo una argumentación que salta por encima de si el arrendamiento posterior es o no simulado, pues se basa en la eficacia real de la hipoteca anterior, en la interpretación de la regla 17.^a del artículo 131 LH, con argumentos categóricos, prescindiendo de la simulación del arrendamiento, pues en otro caso hubiera bastado decir que el arrendamiento era inexistente y, sin embargo, no lo hace así, sino que insiste en la eficacia real de la hipoteca.

Frente a todas esas sentencias de nada vale la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, cuyas argumentaciones son bastante deplorables, según veremos seguidamente.

Es curioso que ya existía una sentencia que era la de 19 de febrero de 1968, en la que se podía haber apoyado la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 y sin embargo no la cita. Desde luego que esa Sentencia de 19 de febrero de 1968 había quedado ya superada por las Sentencias de 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989 con argumentos nuevos y convincentes, por lo que hubiera resultado trasnochado sacar a relucir una sentencia de 1968 superada por esas otras posteriores. Quizá por eso, la presente sentencia opta por no citarla. Porque, además, aunque la doctrina es la misma que la de 23 de febrero de 1991 en sus resultados, no lo es en cuanto al razonamiento, pues la de 19 de febrero de 1968 se apoya en un argumento que estuvo muy en boga en aquellos tiempos, y que consistía en aplicar al caso de la hipoteca lo dispuesto en el artículo 114, causa 12.^a de la LAU, relativa al arrendamiento concertado por usufructuario, que subsiste después de la extinción del usufructo cuando las condiciones pactadas no son notoriamente gravosas para la propiedad.

Realmente esta argumentación ha de considerarse superada y ya no la utiliza la presente sentencia, porque no hay analogía entre las relaciones de usufructuario-nudo propietario y las relaciones acreedor hipotecario-propietario, como consecuencia de ser muy diferentes los efectos de los derechos reales de usufructo y de hipoteca, y de la distinta regulación del derecho de usufructo y de hipoteca, siendo el contenido de aquél el derecho a percibir los frutos, incluso civiles, salvando la forma y la sustancia (que se pueden salvar si no hay condiciones dañosas para el nudo propietario); y en cambio, el contenido del derecho de hipoteca en relación con el

contenido del derecho de propiedad gravado por ella es de efectos fulminantes cancelatorios respecto a todos los actos posteriores, conforme a la definición del Código Civil y al contenido y efectos de la hipoteca resultante de la legislación hipotecaria a la que se remite el propio Código Civil.

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA DOCTRINA DE LA PRESENTE SENTENCIA

Antes de exponer en sentido crítico los argumentos de la presente sentencia, conviene advertir que la doctrina de la misma se refiere exclusivamente a un supuesto de hecho de arrendamiento posterior a hipoteca pero anterior a la vigencia del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, pues alude a éste diciendo que "suprimió la prórroga forzosa para los contratos posteriores a su entrada en vigor" y que "es aplicable —al presente caso— esa prórroga legal que establece el artículo 57 de la misma Ley; el que se infringiría a virtud de una causa resolutoria no señalada en la Ley, de darse lugar a la aceptación de la sentencia impugnada".

Por tanto, puede decirse que la doctrina de esta sentencia no puede extenderse a los supuestos de arrendamientos posteriores a la hipoteca en que no exista la prórroga forzosa, que son la mayoría de los que se darán en lo sucesivo en colisión con una hipoteca.

Esta delimitación de la doctrina de la sentencia se basa en lo siguiente:

1.º Que el supuesto de hecho de la sentencia es de "arriendo anterior a la vigencia del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985" y la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 lo valora expresamente.

2.º Que uno de los argumentos centrales de la doctrina de la sentencia es precisamente el artículo 57 de la LAU relativo a la prórroga forzosa, que no es aplicable en lo sucesivo, salvo pacto expreso en contrario.

Por tanto, no habría que dar excesiva importancia a esta sentencia, al moverse en un ámbito muy limitado y casi exclusivamente transitorio.

Pero hay que reconocer que la sentencia contiene además toda una serie de argumentaciones que, si no se desvirtúan por la crítica, podrían dar lugar a sucesivas ampliaciones del supuesto de hecho y a patrocinar esa misma doctrina para todos los casos, pues se contienen también otros pretendidos argumentos y no sólo el del artículo 57 de la LAU.

Nuestra opinión, por ello, es la siguiente:

1.º Partir de que la doctrina de esta sentencia se refiere exclusivamente al supuesto de hecho de arriendo posterior a la hipoteca pero

anterior al RD-Ley de 30 de abril de 1985, a los que es aplicable la prórroga forzosa del artículo 57 de la LAU, pero no a los arrendamientos concertados con posterioridad a dicho RD-Ley sin la prórroga forzosa.

2.º) Criticar, en todo caso, los argumentos de la sentencia en cuanto pueda pretenderse ampliarlos a otros supuestos de hecho, e incluso en relación con el propio supuesto de hecho de la presente sentencia, por entender que no son convincentes.

En consecuencia, pasamos seguidamente a exponer y desarrollar los argumentos de la sentencia y su respectiva crítica en los sucesivos epígrafes del presente estudio.

III. LA HIPOTECA Y LOS DERECHOS PERSONALES POSTERIORES NO INSCRITOS

Hemos visto que la Sentencia de 23 de febrero de 1991 se fija en que el artículo 131 regla 17.^a LH afecta solamente según dicha norma a las "inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado".

Pero de ahí no deriva que no haya de afectar también a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso.

De esta extraña, por no llamarla pintoresca doctrina de la sentencia, resultarían los siguientes absurdos que en una interpretación lógica han de rechazarse:

1.º) Que el derecho personal es de mejor condición que el derecho real, pues mientras la hipoteca que se ejecuta determinaría la extinción de un derecho real, no podría determinar la extinción de un derecho personal, a pesar de ser condición inferior y más débil que el derecho real. Pero esto en definitiva es desconocer la distinta naturaleza de los derechos reales y personales, clasificación fundamental en todos los sistemas. El derecho real tiene mayor fuerza y eficacia que el derecho personal porque tiene absolutividad y eficacia "erga omnes". En cambio, el derecho personal sólo tiene eficacia "inter partes", por lo que no afecta a terceros, como tal derecho personal. Por tanto, si los derechos reales posteriores a la hipoteca se extinguen como consecuencia de la ejecución hipotecaria, los derechos personales se extinguen no ya sólo como consecuencia de la ejecución hipotecaria, sino porque por su propia esencia no pueden afectar a tercero, a diferencia de los derechos reales.

2.º) Otro contrasentido es que, al parecer, según la doctrina de esta sentencia, el derecho no inscrito es de mejor condición que el derecho

inscrito, pues resultaría que la hipoteca extinguiría los derechos reales inscritos, pero no los derechos reales o personales que no se inscribieron. Luego sería mejor no inscribir que inscribir, y no se explicaría el difícil y laborioso esfuerzo del legislador al implantar y consolidar el Registro de la Propiedad en España en 1861 y reformas posteriores, reconocido en su plena eficacia por el propio Código Civil en los fundamentales artículos 605 a 608 y en las innumerables remisiones que nuestro primer Cuerpo legal hace a la Ley Hipotecaria a todo lo largo de su articulado, porque en definitiva, con esa peculiar doctrina, toda la regulación de la Ley Hipotecaria no serviría absolutamente para nada, pues nos llevaría a la Edad de Piedra del tráfico jurídico inmobiliario y a la más completa inseguridad jurídica y clandestinidad de los derechos, ya superada por las legislaciones modernas. A lo más que ha llegado el legislador en ciertos supuestos es a *equiparar* los efectos del derecho real inscrito con algunos derechos personales no inscritos atendiendo a su fecha. Pero nunca a hacer de *mejor condición* los derechos personales que los reales y hacer los derechos no inscritos *de mejor condición* en efectos que otros inscritos más allá de la fecha de su constitución. Cuando el legislador da efectos a derechos personales no inscritos, está haciendo una excepción de la regla de prioridad por la fecha registral, pero de ningún modo pretende hacer tabla rasa de la propia fecha de prioridad civil de nacimiento de esos derechos, pues antes de la fecha de nacimiento no son derechos porque no existen.

Por eso precisamente, las Sentencias de 22 de mayo de 1963 y 31 de octubre de 1986 (olvidadas por la presente) y las de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989 (mal citadas y desconociendo su verdadera doctrina por la presente) insistieron en la eficacia real de la hipoteca frente al arrendamiento posterior, y en la imposibilidad de que un derecho personal no inscrito pueda ser de mejor condición que un derecho real o personal inscrito.

Y es que lo que en definitiva, está desconociendo la presente sentencia, es la naturaleza del derecho real de hipoteca, según pasamos a exponer.

IV. LA NATURALEZA DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

La presente sentencia sólo se detiene en la regla 17.^a del artículo 131 de la LH, olvidando la regla 8.^a que está en la misma línea. Pero no es sólo eso. Es que el artículo 131 es un precepto procedimental que tiene su apoyo en el carácter, naturaleza y efectos de la hipoteca definidos por el legislador sustantivo. O sea, que no se trata sólo de analizar el texto literal del artículo 131 regla 17.^a LH, sino de comprender que el contenido de esa regla 17.^a, que es aplicable a todos los procedimientos de ejecución hipo-

tecaria, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 133 LH, deriva de la propia naturaleza y eficacia real de la hipoteca.

Y es que la hipoteca no es sólo una fase de ejecución o de realización de valor, como quería ver la desacreditada teoría procesalista de la hipoteca de Carnelutti, ni es tampoco un derecho obligacional, sino que la hipoteca, es un derecho real que implica limitación del dominio según concepción mayoritaria y plenamente razonada, no ya sólo por Roca Sastre, sino por las atinadas observaciones del civilista Doral y otros muchos, y esto lo reconoce abrumadora doctrina, legislación y jurisprudencia que no es del caso citar por su evidencia. Ese efecto real determina una sujeción de la cosa hipotecada ya antes de la ejecución, es decir, en la fase de seguridad o de garantía, sujeción que implica una fuerte limitación del dominio, y que deriva de las definiciones resultantes de los artículos 104 LH y 1.876 CC. El propietario de finca hipotecada no queda privado de su facultad de disponer. Pero aunque disponga libremente, dispone de una finca "sujeta a hipoteca". No hay limitación de la facultad de disponer, pero hay limitación del dominio, pues todos los actos realizados por el dueño quedan sujetos a los efectos de la hipoteca y nacen con la impronta o sello de la hipoteca, o como ha dicho Ginot Llobateras, con el "germen patológico" que le da la hipoteca. No es una limitación del dominio como la de los derechos reales de goce o disfrute, pero la sujeción de la cosa hipotecada implica una limitación más fuerte, pues se impiden los actos destructores o de disminución de valor de la cosa hipotecada (acción de devastación) y existe sujeción en el sentido de que al vender, transmitir o arrendar una finca gravada con hipoteca, existe la amenaza de resolución del derecho adquirido, como consecuencia de la hipoteca.

Por eso, la Sentencia de 22 de mayo de 1963 atribuyó a la hipoteca el efecto de condición resolutoria respecto a los derechos y actos posteriores. La regla 17.^a del artículo 131 LH no es más que una consecuencia lógica y necesaria de tal naturaleza derivada de los artículos 104 LH y 1.876 CC, por lo que su interpretación no puede hacerse en forma literal o aislada sino en consecuencia con los efectos que se pretenden de la hipoteca y que reconoce la legislación sustantiva.

La presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, a diferencia de las anteriores, no tiene para nada en cuenta esta naturaleza del derecho real de hipoteca, y la contempla sólo en la superficialidad resultante de un precepto de ejecución procesal, cuando la regulación de la ejecución es consecuencia de la naturaleza sustantiva y real del derecho.

V. LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 114 LAU

Las causas del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no son tasadas en el sentido de que no puedan admitirse otras que resultan de los principios generales del derecho y de la regulación resultante de otras leyes.

Como ha dicho José Antonio Miquel, el "ecosistema" y la interrelación de sistemas no es sólo fundamental en la naturaleza, sino también en el Derecho, en donde la interpretación ecológica, necesaria para que subsistan los diferentes derechos en conflicto, ha de hacerse teniendo en cuenta el tradicional elemento sistemático en la interpretación de la leyes y de todo el ordenamiento.

¿O es que sólo está vigente la Ley de Arrendamientos Urbanos? ¿Y el resto del sistema vigente?

Supongamos que los padres de unos menores conciertan un arrendamiento urbano por más de seis años o tiempo superior al que falte a los menores para llegar a la mayoría de edad, como consecuencia de la prórroga legal forzosa del artículo 57 LAU. ¿Es que los menores al llegar a la mayoría de edad no tienen derecho a resolver el arrendamiento concertado por sus padres? Esa causa no está en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y sin embargo viene impuesta por aplicación de los principios generales del sistema, y concretamente atendiendo a las facultades de los padres en relación con los hijos menores.

En el presente caso, estamos ante la existencia de un derecho real de hipoteca y un derecho de arrendamiento. Para el primero rige la Ley Hipotecaria. Para el segundo, la Ley de arrendamientos urbanos. ¿Por qué empeñarse en la aplicación exclusiva de la Ley de arrendamientos urbanos desconociendo la regulación existente acerca del otro derecho en conflicto? Al menos habrá que reconocer que existe un problema interpretativo, pero nunca partir exclusivamente del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que supone desconocer el ecosistema jurídico del ordenamiento en su totalidad, razón por la cual, hay que descartar el pretendido argumento utilizado.

Supongamos otro ejemplo: se dona una finca urbana imponiendo la prohibición de arrendar durante tiempo determinado. Esta prohibición es válida, pues se contiene en acto a título gratuito. Si el donatario arrienda la vivienda en contra de esa prohibición, ¿es válido el arrendamiento? A pesar de que no esté en la lista del artículo 114 LAU ese arrendamiento podrá dejarse sin efecto. Y lo mismo el comprador de finca urbana sujeto a condición resolutoria en garantía del pago del precio aplazado. Si incumple su obligación de pago, quedan sin efecto todos los actos realizados por el comprador entre ellos los arrendamientos, y la finca ha de pasar al

vendedor libre de los mismos, aunque no esté en la lista del artículo 114 LAU, porque resulta de otros preceptos del ecosistema jurídico, que están plenamente vigentes.

VI. EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Otro de los argumentos de la sentencia es el artículo 57 de la LAU, que se refiere a la prórroga obligatoria para el arrendador "aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones".

Ante todo, la cita de este artículo demuestra, según hemos visto antes que la sentencia sólo se refiere a los arrendamientos concertados con anterioridad al Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, y no a los posteriores a los que no se aplique la prórroga forzosa.

Pero es que en segundo lugar, y esto es lo más relevante, el artículo 57 está mal interpretado por esa sentencia, y ello por dos razones fundamentales:

- a) La primera de ellas es que el artículo 57 LAU se refiere a un "tercero que suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones".

El concepto de "sucesión" en sentido amplio, que es el empleado por el precepto, implica "traer causa", es decir, una adquisición derivativa. Pero cuando ese "tercero" (el adjudicatario de la subasta hipotecaria) adquiere no en virtud de un acto de voluntad del arrendador propietario sino en virtud de un derecho anterior de hipoteca, no puede decirse que traiga causa del arrendador, sino que adquiere como consecuencia de la facultad de realización de valor de la finca que tiene el acreedor hipotecario por razón de la hipoteca y que puede promover ante la autoridad judicial en el procedimiento de ejecución. No trae causa del último propietario, sino que a pesar de ese propietario arrendador y aun contra su voluntad, adquiere. Por eso, la Sentencia de 5 de febrero de 1945 dice que el remate en ejecución de la hipoteca no es una transmisión regida por el artículo 27 de la LAR (hoy art. 74, que luego veremos), pues *viene de acto precedente* que no autoriza el derecho a ceder el disfrute cual fue practicado... en oposición o perturbación del otro antecedente (derecho de hipoteca)". Y por eso, otras sentencias, como la de 22 de diciembre de 1945 (para un arrendamiento de industria) y la ya citada de 22 de mayo de 1963 (para un arrendamiento urbano de la LAU) aplican el concepto de rendición resolutoria respecto a las transmisiones ulteriores a la hipoteca y a los derechos constituidos con posterioridad a ella.

Respecto a esos terceros que no suceden ni traen causa del arrendador sino de un acto precedente, en virtud del cual el Juez adjudica la finca (recuérdese la nueva redacción de la regla 17.^a del art. 131 LH en que no se habla ya del Juez como representante del dueño), no les afecta la "relación arrendaticia", que el acto "inter alios" y posterior, sino la "relación hipotecaria", preferente a la relación arrendaticia.

Así se compaginan perfectamente la aplicación del artículo 57 LAU a aquellos supuestos en que el tercero adquirente trae causa directa de un propietario que no está sujeto a hipotecas anteriores y la aplicación de la Ley Hipotecaria a aquellos supuestos en que el adquirente deriva o trae causa de un derecho de hipoteca anterior al arrendamiento.

Y lo mismo ha de entenderse en el caso de que el adquirente "traiga causa" de un derecho de opción constituido con anterioridad al arrendamiento, pues entonces adquiere no como sucesor del propietario, sino como sucesor derivativo del derecho de opción anterior al arrendamiento.

- b) Pero no es sólo lo dicho anteriormente acerca del concepto de "sucesión", sino que además, "sucesión" significa "subentrar" en la misma posición que tenía el causante o transmitente. Esto es especialmente aplicable al caso del artículo 57 de la LAU en que se habla del "tercero que suceda al arrendador *"en sus derechos y obligaciones"*. Pues bien, este "subentrar", "subrogarse" (como utiliza la LAR) implica colocarse en la misma posición que tenía el propietario arrendador. Ahora bien, la posición que tiene el propietario arrendador en caso de finca anteriormente hipotecada es la de un propietario sujeto a las consecuencias de dicha hipoteca, y por tanto, no puede referirse a él el artículo 57 de la LAU, pues el tercero adquiere en virtud de la hipoteca y no "subentra" o se "subroga" en la misma posición.

Por eso, ha dicho acertadamente Ginot Llobateras ("La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VIII, fascículo IV, 1955, pág. 1217) que en la venta forzosa no se cumplen dos de los tres requisitos que Barassi considera esenciales para que exista sucesión y así, no existe identidad en la relación jurídica transmitida por cuanto el adjudicatario en la subasta no adquiere el derecho del ejecutado en la misma situación en que éste lo tenía en el momento de producirse la transmisión (puesto que desaparecen todos los derechos constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación de embargo), sino que lo adquiere en la situación que tenía el

derecho en el momento de constituirse la hipoteca. De otro lado, en cuanto al nexo que liga al ejecutado y al adjudicatario, tampoco se produce en la misma forma que la venta voluntaria, pues en aquel caso la voluntad del ejecutado es sustituida por la intervención del órgano jurisdiccional y por el poder del acreedor, en cuya posibilidad de "accionar" la ejecución radica la verdadera "facultad de disposición" sobre el bien hipotecario".

La concordancia entre el artículo 57 de la LAU y la Ley Hipotecaria, por tanto ha de buscarse en una interpretación sistemática del ordenamiento, lo que significa que el artículo 57 no se refiere a los terceros que sucedan al arrendador estando este sometido o sujeto a la hipoteca anterior al arrendamiento, sino a los terceros que sucedan al arrendador exclusivamente en el arrendamiento por no existir derecho anterior.

La adquisición del adjudicatario no supone subrogación sino "pérdida" del derecho del anterior propietario y nueva adquisición por su parte, la idea de "pérdida" de derechos del propietario arrendador ha sido destacada por el Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1984.

Estas son razones que explican la normativa del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuando determina la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, y la adquisición por el adjudicatario de la subasta de la finca libre de toda carga o limitación posterior (reglas 8.^a y 17.^a del art. 131 LH). Insistimos en que no se trata sólo de lo que dice una norma adjetiva, sino que ella es consecuencia de la configuración sustantiva de la hipoteca como derecho real de realización de valor y como derecho real que supone una fuerte limitación del dominio y la resolución de los actos posteriores.

VII. EL ARTÍCULO 219-2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y EL PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA HIPOTECA POR CONCERTAR ARRENDAMIENTOS DE RENTA BAJA

Alude también la sentencia que se comenta, al artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario, que, como es sabido, estableció en la reforma de 1959, la posibilidad de ejercitar la acción de devastación en caso de arrendamiento de finca hipotecada concertado en determinadas condiciones de renta anual que no cubriera con la capitalización al 6 por 100 la totalidad de las responsabilidades garantizadas con la hipoteca.

Ahora bien, con la cita de este precepto reglamentario, no se da cuenta la sentencia de que en realidad nada tiene que ver con el problema debatido, y ello teniendo en cuenta lo siguiente:

1.º) En primer lugar, el artículo 219-2.º RH no tiene por qué interpretarse en un determinado sentido autónomo, sino que, al ser norma adjetiva —ésta sí que sí, más todavía que la regla 17.ª del artículo 131 LH—, debe interpretarse en concordancia con lo que resulte de la legislación sustantiva. Por tanto, lo que hay que dilucidar es si la hipoteca anterior al ejecutarse determina la extinción del arrendamiento posterior teniendo en cuenta la interpretación que resulte de la legislación sustantiva, sin traer para nada a colación, ni prejuzgar la interpretación, con una norma reglamentaria y meramente adjetiva como es el artículo 219-2.º RH. Se trata simplemente de un precepto que permite ejercitar la acción de devastación por parte del acreedor hipotecario contra el dueño de los bienes hipotecados, y nada más. Ha podido ser introducido en el año 1959 con la finalidad de paliar una determinada situación partiendo de interpretaciones de textos sustantivos que pueden estar perfectamente superadas y que hacen innecesario buscar cualquier explicación a dicho precepto. No obstante, puede tener perfecta explicación aun partiendo de que la ejecución de hipoteca anterior extingue el arrendamiento posterior, y ello es partiendo de dos consideraciones. La primera, que un arrendamiento posterior con baja renta da lugar a que en la subasta se restrinjan los postores por el temor reverencial a todo arrendamiento, lo que justificaría que el acreedor hipotecario que ve amenazado la obtención de un valor adecuado en subasta solicite ya de antemano una serie de medidas al Juez. La segunda, que no hay por qué descartar el supuesto de hipoteca extensiva a las rentas de la finca (conforme al art. 111-3.ª Ley Hipotecaria) y para ese caso, es importante para el acreedor hipotecario contar con unas rentas adecuadas del inmueble derivadas de un arrendamiento y no unas rentas mínimas que para nada le han de servir. En todo caso el artículo 219-2.º RH es de poca utilidad y no se ha usado nunca en la práctica.

Además, prescindiendo de las explicaciones que puedan darse al artículo 219-2.º RH, está dictado en una época de confusiónismo respecto a la legislación arrendaticia, que no puede prejuzgar de ninguna manera interpretaciones actuales, como las que resultan de las sentencias del Tribunal Supremo citadas al principio, que si no se vieron constreñidas por el texto del artículo 219-2.º RH, por ser norma adjetiva, de la misma manera no puede ser traído a colación ahora el artículo 219-2.º RH para apuntalar una doctrina contraria a las mismas, pues lo adecuado es que el Reglamento Hipotecario se adapte a la interpretación resultante de las normas sustantivas y no viceversa.

2.º) Extraña también que la presente sentencia cite el artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario para resolver un problema que no es el de la acción de devastación —único del que se ocupa el precepto—, sino para determinar si se produce o no una causa de resolución del arrendamiento, sin darse cuenta de que el artículo 219-2.º RH para nada se ocupa de los problemas de resolución arrendaticia. Por tanto, no es que para los arrendamientos de renta superior al mínimo que señale, los arrendamientos subsisten después de la ejecución, y para los inferiores al mínimo, se resuelven, que es lo que pretende razonar la sentencia, sino que *en ningún caso*, se puede producir la resolución del arrendamiento en base al artículo 219-2.º RH, sino otras medidas que puede adoptar el Juez, que son la de declarar vencido el crédito (no el arrendamiento), ampliar la hipoteca, decretar la administración judicial ("con lo que —según La Rica, que intervino en la reforma reglamentaria— el percibo de las rentas será en beneficio del acreedor") y otras medidas que el Juez estime conveniente. Pero como dice el propio La Rica, "no podrá, desde luego, declarar la nulidad o rescisión del arriendo ni dar lugar al lanzamiento del inquilino o arrendatario. A esto, que hubiera sido la solución tajante, no se atrevió a llegar el legislador, ni aun en el caso justificado de actuación dolosa de arrendador y arrendatario, lo que podría determinar otra clase de procedimientos judiciales".

Por tanto, es absurdo apoyarse en los supuestos del artículo 219-2.º RH, como hace esta sentencia del Tribunal Supremo, para determinar la resolución del arrendamiento, según los casos, pues del artículo 219-2.º RH no resulta en ningún caso, tal resolución, sino que esto derivará de la legislación sustantiva, que la presente sentencia no tiene en cuenta.

3.º) Más absurdo todavía es apoyarse en un pacto de vencimiento anticipado pactado en la escritura de constitución de hipoteca, para argumentar respecto al distinto problema de la resolución del arrendamiento, olvidando que no estamos ante un problema de "vencimiento anticipado del crédito hipotecario", que es para lo que estipuló el pacto, sino ante un problema de "extinción del arrendamiento posterior con motivo de la ejecución de la hipoteca".

4.º) Igualmente es absurdo apoyarse en un pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca, para argumentar en relación con el artículo 219-2.º RH, cuando dicho pacto es inadmisibile y no es válido en Derecho, pues precisamente al existir el artículo 219-2.º RH que señala el camino de la acción de devastación encargando que sea el Juez el que determine lo que ha de hacerse en estos casos, en contra de ese precepto, decide libremente el acreedor hipotecario el vencimiento anticipado del crédito, que es una medida que en principio no tiene mucho sentido desde la perspectiva de la propia sentencia, pues el vencimiento anticipado del crédito

hipotecario de nada sirve para detener los efectos del arrendamiento, ya que éste subsiste según la propia sentencia. **Unicamente**, si con el transcurso del tiempo las rentas quedan congeladas, podría ser útil la acción de devastación siendo el Juez el que valore en cada caso si procede o no el vencimiento del crédito o si se toma otra medida, todo lo cual es independiente del problema de que el arrendamiento se haya de extinguir o subsista con motivo de la ejecución, pues, según hemos visto, es un problema independiente sobre el que no resuelve la acción de devastación ni tampoco el pacto de vencimiento anticipado.

5.º) Pero es, que, por último, el pacto de vencimiento anticipado que contempla la sentencia, es totalmente ilegal e inadmisibles en Derecho, y constituye un abuso por parte del acreedor hipotecario que lo utiliza. La sentencia cita impasible el pacto contenido en la escritura de hipoteca a pesar de que, al recogerlo literalmente, tendría que haberle extrañado su redacción. Dicho pacto autoriza el vencimiento anticipado del préstamo a instancia del acreedor si el hipotecante arrienda el inmueble por renta anual "que capitalizada al porcentaje legal anual no cubriese la responsabilidad total asegurada o la gravase con carga real que disminuya su valor de garantía o de subasta".

La sentencia recoge esta última parte del pacto sin inmutarse, cuando sabido es que los pactos de vencimiento anticipado que implican una limitación a la facultad de disponer han de considerarse contrarios al artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, es evidente que la segunda parte del pacto, la de "gravar con carga real la finca hipotecada que disminuya su valor de garantía o de su subasta" es ilegal y no puede tener acceso al Registro por ser contraria al artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Lo menos que podía haber hecho la sentencia es advertir que esa segunda parte de la cláusula es ilegal.

Pero si es ilegal esa segunda parte, también lo es la primera, pues el fundamento de la ilegalidad es el mismo, es decir, la limitación de la libre voluntad del propietario que no puede ser coartada por el acreedor hipotecario. Si ni siquiera en el procedimiento judicial de la acción de devastación cabe considerar ilegal el arrendamiento concertado, mucho menos puede partirse de la prohibición o restricciones, por pacto.

Este pacto, en realidad, no es objeto de inscripción y, por tanto, ha de tenerse como no puesto, a efectos de la hipoteca en que la inscripción es constitutiva.

Luego comentaremos la resolución DGRN de 27 de enero de 1986 siendo nuestra opinión que de acuerdo con la realidad social actual, lo más adecuado es permitir que el dueño obtenga los frutos civiles de la finca que tengan por conveniente, concertando los arrendamientos precisos, a pesar de la existencia de hipotecas de larga duración. Es mejor

6.º) También es muy aventurado por parte de la presente sentencia interpretar el pacto de vencimiento anticipado cuando hace referencia a la capitalización "al porcentaje legal anual" a que éste ha de ser el 6 por 100, pues éste no es ningún "porcentaje legal", sino "reglamentario" a lo sumo, y si no está determinado, lo procedente es declarar la ineficacia de dicho pacto, no ya sólo por ir contra el artículo 27 LH sino por indeterminación de su contenido que impide que tenga efecto. El porcentaje legal anual podía ser también el interés legal del dinero por ejemplo, como interpretó extrañamente, por cierto, la Resolución de 27 de enero de 1986. Pero lo que queremos resaltar es la indeterminación del pacto que produce también por este camino su ineficacia.

Alude también la presente sentencia como último de sus argumentos a la compatibilidad entre la posesión mediata del dueño adjudicatario de la subasta y la posesión inmediata del arrendatario, partiendo de la conocida distinción entre posesión mediata y posesión inmediata. Siendo realista, lo primero que hay que reconocer es que una posesión mediata es una posesión desvalorizada para el dueño, pues no le permite ejercitar con libertad y plenitud la facultad de disfrute o sea de obtener los frutos civiles de la cosa, con lo que en lugar de adquirir una finca libre de cargas, habrá adquirido una finca gravada con el derecho resultante de la posesión inmediata, a pesar de que éste se constituyó con posterioridad a la constitución de hipoteca. No olvidemos que el adjudicatario deriva su derecho de la hipoteca, y adquiere por derivación de ese derecho de hipoteca que cuando se constituyó no existía ninguna posesión inmediata distinta de la del dueño hipotecante.

La posición de la presente sentencia respecto a la posesión no sólo contradice la naturaleza de la hipoteca que parte de la extinción de los derechos con sus posesiones posteriores a aquélla, según hemos visto, sino que supone además, una errónea interpretación de la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria cuando alude a la puesta en posesión judicial.

Esta "puesta en posesión" no puede ser la de la posesión mediata, pues

ésta la tiene ya concedida al adjudicatario en virtud de la tradición instrumental del artículo 1462-2.º del Código Civil en base al testimonio del auto judicial de adjudicación, que tiene los mismos efectos traditorios que la escritura pública de venta, según ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencias de 27 de enero de 1927 y 30 de noviembre de 1939.

En este sentido López Liz acertadamente (pág. 240 de su libro "Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria").

Por tanto, para que la regla 17.^a del artículo 131 LH tenga algún sentido, la "puesta en posesión" ha de interpretarse que es la posesión inmediata, que ha de llevar consigo el lanzamiento de los poseedores que tengan un derecho de condición inferior a la hipoteca. Por eso, cuando el artículo 2.057 LEC se refiere a "dar la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho", no quiere decir que quede amparado el derecho de un arrendatario posterior, como al parecer quiere deducir la presente sentencia, sino que se refiere a los terceros de "mejor derecho" que la hipoteca, es decir, a los que son "anteriores a la constitución de hipoteca" y que subsisten conforme a lo dispuesto en la regla 8.^a del artículo 131 LH.

Todos estos preceptos que cita la sentencia, es decir, la regla 17.^a del artículo 131 LH y el artículo 2.057 LEC favorecen la tesis aquí sustentada, es decir que el adjudicatario ha de ser puesto en posesión inmediata de la finca y no sólo en la posesión mediata, y en cuanto al concepto de "tercero de mejor derecho", del conjunto de tales preceptos, en relación con la naturaleza de la hipoteca, se deduce que son los terceros anteriores a la hipoteca y no los posteriores. Pero en cualquier caso, del artículo 2.057 LEC no se deduce ningún argumento en favor de la tesis de esta sentencia, como ella parece querer deducir. A lo más que podríamos llegar es a decir que el artículo 2.057 LEC no se deduce ningún argumento ni a favor ni en contra, y por ello, hay que buscarlo en otros preceptos y razonamientos. Es que parece como si la sentencia quisiese apoyarse en el artículo 2.057 LEC, cuando es una norma en blanco acerca del tema que se debate.

En todo caso, decirle al adjudicatario de la subasta que no se discute su derecho de dominio y que ya tiene la posesión mediata de dueño, aparte de no ser convincente, no deja de ser una broma de mal gusto para los que derivan su derecho de una hipoteca constituida con anterioridad a los arrendatarios posteriores.

IX. LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JUNIO DE 1990

La reciente legislación de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980, con antecedentes en la legislación anterior, llega en el ámbito de lo rústico a solución similar a la que defendemos para el ámbito de lo

urbano, siquiera con los matices propios de cada legislación, por lo que no conviene mezclar la jurisprudencia producida respecto a uno y otro ámbito. Por eso, apenas se ha aludido hasta ahora ni a la Sentencia de 5 de febrero de 1945 ni a la de 9 de junio de 1990. Pero conviene estudiarlas para contrastar sus soluciones, advirtiendo que su doctrina, sea la que fuere, no es extrapolable al arrendamiento urbano.

La antigua y fundamental Sentencia de 5 de febrero de 1945 declaró que el arrendamiento rústico posterior a la constitución de hipoteca se resuelve con la ejecución de la hipoteca.

Esta sentencia es importantísima por sus razonamientos, diciendo lo siguiente: "La hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor de la cosa gravada, efectuada por su titular del pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas en el fondo posteriormente a la fecha de aquélla; momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos. Produce, sin duda, tal destrucción incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste porque es de esencia sustancial de la calidad de ese característico gravamen, y porque la razón advierte la notoria influencia que en el dicho valor en cambio inmobiliario tienen los condicionados de la facultad de disfrutar que ciertamente merman la garantía constitutiva, y cuando se trate de arrendamiento a largo plazo estipulado después de dicha garantía ocasiona el finiquito de éste. Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción si lo estuviere como derecho real y la causa de su título personal porque la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador para acceder en perjuicio de aquella facultad dominical que integra parte de lo realizable asegurado. De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años que prácticamente si se abonaren anticipados —y no en el tiempo ni forma de pago legales— reducirían poco menos que a la nada el valor de la finca".

De esta sentencia se desprende:

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

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

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

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

5.º) De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte **bastaría** ceder el disfrute y anticipar los pagos.

Todos estos argumentos y doctrina relacionados con un arrendamiento rústico podrían ser perfectamente trasladables a cualquier arrendamiento y situación jurídica posterior a la hipoteca, pero preferimos limitar el ámbito de esta sentencia al supuesto concreto planteado, pues para el arrendamiento urbano contamos ya con esas otras sentencias fundamentales antes citadas.

La reciente Ley de Arrendamientos Rústicos resuelve en el mismo sentido la cuestión, lo que resulta claramente de los artículos 13 y 78 de la misma, que si bien ofrecen distintos matices de redacción, parten del principio de que cuando el derecho del arrendador es limitado, el arrendamiento corre la suerte resolutoria que tenía el derecho del arrendador. El artículo 13 parte del principio de que "resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido", y lo aplica a los supuestos de arrendamiento concedido no sólo por usufructuario, sino para enfiteuta, superficiario u otro que otorgue análogo derecho de goce sobre la finca", términos éstos suficientemente amplios y no limitados al usufructo, y sin salvedad alguna respecto a supuestos notoriamente dañosos, a diferencia de la Ley de arrendamientos urbanos, que permiten entender, como ha reconocido la doctrina que en caso de finca hipotecada, los arrendamientos concertados por el dueño se extinguen como consecuencia de la ejecución hipotecaria.

Por si no fuera suficiente, el artículo 78 de la misma LAR contiene la regla general de que "la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento". Aunque del primer precepto se desprende más bien la "resolución automática" del arrendamiento, y en cambio, del segundo precepto, se desprende una "resolución a instancia del que resulte propietario", uno y otro coinciden en que la ejecución hipotecaria afecta al arrendamiento y da o puede dar lugar a la extinción de éste, sin que el arrendatario pueda prevalecerse de ninguna norma de protección.

A pesar de estos claros preceptos en el ámbito de lo rústico, también existe otra sentencia, la de 9 de junio de 1990, en que se hacen unas declaraciones criticables que parecen limitar los efectos de la hipoteca en un caso de arrendamiento rústico concertado con posterioridad a dicha hipoteca, pues, al igual que la Sentencia de 23 de febrero de 1991, que ahora se critica, alude también el artículo 219-2.º RH, que por lo visto, cobra ahora una inusitada importancia para estas dos sentencias.

Con ser muy criticables las declaraciones de dicha Sentencia de 9 de

junio de 1990, frente a la impecable Sentencia de 5 de febrero de 1945 y frente a las sentencias ya comentadas en materia de arrendamientos urbanos, pues podrían llevar a la destrucción del crédito hipotecario tan esencial para la agricultura en general, y para Extremadura en particular, que es donde estaba sita la finca del caso concreto de esa sentencia, y a la destrucción de todos los principios civiles e hipotecarios tradicionales, hay que llegar a la conclusión, después de una detenida lectura de la misma, que no se opone a esas sentencias anteriores —a diferencia de la Sentencia de 23 de febrero de 1991 que sí se opone a ellas—, sino que se refiere a un problema diferente, por lo que las declaraciones que hace esa Sentencia de 9 de junio de 1990 a anteriores sentencias, aparte de ser equivocadas y referirse al distinto campo de los arrendamientos urbanos, constituyen meros "obiter dicta", que no pueden destruir la impecable doctrina resultante de las mismas. Por cierto que la Sentencia de 5 de febrero de 1945 ni siquiera es citada por ella.

Hay que tener en cuenta lo siguiente, respecto a dicha Sentencia de 9 de junio de 1990:

1.º) Que se refiere a un problema de derecho de retracto arrendaticio rústico, no a un problema de extinción del arrendamiento como consecuencia de la ejecución hipotecaria.

2.º) Enlazado con lo anterior, que la sentencia reconoce que los adquirentes en pública subasta no sufren mayor perjuicio que el nacido de la Ley al reconocer el derecho de retracto. Por tanto, no se plantea el problema que se produciría si no hubiera ejercido el retracto el arrendatario, pues ese otro problema que resuelven las sentencias citadas no tendría otra solución que la de la extinción del derecho de arrendamiento posterior como consecuencia de la ejecución hipotecaria.

3.º) Que la sentencia se refiere a un supuesto de la LAR, no de la LAU y ocurre precisamente que la LAR tiene esos dos preceptos 13 y 78 que de una u otra forma, ahora lo veremos, aplican el principio de que "resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido", lo que concuerda perfectamente con el supuesto de la regla 17.^a del artículo 131 LH.

4.º) Que el artículo 13 de la LAR permite que el arrendamiento rústico subsista en caso de resolución del derecho del concedente, durante el año agrícola, por lo que, desde determinadas perspectivas podría defenderse con más o menos fundamento, que si subsiste el arrendamiento rústico después de la ejecución, se mantiene de momento su derecho de retracto. A dicho precepto alude precisamente la Sentencia de 9 de junio de 1990. Luego veremos que no compartimos tal interpretación, pero lo que queremos resaltar es que hay un elemento diferencial en la LAR

respecto a la LAU que permite mantener posturas diferentes, al menos en lo que respecta al retracto arrendaticio.

5.º) La Sentencia de 9 de junio de 1990 también alude al artículo 78 de la LAR, que tampoco tiene paralelismo con la LAU, y según el cual "la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada *facultará* al que resulte propietario *para pedir la resolución del arrendamiento* sin perjuicio de las acciones que corresponda a los que concertaron el contrato". De aquí deduce la sentencia que no se produce una resolución del arrendamiento rústico "ope legis", sino que otorga una "facultad" para pedir la "resolución", acción o facultad que no se había ejercitado cuando los arrendatarios ejercitaron el derecho de retracto.

Por tanto, la doctrina de esta Sentencia de 9 de junio de 1990 en nada afecta a los arrendamientos urbanos, ni afecta tampoco al problema de la extinción del arrendamiento posterior como consecuencia de la hipoteca, sino que se limita a destacar que cabe el derecho de retracto del arrendatario rústico respecto a la adjudicación de la subasta derivada de la ejecución de hipoteca, partiendo de que el arrendamiento subsiste durante el año agrícola y que no se extingue "ope legis" sino a instancia del nuevo propietario.

Hay una serie de dificultades para admitir la doctrina de esta sentencia, aun matizada a ese aspecto, y ello por lo siguiente:

a) Porque el derecho de retracto es consecuencia del derecho de arrendamiento, y si se estima que éste carece de prelación respecto a la hipoteca, no iba a ser de mejor condición el derecho de retracto derivado del arrendamiento, aun en el supuesto de entender que dicho derecho de retracto subsiste, pues se trata en definitiva de otro derecho también posterior a la hipoteca, que se resuelve como consecuencia de la ejecución hipotecaria. En otro caso, se llegaría al absurdo de que el propietario de finca hipotecada podría concertar retractos convencionales que surtirían efecto a pesar de ser posteriores a la hipoteca, pues siguiendo el razonamiento de esta sentencia "en nada perjudica al adjudicatario de la subasta, pues se la paga en el retracto lo que pagó con los gastos". Pero ese no es el problema, sino que la prioridad de los derechos impone atender a los de constitución anterior con la consiguiente purga de los posteriores. Así lo entiende también la doctrina de los autores en contra de la presente Sentencia de 9 de junio de 1990, como por ejemplo Carlos Cuadrado González, que dice: "A nuestro juicio, la única solución razonable es la de estimar que el derecho sigue la misma suerte que la relación arrendaticia de que forma parte; es decir, se extingue con motivo de la adjudicación de la finca en el procedimiento de ejecución de la hipoteca. El argumento del

doble y contradictorio efecto de auto de adjudicación dictado en el procedimiento de efectividad incurre en el error de fijar la atención en el procedimiento por el que se actúan los últimos efectos de la hipoteca, la venta judicial del bien hipotecado, que a nuestro juicio es lo adjetivo, con olvido de la causa que dio lugar a dicha transmisión, que no es otra que la existencia de un acto de disposición del propietario (constitución de la hipoteca), anterior al nacimiento del arrendamiento (y por tanto, al nacimiento del derecho de retracto), mediante el cual condicionaba la eficacia de sus propios actos de disposición sobre la finca al exacto y puntual cumplimiento de una obligación".

La procedencia del derecho de retracto puede perjudicar las subastas, pues caben retracciones de postores ante esa posibilidad, lo que repercute negativamente en el derecho real de hipoteca y en sus efectos.

b) Porque respecto a la subsistencia del arrendamiento rústico mientras no se inste su resolución, no entra en el problema, también planteado por Carlos Cuadrado González (obra citada publicada en *La Ley*), de la posible antinomia entre los artículos 13 y 78 de la LAR, al partir el primero de la resolución automática "ope legis" y en cambio, el segundo, exigir que se produzca una iniciativa del nuevo propietario o "facultad de resolver".

Carlos Cuadrado González trata de resolver esa dificultad delimitando el ámbito de aplicación de uno y otro precepto, en el sentido de referirse el artículo 13 a los supuestos de existencia previa de un derecho real sobre la finca que limita las facultades del propietario y que da lugar en su día a la extinción o resolución automática del arrendamiento; y refiere, en cambio, el artículo 78 a aquellos otros casos en que se produce una ineficacia negocial, es decir, cuando no existiendo previamente limitaciones, el negocio por el que adquirió el futuro arrendador es objeto de nulidad, anulabilidad, rescisión, pues no estamos entonces ante un "vicio del derecho del transmitente (como en el art. 13), sino del negocio en sí".

A pesar de esta interesante delimitación de preceptos, no parece que haya fundamento suficiente para efectuar tal diferencia, que no resulta de los preceptos citados, ni explica por qué ante un supuesto de nulidad del negocio precedente, no se produce también la nulidad (y no la resolución) de los negocios subsiguientes, entre ellos el arrendamiento.

Parece preferible concordar los artículos 13 y 78 de la LAR en el sentido de que el artículo 13 se refiere a los supuestos en que tiene lugar la extinción del arrendamiento, y el artículo 78 al aspecto procesal de eficacia de la resolución y consiguiente extinción del arrendamiento, en el sentido de exigirse una iniciativa del propietario y no una actuación automática y "ope legis".

Y ello es así porque dichos preceptos no distinguen los supuestos de

resolución, y además, porque parece lógico que el nuevo propietario decida si prefiere continuar el arrendamiento concertado por el anterior dueño asumiéndolo por entender que es beneficioso para sus intereses, o si prefiere ejercitar la facultad de resolución respecto al mismo.

Se dirá que ello puede tener consecuencias respecto a la forma de operar la regla 17.^a del artículo 131 de la LH, pero la especialidad consiste únicamente, desde la perspectiva del artículo 78 LAR en la necesidad de que el adjudicatario inste del Juez el lanzamiento del arrendatario, lo que puede hacer con ocasión de la solicitud de puesta en posesión que la propia regla 17.^a del artículo 131 LH prevé. El Juez lo concederá si se trata de arrendamiento posterior a la hipoteca y una vez transcurrido el año agrícola a que se refiere el artículo 13 LAR.

Sea de todo ello lo que fuere insistimos en que se trata de una sentencia referida a un caso especial que no puede enlazarse ni conectar con la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991, por referirse a supuesto diferente y a preceptos también diferentes incardinados en distinta legislación, cual es la rústica respecto a la urbana.

X. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1991 RESPECTO A LOS PROBLEMAS DE DERECHO HIPOTECARIO

El Derecho Inmobiliario o Hipotecario cuidadosamente diseñado por los legisladores del siglo XIX y retocado por sucesivas reformas hipotecarias y cuyo fundamento último se encuentra en proporcionar el bien de la seguridad jurídica de los derechos y del tráfico jurídico inmobiliario y fomentar el crédito territorial, puede sufrir un duro golpe si prevalece la doctrina de esta Sentencia de 23 de febrero de 1991.

No es que con ello se hunda el Derecho Hipotecario, pero sí se pueden apreciar una serie de consecuencias perjudiciales para la buena interpretación de la legislación hipotecaria y de los propósitos del legislador en relación con esta materia.

He aquí algunas de esas consecuencias perjudiciales:

Primera consecuencia en relación con la eficacia de la hipoteca.— Padece la eficacia del derecho real de hipoteca, con lo que padecerá en definitiva el fomento del crédito territorial, tan importante en materia de viviendas y en materia agraria.

Como ha dicho acertadamente Eduardo Estrada Alonso en "La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados", *RCDI*, núm. 591, 1989, pág. 412: "Sobre este particular, hemos de destacar, en primer lugar, que la declaración de su eficacia (del arren-

damiento posterior) constituiría una desnaturalización para la propia garantía hipotecaria, impidiendo su función principal que es la realización del valor del bien garante".

"En segundo lugar —continúa dicho autor— no se nos escapa la extorsión de que pueden ser objeto los acreedores hipotecarios en caso de declararse la validez de los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca. Es posible y bastante frecuente, por desgracia, que el propietario de un inmueble hipotecado, viendo próxima e inevitable la ejecución del mismo, lo ceda en arrendamiento, mediante la percepción de una compensación económica a cambio de establecer una renta mezquina, defraudando así a sus acreedores o al adquirente del inmueble que ignore que adquiere la finca con el gravamen que supone un arrendamiento en condiciones excepcionalmente ventajosas para el inquilino" (*Ob. cit.*, pág. 412).

Pero no se trata sólo de los supuestos de fraude, sino de la eficacia de la garantía hipotecaria, que puede ver disminuida su frecuencia, con perjuicio del crédito territorial.

Ahora que bancos, franceses, alemanes, suizos, etc., están prestando dinero a ciudadanos españoles, y cuyos letrados que acuden a consultar al Registrador sobre los efectos de la hipoteca, analizando hasta el mínimo detalle, ¿cómo se les puede decir que su hipoteca anterior nada vale frente a arrendamientos posteriores y que pueden acudir a un pleito para restablecer la situación? Sin duda, dejarán de prestar o acudirán a sistemas de garantía mucho más gravosos para los ciudadanos.

Segunda consecuencia: sobre la clandestinidad de los arrendamientos.—La doctrina de esta sentencia puede repercutir también en la cuestión de la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad. Si se sigue la tesis de esta Sentencia de 23 de febrero de 1991, al arrendatario no le interesará para nada la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es más, preferirá no inscribir, pues a eso aconseja la doctrina de la sentencia. En cambio, si se sigue la tesis de las Sentencia de 5 de febrero de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, que consideramos correcta e impecable, deberían inscribirse los arrendamientos tanto rústicos como urbanos en el Registro de la Propiedad para evitar que se planteara su extinción por su falta de fehicencia, como consecuencia de la ejecución hipotecaria, o en todo caso, para evitar que se les considera efectuados de mala fe, en contra de la publicidad registral. Es decir, tendrían sumo cuidado de distinguir entre finca hipotecada y no hipotecada, para concertar o no el arrendamiento y diferenciar las condiciones.

No desconocemos que la legislación arrendaticia, tanto rústica como urbana, concede eficacia al arrendamiento respecto a terceros aunque

dicho arrendamiento no esté inscrito (arts. 57 LAU y 74 LAR), pero se refiere a los arrendamientos no inscritos que sean de fecha anterior al derecho real inscrito, no a los posteriores al derecho inscrito, según hemos tratado de demostrar.

La doctrina de la presente sentencia puede dar al traste con ese estímulo que todavía le queda al arrendatario para inscribir en el Registro ante las consecuencias de la existencia de una hipoteca.

En todo caso, la conexión de los arrendamientos con el Registro de la Propiedad en España es todavía una asignatura pendiente, pero que tiene algunas luces entre ellas el estímulo de la inscripción como solución de conflictos de intereses con otros derechos reales.

A pesar de que la Ley Hipotecaria en su artículo 2 número 5 establece la inscribibilidad de los arrendamientos, lo cierto es que éstos permanecen en la más completa clandestinidad, a efectos de publicidad registral, con los perjuicios que resultan para el tráfico jurídico y por tanto, para la sociedad en general.

Cuando en Europa tienen ya resuelto este problema, previendo la inscripción de los arrendamientos y la eficacia de oponibilidad respecto a terceros (así, Alemania, Francia, Italia, Portugal, etc.), nos encontramos en España con una clandestinidad total en materia de arrendamientos.

Es algo similar a la situación de clandestinidad existente en el siglo XVI e incluso en el siglo XIX en relación con el dominio y demás derechos reales inmobiliarios y que la Ley Hipotecaria de 1861 trató de poner fin acertadamente.

A veces se piensa que hay necesidad de fomentar la inscripción, porque tanto el arrendamiento de vivienda o local de negocio como el de finca rústica lleva en sí mismo la publicidad a través de la posesión inmediata. Pero aparte de que hay casos en que falta la apariencia de la posesión, ésta constituye un sistema incipiente e impreciso de publicidad que no satisface las exigencias del tráfico ni siquiera en el caso del arrendamiento.

En primer lugar, cabe preguntar: ¿en qué concepto se posee? ¿Será un arrendatario, un precarista, un usufructuario, etc.?

En segundo lugar, cualquier adquirente o titular posterior de un derecho real, tiene derecho a saber oficialmente y con plena eficacia (y no sólo a "mendigar" información extraoficial e insegura), no ya que hay un poseedor, sino cuál es la duración del contrato de arrendamiento, sobre todo a partir del RDL de 30 de abril de 1985, y esto no se lo dice la posesión, ni le basta preguntar, pues se le puede decir un plazo que no corresponda a la realidad o mostrarle incluso un contrato no fehaciente o falso. Es decir, se produce aquí una laguna en la seguridad jurídica, que puede cubrir perfectamente la utilización de la legislación hipotecaria.

En tercer lugar, el adquirente o titular posterior del derecho real nece-

sita saber también cuál es la renta que paga el arrendatario, pues de ello dependerá si le conviene o no realizar la adquisición o inversión.

En cuarto lugar, pueden existir una serie de pactos o condiciones particulares en el arrendamiento, sobre reparaciones, obras y mejoras, que también les interesa conocer a los terceros.

En quinto lugar, incluso la posesión puede engañar, pues puede faltar en aquellos supuestos de viviendas o locales en que el arrendatario no los ocupa por tiempo inferior a seis meses. También pueden producirse situaciones como las del derecho de retorno en que existe arrendamiento y sin embargo no hay rastro de posesión ni de visibilidad del mismo, y sería necesaria su constancia registral para que los terceros pudieran conocer su existencia.

La constancia registral del arrendamiento también permitiría al propio inquilino o arrendatario ejercitar prontamente el derecho de retracto sin depender de la declaración del transmitente a que alude el artículo 55 LAU pues si constare inscrito el arrendamiento, el Registrador exigiría la notificación en todo caso, y no se prestaría el supuesto a declaraciones falsas o contrarias a la realidad por parte de los transmitentes.

La constancia del arrendamiento en el Registro de la Propiedad permitiría en definitiva resolver los conflictos de derechos de una forma ordenada conforme al principio de prioridad.

Ya que respecto a arrendamientos anteriores a la hipoteca, aunque no estén inscritos, no es posible su extinción en la legislación vigente, al menos interpretemos bien la propia legislación en el sentido de que los arrendamientos posteriores a la hipoteca inscrita quedan sin efecto en la ejecución de la misma, y no como entiende esta Sentencia de 23 de febrero de 1991.

Tercera consecuencia: El pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por concertar arriendos.—La doctrina de esta sentencia también puede repercutir en el problema de la inscribibilidad o no del pacto de vencimiento anticipado que se suele pactar en las escrituras de hipoteca, por razón de concertarse por parte del hipotecante arrendamientos de renta que capitalizada al 6 por 100 no cubra la responsabilidad total asegurada con la hipoteca. La presente sentencia, al dar juego a ese pacto, a efectos interpretativos, podría fomentar la inscripción en el Registro de ese pacto de vencimiento anticipado.

Pero ese pacto de vencimiento anticipado vulnera dos preceptos fundamentales: a) El artículo 219-2.º RH, pues si para tal supuesto lo que se prevé es el ejercicio de la acción de devastación para que quede a la prudente decisión del Juez lo que ha de hacerse en estos casos, es inadmisibles que quede tal decisión al arbitrio del acreedor hipotecario, en contra del citado precepto. Máxime teniendo en cuenta que el vencimiento del

crédito hipotecario es inútil a estos efectos, pues si se entiende que subsiste el arrendamiento, de nada le valdrá al acreedor hipotecario el vencimiento del crédito. El vencimiento del crédito es para evitar que continúen los perjuicios o deterioros de la finca hipotecaria, como por ejemplo, si hay algún deterioro o desmerecimiento iniciado por el dueño, el acreedor podrá instar la acción de devastación para que se declare vencido el crédito. Pero si se parte de que el arrendamiento continúa es inútil la medida del vencimiento del crédito.

b) El artículo 27 LH y el 107-3.º LH en cuanto niegan eficacia a los pactos limitativos de las facultades de disponer del dueño de la finca.

Con anterioridad a esta sentencia, venía teniendo en la práctica algún predicamento la Resolución DGRN de 27 de enero de 1986, pues en algunas escrituras de hipoteca se pacta el vencimiento anticipado en el supuesto previsto por dicha resolución DGRN. Lo procedente es denegar ese pacto de vencimiento anticipado, a pesar de la cobertura que se le pretendía dar con la resolución citada, y a pesar de que la presente sentencia le da todavía una mayor cobertura, cosa que hemos venido criticando a lo largo de estas notas.

Sobre esa resolución DGRN ya nos ocupamos en otro lugar, tratando de demostrar que su doctrina no daba pie al pacto de vencimiento anticipado. Se trataba de un caso en que se había pactado en la escritura de hipoteca como supuesto de vencimiento anticipado el incumplimiento de la obligación del hipotecante de "no arrendar sin autorización escrita del Banco, sin perjuicio del derecho de éste de impugnar el arriendo cuando sea lesivo a su derecho".

Ante este supuesto, la doctrina de la Resolución es que "no es inscribible tal obligación".

La "ratio decidendi" de la resolución se ve clara en los dos primeros Considerandos, pues en el primero centra "el supuesto de hecho", y en el segundo la "doctrina". Dicen así:

"Considerando que el primero de los defectos de la nota hace referencia a si es inscribible en los libros registrales el pacto por el que la entidad hipotecante o quien le suceda en la titularidad de la finca hipotecada está obligado a arrendarla sin autorización escrita del Banco prestamista".

Y delimitado así el supuesto, he aquí la doctrina de la resolución:

"Considerando que ha sido reiterada la doctrina de este Centro en el sentido de que no cabe la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones y obligaciones que, como la de no arrendar, unida a la sanción del posible vencimiento anticipado en caso de incumplimiento, disminuyan o

restrinjan directa o indirectamente las facultades del dueño de la finca hipotecada, ya que, además de atacar más allá de lo necesario su goce y libre disponibilidad, obstaculizan, por otro lado, el destino y función social connaturales a las propias fincas".

Y en base a esa doctrina la Dirección General "confirma el auto apelado y la nota del Registrador".

Esa es la "doctrina" y la "ratio decidendi" de la resolución, y a la que ha de estarse, a efectos registrales.

Lo que ocurre es que esa resolución contenía un "obiter dictum" que es el que se pretende dar juego en la práctica y probablemente ahora mucho más, después de esta desafortunada sentencia, por lo que conviene insistir en el análisis de ese "obiter dictum".

La propia resolución, aludiendo al artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario y a la legislación especial de arrendamientos urbanos anterior al Decreto-Ley de 30 de abril de 1985 dice que "no parece irracional ni abusivo que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización, o aunque contengan, si la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar el interés legal del dinero un 50 por 100 más (cf. art. 219, 1.º RH) no cubre la responsabilidad total asegurada".

A pesar de citarse esta resolución en algunas escrituras, se debe extender nota calificadora declarando la denegación de ese pacto de vencimiento anticipado por lo siguiente:

1.º) Porque contraría reiterada doctrina de la DGRN, que sin distinción declara no inscribible el pacto de no arrendar (Resoluciones de 6 de julio de 1917, 9 de marzo de 1918, 26 de julio de 1928, 16 de junio de 1936, 18 de noviembre de 1960 y 4 de noviembre de 1968).

2.º) Porque esa resolución contiene un mero "obiter dictum" que no puede ser tenido en cuenta, pues lo importante es la doctrina o "ratio decidendi" de la misma, que para nada se refiere a tal posibilidad.

3.º) Porque aun dando beligerancia al "obiter dictum", ello es sobre la base de que se refiere a los "arrendamientos urbanos sujetos a prórroga legal", por lo que no cabría aplicarlo en el futuro a los arrendamientos ulteriores después del RD-Ley de 30 de abril de 1985 en que se suprimió como obligatoria la prórroga legal forzosa.

4.º) Porque la misma Sentencia de 23 de febrero de 1991, que es objeto de crítica, se refiere también a un arrendamiento anterior al RD-

Ley de 30 de abril de 1985 sujeto a prórroga forzosa, por lo que no cabría extender su doctrina a arrendamientos que se concierten a partir de ahora no sujetos a prórroga forzosa.

5.º) Porque es totalmente improcedente tratar de fijar la renta arrendaticia o de controlarla o limitarla con haremos referidos a "responsabilidad total asegurada con la hipoteca". La renta arrendaticia se ha de producir en relación con lo que resulte del "mercado arrendaticio", sin hacer depender la libertad contractual arrendaticia de unos pactos de responsabilidad hipotecaria que son oscilantes, pues todo dependerá de si el préstamo es alto o bajo, sin olvidar la existencia de hipotecas segundas o terceras, que complicarían el supuesto. No hay que olvidar que en muchos pueblos y ciudades el mercado arrendaticio da lugar a rentas bajas y en cambio, se pueden conceder préstamos atendiendo al valor del inmueble y no a la renta.

6.º) Porque la resolución en ese "obiter dictum" se inventa un sistema que no figura en ningún texto legal, pues alude a la capitalización del interés legal del dinero más un 50 por 100, de lo que no hay rastro alguno en ningún precepto legal ni reglamentario, y que es muy distinto de la capitalización al 6 por 100 a que se refiere el artículo 219-2.º RH.

7.º) Porque ese pacto de vencimiento anticipado va en contra del artículo 219-2.º RH, según hemos dicho anteriormente.

Por todo ello, entendemos que hay que seguir denegando ese pacto de vencimiento anticipado. Precisamente a través de una interpretación uniforme de todos los Registradores, y al ser constitutiva la hipoteca, será la forma de consolidar la doctrina de las Sentencias de 5 de febrero de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, desde cuya perspectiva es todavía más absurdo e inútil el pacto de vencimiento anticipado, lo que también puede recogerse en la nota calificadora correspondiente.

Cuarta consecuencia: En relación con las Resoluciones DGRN de 19 y 20 de noviembre de 1987.—La doctrina de esta Sentencia de 23 de febrero de 1991 puede también repercutir en la doctrina de las Resoluciones DGRN de 19 y 20 de noviembre de 1987 seguidas pacíficamente por la práctica registral porque contienen doctrina satisfactoria en general en materia arrendaticia.

Dicha doctrina se contiene en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho 3 en los siguientes términos:

"Resuelto el primer problema (el de que cabe retracto arrendaticio en las ventas judiciales) hay otro, también de carácter sustantivo, de especial gravedad: el de decidir si también el arrendatario, cuyo arrendamiento es

posterior a la hipoteca, persiste tras la ejecución hipotecaria y si incluso tiene el derecho de adquisición preferente o si sólo ocurre así con el arrendamiento que estuviese constituido con anterioridad a la hipoteca. De aceptar la primera solución, se admitirá que el dueño de la finca hipotecada que, en principio, no puede constituir cargas que menoscaben la efectividad ordinaria de la hipoteca, por ejemplo, un tanteo o retracto convencional, podría haber conseguido este menoscabo constituyendo un arrendamiento, y si no se hacen excepciones, incluso un arrendamiento de los que legalmente admiten la renuncia, por el arrendatario, de los beneficios que la Ley concede, salvo el de prórroga. En relación con este problema parece hoy prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos posteriores (cfr. Sentencia de 31 de octubre de 1986). Esta es, sin duda, la solución más adecuada, al menos para los arrendamientos que se concierten después de la entrada en vigor del RD-L de 30 de abril de 1985, puesto que ya no se impone a los contratantes que el arrendamiento haya de gozar de prórroga forzosa. De resolverse, en caso de ejecución de la hipoteca, los arrendamientos posteriores a su constitución, bastaría para hacer constar, a efectos del artículo 55 de la LAU, que la finca no está arrendada, que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiere expresado así por el hipotecante".

En base a la doctrina de estas resoluciones, los Registradores de la Propiedad vienen haciendo constar en las inscripciones de hipoteca si la finca está o no libre de arrendamientos, cuando las partes hacen tal manifestación en la escritura. Y ello con la idea de que sirva de dato informativo para que en el momento de la ejecución, no haya ya que exigir ninguna declaración sobre ese extremo, pues se parte de que los arrendatarios posteriores no tienen ya derecho de retracto, sino que quedaban afectados por la purga derivada de la ejecución hipotecaria.

A la vista de la Sentencia de 23 de febrero de 1991 conviene replantear el problema, a efectos de la práctica registral.

Ante todo hay que observar que como la doctrina de esa sentencia viene delimitada por la aplicación a los arrendamientos constituidos antes del RD-L de 30 de abril de 1985, no parece aplicable a los casos que se planteen fuera del ámbito de la prórroga legal forzosa, por lo que si la finca está libre de arrendamientos en el momento de la hipoteca y esta se constituye con posterioridad al RD 30 de abril de 1985, los arrendamientos posteriores ya no quedan cubiertos por la doctrina de esa sentencia, que no se refiere a ellos.

También hemos manifestado ya nuestras críticas hacia la citada Sentencia de 23 de febrero de 1991 y frente a la de 9 de junio de 1990, que

ahora damos por reproducidas en el sentido de que la doctrina que ha de prevalecer es la resultante de las citadas Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987. Ahora bien, como una cosa es la función registral en el ámbito no contencioso o cautelar-preventivo y otra distinta es la función judicial, ha de matizarse el criterio a seguir en la práctica por los Registradores en relación con la doctrina de esas resoluciones mientras no se despeje definitivamente por el Tribunal Supremo en ulteriores sentencias el ambiente de obscuridad en la doctrina jurisprudencial introducido por la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 e incluso por la sentencia de 9 de junio de 1990, antes comentada.

Por una parte, es conveniente seguir consignando en las inscripciones de hipoteca la declaración de las partes sobre la existencia o no de arrendamientos en el momento de constitución de la hipoteca, tal como aconsejan las citadas Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, pues se trata de un dato interesante que puede facilitar la calificación registral ulterior, que se producirá muchos años después cuando no se sabe si las aguas se han vuelto a reconducir en la forma que hemos defendido, en contra de la Sentencia de 23 de febrero de 1991.

Por otra parte, producida la venta judicial o adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria, se les pueden plantear a los Registradores numerosos problemas en relación con la cancelación de arrendamientos inscritos con posterioridad a la hipoteca y de fecha también posterior a la misma, así como también en relación con el problema de si cabe o no la acción de retracto del arrendatario respecto a la adjudicación judicial derivada de la ejecución hipotecaria.

Nuestra opinión ha sido ya expuesta y razonada en este trabajo: que es procedente la cancelación de los arrendamientos posteriores a la hipoteca e inscritos con posterioridad a ella y que no cabe el retracto de los arrendatarios que son posteriores a dicha inscripción de hipoteca.

Ahora bien, como el Registrador no es el que tiene la última palabra, pues ésta corresponde a los Tribunales, su función calificadora ha de partir de su finalidad preventiva o cautelar, que es atender a todos los intereses en juego en supuestos de conflictividad y en que no hay criterios seguros. Atendiendo a ello, parece más prudente en la práctica que el Registrador no cancele en el momento actual los arrendamientos posteriores a la hipoteca e inscritos con posterioridad a ella cuando se trate de arrendamientos sujetos a prórroga forzosa, mientras el Juez no decrete expresamente la cancelación de tales arrendamientos. Claro que la presente Sentencia de 23 de febrero de 1991 se refiere únicamente a los arrendamientos no inscritos, e incluso argumenta en el sentido de que a ellos no se refiere la regla 17.^a del artículo 131 LH, lo que da pie a pensar que en relación con el supuesto de arrendamientos inscritos, que ahora contem-

plamos sí es factible la cancelación. Pero es tan absurdo hacer esta distinción que han de tener el mismo tratamiento. Y si bien, en mi opinión, procede la cancelación de tales arrendamientos, corresponde a los Tribunales desvirtuar la doctrina de la presente sentencia y no al Registrador en su función cautelar de la práctica diaria.

En cambio, si se trata de arrendamientos posteriores a la hipoteca e inscritos con posterioridad a la hipoteca pero no sujetos a prórroga forzosa, el Registrador deberá proceder a su cancelación, pues a ellos no se refiere la presente sentencia.

Quiero insistir en que una cosa es el criterio doctrinal de crítica a los razonamientos de la presente sentencia, que se exponen a título personal en el presente estudio, y otra distinta, la de decidir si ha de seguirse en el momento actual la doctrina de las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, sobre todo teniendo en cuenta que el Registrador tiene responsabilidad en relación con las cancelaciones indebidamente realizadas, y en este caso, la obscuridad producida por la presente sentencia es suficiente como para que los Registradores no se atrevan a cancelar de momento las inscripciones de arrendamientos sujetos a prórroga legal.

En cuanto al otro problema que resuelven las citadas Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, es decir, el de si tienen derecho de retracto los arrendatarios posteriores a la inscripción de hipoteca respecto a las ventas judiciales o adjudicaciones derivadas de la ejecución hipotecaria, ya hemos manifestado nuestra opinión en el sentido de que tal retracto no cabe, por las razones expuestas.

Pero si trasladamos el problema a la práctica diaria de los Registradores, y concretamente al criterio a seguir en esa práctica cautelar o preventiva, hay que matizar la solución en sentido diferente, pues lo cierto es que la Sentencia de 23 de febrero de 1991 en el ámbito de lo urbano, y la Sentencia de 9 de junio de 1990 en el ámbito de lo rústico, han introducido gran confusión sobre este problema, y mientras el mismo no se aclare en sucesivas sentencias, no corresponde a los Registradores de la Propiedad prejuzgar una solución sobre este tema en un sentido o en otro. La mejor solución en la práctica mientras se mantiene esta situación que este comentarista cree que será provisional y transitoria pues confía en la reconducción del tema a otras soluciones por sucesivas sentencias, es que el Registrador no decida si procede o no el retracto en estos casos, limitándose a exigir el cumplimiento del artículo 55 de la LAU y del artículo 91 de la LAR, es decir la declaración de si existen o no arrendatarios y en caso afirmativo la notificación a los mismos de la adjudicación judicial realizada. Pero no una notificación para que el arrendatario ejercite el retracto, sino una notificación en la que el adjudicatario no tendrá necesidad de admitir que procede el retracto sino limitarse a notificar la trans-

misión para que el arrendatario la conozca por ser requisito para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Con esta solución intermedia, quedan salvaguardados todos los intereses en juego: el del adjudicatario, al que no se le puede exigir que con actos propios manifestados en la notificación reconozca un derecho de retracto que personalmente estime improcedente; el del arrendatario, que podrá acudir a los Tribunales para ejercitar el retracto y serán éstos los que decidan si procede o no, siendo esto último lo más razonable según las razones expuestas a título doctrinal; y el problema de la responsabilidad del Registrador, que no prejuzga ninguna solución en un sentido o en otro.

Naturalmente, si la presente sentencia no se hubiera producido en el sentido ya expuesto, todos estos problemas de práctica registral tendrían fácil solución por la vía marcada por las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987. Pero ante un panorama de obscuridad creado por las Sentencias de 23 de febrero de 1991 y 9 de junio de 1990, la práctica registral estimo ha de proceder con la prudencia y cautela que la situación producida exige.

XI. CONCLUSIÓN

Una sola sentencia, como es la de 23 de febrero de 1991 en el ámbito de lo urbano, no puede dar al traste con una serie de principios jurídicos fundamentales. Está en juego el principio de justicia: ¿por qué va a ser preferente el arrendatario de unas naves industriales sobre el acreedor hipotecario anterior? Está en juego el Derecho Hipotecario, cuya eficacia de publicidad y prioridad se niega en la presente sentencia, frente a la terminante Sentencia de 23 de diciembre de 1988. Está en juego también la eficacia de la hipoteca, que, con tanto cuidado han tratado nuestros legisladores y el propio Tribunal Supremo desde 1861 y sobre todo, a partir del Código civil y de la reforma hipotecaria de la Ley de 1909, y que la presente sentencia no puede, impremeditadamente, sin medir todas las consecuencias, echar por la borda.

Se trata, en definitiva, de un conflicto entre un derecho de hipoteca constituido e inscrito con anterioridad a un arrendamiento de local de negocio, del que es titular una sociedad anónima que ocupa una parte de la nave industrial ya hipotecada.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, no tiene explicación que se dé prioridad y eficacia al arrendamiento posterior sobre la hipoteca anterior. Ni tiene explicación lógica que un mero derecho personal posterior no inscrito pueda prevalecer sobre un derecho real de hipoteca anterior.

Pero incluso examinado el caso desde una perspectiva de "supuesto realismo sociológico", tan peligroso en Derecho porque puede dar lugar a la anarquía e inseguridad jurídica, tampoco es adecuado que se pueda dar preferencia a una sociedad anónima que ocupa una nave industrial para la exposición de coches (finalidad meramente mercantil o comercial de lucro), en contra del titular de una hipoteca constituida con anterioridad que prestó al propietario del local en el cumplimiento en que éste se encontraba libre de todo arrendamiento, dando cumplimiento a una loable finalidad crediticia y de garantía, todo lo cual repercute en el adjudicatario de la subasta que trae causa de la hipoteca preferente, y en definitiva en el valor de subasta que ha de satisfacer al titular de la hipoteca anterior y a los demás acreedores posteriores a dicha hipoteca pero anteriores al arrendamiento.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona