

II. Resoluciones de la Dirección General

Por IGNACIO DEL RÍO Y GARCÍA DE SOLA y
JOSÉ MARÍA QUINTANA

**RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL
NOTARIADO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1987 («BOE» DE 16 DE DI-
CIEMBRE).**

Objeto.—Adjudicación en virtud de procedimiento judicial sumario: Notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral no aceptada; cumplimiento del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Partes.—Caja de Ahorros de Valencia y Registrador de la Propiedad de Valencia número 12.

Acuerdo.—Desestimar el recurso interpuesto.

Disposiciones legales examinadas.—Artículos 1.459, 1.489, 1.636 y 1.640 del Código Civil; 131, 5.º, y 141 de la Ley Hipotecaria; 55, 33, 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; 225 y 237 del Reglamento Hipotecario; 1.514 y siguientes y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Real Decreto de 30 de abril de 1985, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971 y 31 de octubre de 1986.

Doctrina.—No procede la inscripción de testimonio de auto de adjudicación dictado en procedimiento judicial sumario sin que conste la notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral, inscrita con anterioridad a la nota de expedición de certificación de cargas, ni la consiguiente cancelación de la misma en virtud del correspondiente mandamiento.

Debe expresarse en el testimonio o manifestarse por el propio adquirente ante Notario o en instancia firmada y ratificada por el Registrador que la finca adjudicada no está arrendada, a efecto de cumplir lo ordenado en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, constituyendo su inobservancia defecto subsanable.

Hechos.—Instado por la Caja de Ahorros de Valencia procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, fue presentado a inscripción testimonio del auto de adjudicación dictado y mandamiento para la cancelación de cargas, calificándose por el Registrador de la Propiedad con la siguiente nota:

«Denegada la inscripción del precedente testimonio por adolecer de los siguientes defectos, el primero de naturaleza insubsanable: Primero: No

haberse practicado la notificación ordenada en la regla quinta, párrafo segundo, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a los acreedores de la hipoteca unilateral inscrita el 14 de marzo de 1984, inscripción cuarta de la finca 1.241, antes 41.551, al folio 50 vuelto del tomo 1.256, libro 8 de la sección cuarta de Ruzafa, que se comprendió en la certificación expedida el 21 de agosto de 1984, conforme a lo preceptuado en la regla cuarta del citado precepto legal, que fue reclamada en su día por el Juzgado que ha conocido el procedimiento. Segundo: No hacerse constar por alguno de los medios admitidos en Derecho, si la finca adjudicada está o no arrendada, a los efectos de lo previsto en el artículo 55 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Tercero: No determinarse, respecto de la anotación preventiva que se ordena cancelar, letra A, practicada a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, el tomo y folio donde consta anotado el embargo, como exige el artículo 233 del Reglamento Hipotecario. Valencia, 30 de junio de 1986.—El Registrador de la Propiedad.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, el Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la nota del Registrador, fundándose principalmente en que lo que los acreedores de la hipoteca unilateral constituida por el deudor que consta expresamente en la certificación expedida por el señor Registrador, debieron tenerse en cuenta a los efectos de ser notificados del procedimiento judicial, en virtud del principio de retroacción del artículo 141 de la Ley Hipotecaria y los artículos 225 y 228 de su Reglamento; que la omisión de las notificaciones podría frustrar la efectividad de sus respectivos derechos, ya que la nota marginal no puede suplir aquéllas, y que, por último, en un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, debe notificarse, aunque sólo sea *ad cautelam*, a todos a quienes aparecen en la certificación registral, cuya finalidad y alcance consiste en informar al Juez de aquellos titulares de derechos a quienes pueda afectar el procedimiento; no hacerlo así incide en un defecto insubsanable, porque se debieron tener en cuenta a dichos efectos y no se hizo.

La Dirección General dictó la siguiente resolución:

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.459, 1.489, 1.493, 1.636 y 1.640 del Código Civil; 131, 5.º, y 141 de la Ley Hipotecaria; 55, 33, 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; 225 y 237 del Reglamento Hipotecario; 1.514 y siguientes y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971 y 31 de octubre de 1986.

1. La primera cuestión que plantea el recurso consiste en conocer si procede practicar el asiento de cancelación de una hipoteca unilateral, ordenado en el auto recaído en un procedimiento judicial sumario entablado para dar ejecución a una hipoteca anterior, y la consiguiente inscripción del testimonio cuando consta: a) que la hipoteca unilateral fue comprendida en la certificación de cargas, si bien entonces aún no había sido aceptada; b) del mandamiento resulta que no se realizó la notificación expresada en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a las personas en cuyo favor fue constituida la hipoteca unilateral.

2. Conforme al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, la notificación prevenida en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa, sino, además y entre otros,

a los anotantes posteriores a la inscripción de la hipoteca del actor e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que por su rango deban declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad. Este precepto reglamentario evidencia la amplitud con que debe entenderse el círculo de los interesados que deben ser especialmente notificados: No es necesario que del Registro resulte que el derecho real del interesado existe ya perfecto (lo que, por ejemplo, no resulta de un asiento de anotación); basta que del Registro resulte a favor del interesado un asiento que, como la anotación, confiera una situación registral que asegure, al posible derecho, cierta eficacia a partir del asiento (reserva de rango). Además, a falta de reglas especiales, la cancelación de la hipoteca unilateral se regirá por las reglas ordinarias (que exigen, como hemos dicho, la notificación cuestionada), sin otras excepciones que las específicamente señaladas en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento.

3. La segunda cuestión se plantea en relación con el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Registrador suspende la inscripción del testimonio del auto en el que se aprueba el remate de la finca hipotecada, una vivienda, porque no se hace constar, por alguno de los medios admitidos en Derecho, que la finca no está arrendada.

El defecto observado plantea distintos problemas. En primer lugar, si esta transmisión judicial forzosa producida en un procedimiento de ejecución está o no sujeta a retracto. En nuestro sistema positivo este tipo de transmisión está comprendido en el concepto de venta. Se trata de una venta pública (cfr. art. 464 del Código Civil) o en subasta pública o judicial (cfr., entre otros, los arts. 1459, 1489 y 1493 del Código Civil, y 1514 y siguientes y 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Establecido el derecho de tanteo o retracto para el supuesto de ventas judiciales (cfr. artículos 1.636 y 1.640 del Código Civil). La misma Ley de Arrendamientos confirma esta doctrina en relación con los derechos de tanteo y retracto que la Ley establece en favor del arrendador en los supuestos de traspaso o cesión mediante precio (cfr. arts. 33, 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). El Tribunal Supremo expresamente ha declarado, en relación con la adjudicación en que termina el procedimiento judicial sumario a que se refiere el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que, en tal supuesto, procede el retracto arrendaticio porque no existe razón tanto de orden legal como lógico para excluirlo y porque la inclusión es conforme a la finalidad de la Ley de dar acceso al dominio al inquilino cuando haya cambio dominical por negocio jurídico mediante precio (Sentencia de 2 de marzo de 1959; cfr. también Sentencia de 23 de enero de 1971).

Resuelto el primer problema, 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 arren-

damiento 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 comporte 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 Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, puesto que ya no se impone a los contratantes que el arrendamiento haya de gozar de prórroga forzosa. 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 Ley de Arrendamientos Urbanos, que la finca no está arrendada, que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiere expresado así por el hipotecante.

Queda, finalmente, el problema formal de determinar si puede suspenderse la inscripción del testimonio del auto de remate o adjudicación porque falte la declaración del transmitente, en documento público, de que la finca no está arrendada. Dadas las peculiaridades de la adquisición en virtud de ejecución forzosa, no debe exigirse estrictamente que sea el transmitente el que haga esa declaración. Hay que tener en cuenta que la adquisición no se verifica por un acto de voluntad del que hasta entonces era propietario de la finca, sino por un acto de autoridad, y en el procedimiento no hay trámites especialmente previstos para que la autoridad pueda llegar a hacer, en sustitución del propietario, esta afirmación. En cambio, el nuevo propietario, que por el auto de remate o adjudicación pasa a tener la posesión de la finca, está ya en condiciones de averiguar si el piso adquirido está o no ocupado por arrendatario. Por todo ello, en estos supuestos debe bastar la declaración de que el piso no está arrendado realizada por el nuevo propietario, bien en las actuaciones judiciales, bien ante Notario, bien en instancia firmada o ratificada ante el Registrador.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 20 de noviembre de 1987.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia.

COMENTARIO.—La Dirección General resuelve dos cuestiones planteadas en este recurso gubernativo:

1. *La necesidad de notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral no aceptada.*

El recurso gubernativo se plantea al no constar la notificación a una pluralidad de acreedores a favor de los cuales consta inscrita hipoteca unilateral y resultando practicadas dos notas marginales de aceptación por veintidós de las veinticinco entidades acreedoras, posteriores las expresadas notas a la de expedición de cargas.

El problema se centra en la disparidad de criterios que mantienen las partes en orden a la naturaleza del derecho que otorga la hipoteca unila-

teral y al momento en que se produce la adquisición del derecho real por el aceptante.

La posibilidad de la hipoteca unilateral se encuentra en el artículo 138 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual serán «hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes hipotecados».

El artículo 197 del Reglamento Hipotecario de 1915 establece la inscribibilidad de las hipotecas unilaterales a favor del Estado o de corporaciones civiles, declarando que la aceptación, hecha constar por nota marginal, produciría efectos desde la fecha de la inscripción a que se refiera.

La regulación en la Ley Hipotecaria, artículo 154, de hipotecas en garantía de títulos a la orden o al portador constituía otra manifestación de su reconocimiento.

Señala ROCA SASTRE que la circunstancia decisiva de su desenvolvimiento fue la divulgación del Código Civil italiano de 1942, cuyo artículo 2.821 dispuso que «la hipoteca puede ser constituida mediante declaración unilateral. La constitución debe hacerse por acto público o por escritura privada, bajo pena de nulidad».

En definitiva, la Ley Hipotecaria de 1944-46 dispuso en su artículo 141 que «a las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma.

Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

La doctrina ha explicado desde distintas teorías el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca unilateral y la posición jurídica que otorga al acreedor desde la inscripción de la hipoteca hasta su aceptación.

Todas las teorías incurren en el defecto de «fijar la imagen» de la constitución de la hipoteca unilateral y, en consecuencia, dan una explicación parcial.

La teoría del consentimiento formal, defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ, de inspiración germánica, entiende que el titular registral consiente la práctica de un asiento de hipoteca en el Registro, consentimiento registral que precede al concurso de consentimientos civiles.

No se puede desconocer que el consentimiento formal aporta una adecuada explicación a la registración de un derecho real limitativo del dominio, que nace en el propio Registro sin titular que pueda ejercitarlo.

El principio del consentimiento formal supone una manifestación de la sustantividad que el Registro de la Propiedad tiene en determinados supuestos. El artículo 82 de la Ley Hipotecaria establece la cancelación de inscripciones y anotaciones en virtud de escritura o documento auténtico, en el que preste su consentimiento «la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos».

En contra de esta teoría se ha argumentado que existe un auténtico consentimiento dispositivo que determina un acto material inscribible, al amparo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, como expondré, el consentimiento formal es el único

fundamento para obtener la registración de un derecho real en proceso de constitución.

Una segunda teoría, denominada de la reserva de rango, defendida por PÉREZ Y ALGUER y ALBALADEJO, mantiene que la hipoteca nace y se adquiere simultáneamente cuando se hace constar la aceptación, y mientras tanto su registración sólo sirve para anunciar que si llega a aceptarse se tendrá por establecida a partir de la fecha de la inscripción.

Otro sector de la doctrina configura la hipoteca unilateral como una hipoteca sujeta a la condición suspensiva de su aceptación por el acreedor.

En contra de ella se argumenta que la aceptación del acreedor no es una condición suspensiva, una determinación accesorio del negocio jurídico, sino una *conditio iuris*, presupuesto o elemento estructural del mismo.

Una última explicación, denominada teoría del negocio dispositivo unilateral, entiende que la declaración unipersonal del dueño de la finca provoca una modificación jurídica de trascendencia real en su propio patrimonio. ROCA SASTRE destaca que en el Registro no se inscriben los derechos reales, sino los actos y contratos relativos a los mismos, siendo evidente que la declaración unilateral de voluntad dirigida a la constitución de hipoteca es un acto de esta clase.

Como he mantenido, todas las teorías incurren en el defecto de explicar parcialmente la registración de la constitución unilateral de la hipoteca. Observando los principios de nuestros ordenamientos civil e hipotecario, se puede establecer el siguiente razonamiento:

1.º En nuestro Derecho rige el principio de que «nadie adquiere derechos sin su consentimiento».

2.º La unilateralidad o bilateralidad de los negocios dispositivos deriva de que el desplazamiento patrimonial se produzca por la existencia de una única declaración de voluntad o por la concurrencia de dos o más de ellas.

3.º Como consecuencia del principio señalado en primer lugar, los negocios dispositivos unilaterales sólo son posibles en nuestro ordenamiento cuando el desplazamiento patrimonial no requiere otra declaración de voluntad para provocar la mutación jurídica real. Así sucede en la renuncia de los derechos reales limitativos del dominio, supuestos que pueden acceder al Registro bien como negocios dispositivos unilaterales o bien sin expresión de causa, bajo la fórmula del consentimiento formal del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

4.º El contrato de hipoteca (art. 1.857 del Código Civil), sustrato del derecho real (art. 1.875, párr. 1.º, del Código Civil), exige, como todo contrato, el consentimiento, el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1.262 del Código Civil).

5.º Nuestro Derecho permite que el *iter* constitutivo no se produzca, necesariamente, en unidad de acto.

6.º En el Registro de la Propiedad se inscriben derechos reales constituidos, en virtud de que los principios del sistema, legitimación (art. 38 de la Ley Hipotecaria, «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo») y fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), exigen modificaciones jurídico-reales efectivamente producidas.

7.º En la hipoteca unilateral, el artículo 141 de la Ley posibilita el

reflejo registral de un contrato de hipoteca en vías de constitución, en virtud de consentimiento formal que el titular del bien hipotecado dirige al Registrador para la práctica de un asiento en su folio registral, otorgándole la Ley una reserva de rango para que, manifestada la aceptación, sus efectos se retrotraigan a la fecha de su registración.

El acreedor ostenta, por tanto, una posición jurídica similar a la de un titular de un *ius ad rem*, protegida por los pronunciamientos registrales.

El artículo 138 de la Ley, base legal para los defensores de la tesis del negocio dispositivo unilateral, defendida por el Registrador que extendió la nota que motivó la resolución, no es ningún obstáculo para el criterio que he mantenido. Obsérvese que se habla de hipotecas «*convenidas* entre partes o *impuestas por disposición* del dueño». Articular una teoría en base a la expresión «disposición» es desconocer que toda mutación jurídico real supone una declaración de contenido dispositivo y de realización unilateral, contemplada desde la perspectiva del transmitente.

Una vez intentado el objetivo de explicar racionalmente la hipoteca unilateral procede examinar el objeto inmediato del recurso: la necesidad de notificación al acreedor que aún no ha aceptado.

La Dirección parte de un puro dato fáctico: la hipoteca unilateral fue comprendida en la certificación de cargas. Y lo fue, conforme al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, porque «no es necesario que del Registro resulte que el derecho real del interesado existe ya perfecto», bastando que «confiera una situación registral que asegure, al posible derecho, cierta eficacia a partir del asiento (reserva de rango)». Concluye recordando la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley.

La notificación exigida «a los acreedores de cargas o derechos reales», incluso a los «que hubieren pospuesto, unas u otras, a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que por su rango deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca» (art. 225 del Reglamento Hipotecario), lo es a efectos de «intervenir en la subasta o satisfacer antes de remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca» (art. 131, regla 5.ª).

En el procedimiento ejecutivo hipotecario, el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige únicamente la notificación a los titulares de segundas o posteriores hipotecas «para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes, si les convinieren».

La razón de la limitación en el círculo de los notificables que se observa en el ejecutivo hipotecario con relación al judicial sumario deriva de su condición de acreedores personales, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1934. Sin embargo, no cabe desconocer que si se exigiese la notificación también a los anotantes posteriores podrían obtenerse tres objetivos deseables: a) la economía del procedimiento; b) la máxima eficiencia del mismo, y c) la obtención de garantías por todos los acreedores de un mismo deudor. No se olvide que el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario dispone que la cancelación de «las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor, a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho», se practicará en virtud de «mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá ex-

presarse que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores».

La posible eliminación del proceso por los acreedores posteriores mediante el pago del precio asignado como valor de tasación de la finca, no existe en el ejecutivo hipotecario, en el cual sus derechos están limitados «a nombrar, a su costa, un perito» y ser notificados de «la providencia en que se fije el día para el remate».

Apuntadas las consecuencias de la notificación de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley, no procede extenderse en otras consideraciones dentro del limitado objeto de este comentario. Estudiemos, por tanto, la otra cuestión planteada.

2. La necesidad de notificación al arrendatario en los procedimientos hipotecarios y la purga o liberación del arrendamiento.

Esta segunda cuestión realmente se desdobra en las dos que he enunciado.

A. La situación de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca en orden a su purga o liberación en los procedimientos ejecutivos y de ejecución debe ser una consecuencia de los principios generales de los sistemas hipotecario y procesal, sin que influyan otras consideraciones. El problema tiene una fácil solución en el supuesto que el arrendamiento haya tenido acceso al Registro, conforme al artículo 2, número 5.º, de la Ley Hipotecaria, puesto que el Registrador habrá incluido tal derecho en la certificación de cargas, conforme a los artículos 1.489 de la LEC y 225 del Reglamento Hipotecario, sin que sea el momento de reproducir las diversas teorías acerca de la posible modificación de la naturaleza del arrendamiento inscrito. Sí debo señalar que, desde el punto de vista del Código Civil y la Ley Hipotecaria, no se manifiesta ninguna intención de modificar su naturaleza. En efecto, el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria admite su inscripción, como derecho personal que crea una situación posesoria del inmueble protegible por la publicidad registral en el limitado efecto de su oponibilidad a terceros. El Código Civil dispone en el artículo 1.549 que «con relación a terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». Y el artículo 1.571 limita la causa de extensión del arrendamiento en la transmisión de la finca por título de compra en el caso de que hubiese sido registrado.

Así el estado de las cosas, se plantea en la jurisprudencia el problema de su purga o liberación en los arrendamientos protegidos por la legislación especial, que por sus poderosos efectos ha desmotivado la inscripción de estos contratos en el Registro de la Propiedad.

En los arrendamientos urbanos y conforme al Texto Refundido de 1964, los derechos del inquilino se asientan sobre tres pilares:

1.º Derecho a la prórroga forzosa, «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones» (art. 57).

2.º Derechos de tanteo y retracto (arts. 47, 48 y 55).

3.º Acción de impugnación cuando el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual al 3 ó 4,5 por 100, que enerva la denegación de prórroga por causa de necesidad (art. 53).

Sin embargo, el examen del efecto de la purga o liberación no puede plantearse desde la perspectiva de la relación arrendaticia, sino desde las necesarias consecuencias de los procedimientos ejecutivos y de ejecución hipotecaria. Ambos tienen como finalidad actuar el valor de realización de la finca hipotecada, que se dinamiza, a efectos de garantía, desde la constitución de la hipoteca. Así, los artículos 1.518 de la LEC y 131, regla 17.ª, de la LH y 233 del RH disponen el efecto de proporcionar al adquirente o adjudicatario una propiedad sin cargas.

¿Cómo cohonestar este efecto con los derechos del inquilino reconocidos en la LAU? La solución está en declarar que se produce el efecto de purga o liberación y que procede el derecho de retracto a favor del inquilino, no siendo, en consecuencia, aplicables los artículos 57 y 53 de la LAU. Ello independientemente de la publicación del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, que suprimió la prórroga forzosa. Así lo demuestra la Sentencia de 31 de octubre de 1986, citada en la resolución. Se examinó el siguiente supuesto: escritura de constitución de hipoteca, arrendamiento de local de negocio o industria e inscripción de la hipoteca posterior a la celebración del mismo. Se declaró que «el recurrente, cuando constituyó el arrendamiento con su fallecido padre sabía que la finca estaba hipotecada y podía suponer que tenía limitadas sus facultades como tal arrendatario si llegaba a resolver el derecho del arrendador, como así ocurrió al ser ejecutada la hipoteca y quedar extinguido el arriendo, según se deduce de la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 22 de diciembre de 1945 y 22 de mayo de 1963». Añadiendo que «la misma conclusión cabe deducir de una interpretación lógica de la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en relación con la regla 8.ª, en cuanto que los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor, pero no los posteriores, que no se mencionan».

Del considerando de la sentencia, parcialmente transcrito, no existe ninguna base para mantener, como lo hace la Dirección General, una pretendida distinción entre arrendamientos anteriores y posteriores al Real Decreto-ley de 1985. La modificación introducida, la supresión de la prórroga forzosa para los arrendamientos concertados a partir de su entrada en vigor, no ha supuesto alteración en la naturaleza del derecho, sino simplemente en su contenido. Obsérvese que el arrendamiento que se purga, aun posterior al Real Decreto-ley de 1985, pudo haber sido concertado por un plazo de larga duración y ejecutarse la hipoteca al comienzo del mismo. No entiendo por qué se va a primar una situación de prórroga forzosa, en la que se encuentra el derecho una vez agotada su propia potencialidad, la pactada, frente al período de duración voluntario, en el que el contrato está desarrollando sus efectos.

La única distinción que hay que sostener es la relativa al momento de celebración del contrato de arrendamiento respecto al otorgamiento de la escritura pública para la constitución de hipoteca. El principio de prioridad actúa sobre un derecho personal que normalmente vive al margen del Registro e incluso deberá ser ejercitado judicialmente. Estamos, por tanto, ante el principio de prioridad de carácter civil que resuelve los supuestos de colisión entre distintos derechos incompatibles, como lo son la hipoteca, en su desenvolvimiento, y el arrendamiento, ya que ambos tienen un mismo objeto de concurrencia: la situación posesoria como integrantes del dominio que proporciona la ejecución de hipoteca y como sustrato del derecho del arrendatario, necesario para el uso y disfrute.

La sentencia referida parte, para justificar la extinción del arrendamiento, del principio *resolutum iure concedentis, resolvitur, ius concessum*. No hay incompatibilidad entre ambas fundamentaciones. Mientras que la que he expuesto bilateraliza el problema entre ejecutante y arrendatario, el Tribunal Supremo lo hace entre arrendador y arrendatario. Además, el principio de prioridad es el criterio básico de depuración, cuando proceda, de situaciones jurídicas coexistentes, que se fundamentan entre partes en el principio de que «nadie pueda dar más derechos de los que él mismo tiene» y, por tanto, con las limitaciones con que los ostenta. Frente a lo expuesto, el artículo 219, número 2.º, del Reglamento Hipotecario, al desarrollar el artículo 117 de la Ley, que regula la acción de devastación, establece que «el valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, concubra la responsabilidad total asegurada».

La Exposición de Motivos del Decreto de 17 de marzo de 1959, que introdujo este precepto, dice que «ante el interés del acreedor hipotecario y el del arrendatario de finca hipotecada, con frecuencia encontrados, se da un amplio arbitrio al Juez a fin de evitar actuaciones de mala fe».

La legislación hipotecaria parte de una solución diversa a la mantenida por el Tribunal Supremo: La ejecución de la hipoteca no resuelve el arrendamiento constituido con posterioridad. Establece garantías para el acreedor hipotecario: «declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquiera otra medida que estime procedente». No se contempla, sin embargo, la resolución del arrendamiento, que haría innecesarias las medidas referidas.

Por el contrario, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 establece, en su artículo 78, 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».

Nos encontramos, por tanto, ante soluciones legales y jurisprudenciales diferentes, sin otra aparente justificación, para las que se inclinan por la subsistencia de la relación arrendaticia, que la defensa de unos principios proteccionistas del inquilinato que han empezado, ser rechazados por el Real Decreto-ley de 1985.

B. La segunda subcuestión planteada, dentro de la correspondiente al arrendamiento de este recurso, se centra en decidir el nacimiento de los derechos de tanteo y retracto en los procedimientos ejecutivos hipotecario y judicial sumario y extrajudicial, y en caso de contestar afirmativamente el modo de cumplir las exigencias del artículo 55 de la LAU y del artículo 91 de la LAR.

Las dudas sobre la procedencia de los derechos de tanteo y retracto en los procedimientos para la efectividad de la hipoteca parecen derivar de la dificultad de encajar dichos derechos en los trámites procesales. Las declaraciones legales son, sin embargo, concluyentes: el artículo 55 de la LAU habla de «documentos de adquisición de fincas urbanas», mientras que el artículo 91 de la LAR utiliza, en su número 3, la expresión

«títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas *inter vivos*», cubriendo con ello las vacilaciones que se manifiestan para encuadrar dentro de los supuestos los casos de ventas forzosas.

La Resolución de la Dirección General confunde el problema de la resolución del arrendamiento posterior con el de la procedencia de los derechos mencionados. Nos dice que «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». No creo que tenga nada que ver una cosa con la otra. El derecho de tanteo y retracto es independiente del efecto resolutorio del arrendamiento por ejecución de la hipoteca. Y lo es porque en nada afecta a la realización del valor de la finca. Cuestión distinta es la de decidir si proceden ambos derechos, tanteo y retracto, o solamente el último de ellos. La LHMPD de 16 de diciembre de 1954 se inclina por la única procedencia del derecho de retracto al regular la ejecución de hipoteca sobre el establecimiento mercantil instalado en local arrendado, en su artículo 89. Se proporciona, además, una regulación de las notificaciones, que prevén los artículos 35 y 36 de la LAU, que establecen los derechos de tanteo y retracto del arrendador en caso de traspaso del local de negocio.

La colisión del derecho de tanteo con los derechos de los acreedores posteriores, interesados en la máxima realización de la finca hipotecada, me hace inclinarme a entender que sólo procede el derecho de retracto. El carácter imperativo y de orden público de los trámites procesales impiden que una relación inter-partes frustre la efectividad del proceso, que tiende, inexcusablemente, a satisfacer la pretensión que lo motiva.

Es cierto que no existe un trámite procesal específico dentro de los procedimientos para la averiguación del estado arrendaticio de la finca. Ello, sin embargo, no puede ser un obstáculo para el ejercicio de los derechos. Así, el acreedor ejecutante, como mediata o inmediatamente interesado en la adquisición de la finca, debe solicitar la declaración del ejecutado sobre si la finca se encuentra o no arrendada.

En el procedimiento ejecutivo hipotecario, el momento más adecuado creo que es el requerimiento al deudor para que presente los títulos de propiedad de las fincas (art. 1.489, 2.º, de la LEC). En los procedimientos judicial sumario y extrajudicial, a falta de trámite similar, entiendo que debe solicitarse la declaración sobre el estado arrendaticio en el requerimiento de pago. Si no se cumplimenta la solicitud del acreedor caben dos soluciones: o se solicita del Juez que determine el estado arrendaticio de la finca, a través de una actuación fedatada por el Secretario, o se insta por el propio rematante un acta de notoriedad que determine que la finca no se encuentra poseída por nadie, y que si lo estuviere, no lo es a título de arrendamiento. La resolución es más amplia y prevé incluso la declaración del adquirente, realizada judicialmente, notarialmente o en instancia firmada y ratificada ante el Registrador. La solución es práctica y resuelve un pequeño problema que demoraba la inscripción de escrituras de ventas judiciales y testimonios de autos de adjudicación en aras de cumplimentar los artículos 55 de la LAU y 91 de la LAR.