

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca (Comentario a la Sentencia del T. S. de 4 de mayo de 1961) (*)

Por MANUEL AMOROS GUARDIOLA
Registrador de la Propiedad

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 1 de enero de 1947 don J. G. P. y el padre de don R. G. C. celebraron un contrato de hipoteca sobre una finca propiedad de este último en garantía de un crédito a favor del primero, obligándose el deudor en la escritura de hipoteca a no celebrar contratos de arrendamientos inscribibles o en que se anticipara mayor cantidad que la correspondiente a un trimestre.

El 1 de enero de 1950 don R. G. C. tomó en arrendamiento a su padre —entonces propietario de la finca— un local de negocio, descrito en el correspondiente contrato como «naves, planta baja y porche, números 25 y 29 de la calle de la Concepción, sita en Campo de Criptana», para instalar en él sus negocios de vinos y maderas. El precio del arrendamiento era de el de 7.800 pesetas anuales y el plazo pactado el de dos anualidades, transcurrido el cual, se prorrogó de común acuerdo por diez años más con el mismo precio, suscribiéndose una segunda cláusula adicional, en la que se especificaba con mayor detalle el objeto del arrendamiento.

En virtud del procedimiento ejecutivo del artículo 131 L. H., tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 3, de Madrid, fué adjudicada a don J. G. P. la finca en pública subasta, en garantía del crédito que ostentaba sobre la misma. Dicho acreedor adjudicatario tomó posesión de la finca el 22 de julio de 1955, continuando el arrendatario en el uso y goce de los locales arrendados.

Don J. G. P. inició ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan el procedimiento del art. 41 L. H. contra el padre del arrendatario. El 5 de noviembre de 1955 se dictó en ese procedimiento auto ordenando poner en posesión efectiva de la finca a don J. G. P. y apercibiendo de lanzamiento al padre del arrendatario, don R. G. C. Y el 26 de noviembre del mismo año se dictó providencia ordenando al padre de don R. G. C. que desalojara la finca en el plazo de quince días, apercibiéndole de lanzamiento en caso contrario. El 3 de enero de 1956 se constituyó en la finca la Comisión del Juzgado para practicar el lanzamiento, y habiendo sido mostrado por el Procurador del demandado el contrato de arrendamiento que amparaba la posesión y disfrute de los locales de negocio, se suspendió la diligencia «por lo avanzado de la hora». Si bien el día 7 de enero dictó el Juez providencia en la que se acordó no haber lugar a unir al procedimiento el contrato presentado y que se procediera al lanzamiento.

(*) Véase su recensión en este ANUARIO, págs. 1044 y 1061.

Y el día 10 del mismo mes compareció ante el Juzgado el Procurador de don R. G. C., y para evitar el perjuicio de lanzar a la vía pública los numerosos útiles y enseres existentes, hizo entrega al Procurador de don J. G. P. de las llaves del local, si bien reservándose todas las acciones correspondientes.

El 31 de enero se presentó ante el mismo Juzgado por el arrendatario demanda de interdicto de recobrar la posesión, que terminó por sentencia declarando no haber lugar al interdicto, sentencia pendiente de recurso de apelación ante la Audiencia de Albacete.

El 26 de agosto de 1957, antes de resolverse la apelación interdictal, don R. G. C. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan contra don J. G. P. pidiendo que se declarara: a), la vigencia del contrato de arrendamiento de local de negocio a favor de don R. G. C.; b) la subrogación legal de don J. G. P. en los derechos y obligaciones del anterior arrendador; c) la restitución al demandado de los locales arrendados en las mismas condiciones en que los ocupó, con entrega de maquinaria, útiles, enseres y existencias e indemnización de daños y perjuicios.

Tramitada la demanda según las normas de la L. E. C. y las complementarias de la L. A. U., el Juez de Primera Instancia de Alcázar de San Juan dictó sentencia absolviendo a los demandados y condenando en costas al demandante.

Apelada la sentencia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó el fallo de Primera Instancia, sin expresa imposición de costas.

Contra ella, se interpuso recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, fundado en los siguientes motivos:

1.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 151 L. A. U. En cuanto que la subrogación subjetiva del adjudicatario en los derechos y obligaciones del arrendador, que se estima como la principal pretensión de la demanda y determinante de la posterior vigencia del arrendamiento, se funda en la propia Ley especial arrendaticia, frente al criterio tradicional del artículo 1.571 C. c. En consecuencia, es procedente para la reclamación el trámite procesal de la Ley especial arrendaticia, aunque junto con ella se mezclen cuestiones de índole civil general.

2.º Infracción, por violación y falta de aplicación, del artículo 57 L. A. U., que impone la subsistencia de la relación arrendaticia, a pesar de los posibles cambios en la titularidad de la propiedad de la finca, y sin necesidad de inscripción en el Registro.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo del presente año, no ha lugar al recurso, con base en la siguiente doctrina:

CONSIDERANDO 2.º: Que igualmente tiene esencial valor en la presente resolución que en la demanda origen de estos autos se pide en primer término se declare la vigencia y efectividad del contrato de arrendamiento, y que el nuevo propietario queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador y, por consecuencia, ha de respetar la prórroga arrendaticia, debiendo restituirse al actor en la posesión del local, a lo que se opone la inadecuación del trámite especial por no ser de aplicación la Ley espe-

cial, tesis acogida por la sentencia recurrida, con base en el artículo ciento cincuenta y uno, que dispone que cuando la acción, aunque propia de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos en esta Ley, el litigio se sustanciará conforme a lo dispuesto en las Leyes procesales comunes.

CONSIDERANDO 3.º: Que basta la exposición de antecedentes y enunciación del tema litigioso para comprender la improcedencia del presente recurso, porque en el fondo lo que se pretende es la dejación sin efecto de la posesión otorgada por acuerdo judicial en el trámite especial que establece el artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria, que fué dictado en garantía y aseguramiento del derecho inscripto, donde se establecieron dos fases, una de pura ejecución y otra de cognición para defensa de los intereses lesionados, y la resolución que recaiga en este trámite no produce excepción de cosa juzgada, siendo susceptible de reproducir la misma cuestión en el juicio declarativo, normas de aplicación por analogía al caso en debate, porque aunque la providencia contra la que va la demanda origen de estos autos no recayó en trámite formal de contradicción y sí a virtud de una oposición e invocación de un derecho perjudicado, que es el mismo aquí discutido, por razón de similitud se ha de aplicar igual norma para declarar con carácter definitivo lo que allí se concedió en estado provisional, o sea, que el trámite correspondiente es el juicio declarativo.

CONSIDERANDO 4.º: Que reafirma la tesis desestimatoria del recurso el que la Ley especial, a cuyo amparo se interpone la demanda, se limita a regular las relaciones arrendaticias referidas a viviendas y locales de negocio con las excepciones que establece, y en el presente caso se pide la posesión derivada de un contrato de arrendamiento frente a la otorgada como consecuencia de una inscripción registral, es decir, que *se contraponen dos derechos de índole y origen distinto, lo que implica complejidad en el debate, que hace inidóneo el proceso sumario* en que este litigio se ha desenvuelto, para ventilarse en otro más amplio, apto para dilucidar los diversos temas que el pleito plantea.

COMENTARIO

Dos son las cuestiones que fundamentalmente se plantean en el precedente caso litigioso: De una parte, si puede pedirse y, en su caso, declararse la eficacia del arrendamiento urbano frente al acreedor hipotecario anterior, adjudicatario de la finca y titular registral, a través del proceso establecido en la L. A. U. Cuestión de carácter procedimental e instrumental. De otra, dando por resuelta la primera, si en definitiva debe subsistir la titularidad del arrendatario especialmente protegido cuando el acreedor hipotecario anterior va a la ejecución y se enajena judicialmente la finca. Cuestión de fondo, en contacto con el Derecho civil, el hipotecario y el especial de A. U. Consideremos por separado ambos problemas.

I.—*El proceso arrendaticio.*

El artículo 151 L. A. U., expresamente apuntado como infringido en los motivos del recurso, establece que «cuando la acción, aunque propia

de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos en esta Ley, el litigio se sustanciará conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes». Viene así este precepto a acotar objetivamente el ámbito de aplicación del proceso especial arrendaticio (1). Sólo podrán sustanciarse a través de este procedimiento las acciones que se funden en derechos reconocidos por la L. A. U. La especialidad del proceso viene condicionada por la singularidad del derecho material en que se funda la pretensión (2).

A su vez, las alegaciones del recurrente contenidas en el motivo primero del recurso coincidían en señalar como petición principal del pleito la declaración de la subrogación del acreedor adjudicatario en la posición jurídica del hipotecante arrendador. Y partiendo de esa previa subrogación se deducía luego la subsistencia del arrendamiento como consecuencia necesaria. Pero sea cualquiera la prelación lógica de esa subsistencia legal —sin perjuicio de reconocer no sólo la eficacia de la voluntad del demandante para determinar el contenido de la demanda, sino también su correcto desarrollo cronológico—, lo cierto es que se justificaba la petición como basada en el derecho de subsistencia que la L. A. U. concede al arrendatario; y aun admitiendo la posible concurrencia de normas civiles e hipotecarias en la base de la pretensión deducida, consideraba el recurrente aplicable el proceso de la legislación especial, con apoyo doctrinal y jurisprudencial. El T. S. se opone a esta argumentación, afirma simplemente la inadecuación del proceso arrendaticio «por no ser de aplicación la Ley especial» y trata de justificar esta postura diciendo que en el pleito se contraponen dos derechos de índole y origen distinto, lo que implica complejidad en el debate que hace inidóneo el proceso sumario en que este litigio se ha desenvuelto, para ventilarse en otro más amplio, apto para dilucidar los diversos temas que el pleito plantea».

En el caso que nos ocupa confluyen normas de naturaleza civil, arrendaticia e hipotecaria. Precisamente es en esta colisión de normas de distinta naturaleza donde nace su mayor nudo de problemas, como luego veremos. Ahora nos interesa considerar sólo una de las cuestiones de ahí derivadas: el posible sometimiento a la legislación arrendaticia del supuesto de hecho, y las consecuencias procesales derivadas de esa sumisión. La afirmación del T. S. de no ser de aplicación la Ley especial de arrendamientos, parece a primera vista sorprendente. La indudable existencia de un contrato de arrendamiento urbano de local de negocio parece postular su sujeción a los especiales preceptos que regulan esta peculiar realidad económico-social, salvo excepción legal en contra. Y no se diga que tal inaplicabilidad se esgrime como argumento de mero carácter procesal a efectos de determinar el juego de uno u otro proceso; porque, una de

(1) Usamos esta expresión en singular para significar los distintos caminos procesales que en dicha Ley se recogen. Sabido es que no se trata de uno sino de varios procedimientos. Cfr. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, págs. 1152 y 1154-55. Pero para no entrar en sublisticiones, se habla aquí de proceso arrendaticio como sinónimo de peculiaridades procesales contenidas en la L. A. U. frente al proceso normal de la L. E. C.

(2) Cfr. la caracterización objetiva que de estos procesos hace GUASP, *loc. cit.*, página 1152.

dos, o la relación jurídica contemplada debe regularse por los preceptos de la Ley especial —en confluencia, naturalmente, con las otras disposiciones aplicables. Ahí está el problema— con todas sus consecuencias normativas, o hay que predicar su exclusión, justificándola previamente.

La única razón que encontramos en la Sentencia para fundamentar tal exclusión es la de la complejidad de la pretensión. Se habla de colisión de derechos de índole y origen distinto, lo que implica complejidad en el fondo del asunto no resoluble por un mero proceso sumario. Detengámonos un momento en esta argumentación. Los derechos en conflicto son indudablemente el del arrendatario a la subsistencia del vínculo arrendaticio y el del acreedor rematante a su extinción. El primero, nacido de la protección que al arrendatario concede la legislación especial, concretamente el art. 57 L. A. U.; el segundo, derivado de la L. H., que sigue el criterio de la extinción de las cargas posteriores a la hipoteca que va a la ejecución, considerando subsistentes únicamente las anteriores (cfr. artículo 131, reglas 8.^a y 17.^a y art. 133, 2.^o, así como lo dicho más abajo). Derechos de distinta naturaleza, como nacidos de dos órdenes normativos diversos, uno de ellos de marcado carácter singular y excepcional. Ahora bien, ¿basta esa distinta naturaleza de derechos en pugna para excluir la aplicación del proceso sumario arrendaticio y exigir en todo caso un juicio declarativo ordinario? ¿No podrá el arrendatario, titular de un derecho reconocido en la Ley especial, utilizar para su defensa los trámites que esa Ley establece?

La postura del T. S. no parece del todo convincente, al menos en la letra del repetido artículo ciento cincuenta y uno L. A. U. Excluye éste solamente las acciones que no se funden en derechos reconocidos por esa Ley. Luego toda acción para hacer valer facultades que la ley especial reconozca debe tener cabida en sus procedimientos. Y aquí parece claro que el derecho del arrendatario a ser mantenido en su arrendamiento, aun después de la ejecución hipotecaria y de la liberación de cargas que implica el remate —sí es que existe tal derecho, cuestión que ahora no se juzga, y que será aludida luego al tratar el problema de fondo— sólo puede derivar del criterio de prórroga forzosa establecido en el art. 57 L. A. U., no de la L. H. (ver preceptos aludidos) ni del C. c. (art. 1.571 en contra) (3).

La contraposición de los derechos de índole y origen distintos o, mejor diríamos nosotros, la valoración de la pugna entre dos normas de distinto alcance hace a nuestro T. S. reconducir a un juicio plenario la resolución del caso. Late bajo esta afirmación la preocupación por el problema de fondo —la subsistencia del arrendamiento a la hipoteca—, que aquí no se aborda pero se intuye. También es cierto que la importancia de la solución que se dé y el posible perjuicio de intereses jurídico-privados bien consistentes parecen aconsejar un marco procesal más amplio y de mayores garantías. Pero tan restrictiva aplicación del artículo 151 L. A. U. lo haría eficaz solamente en los casos en que el titular del arren-

(3) Como dice GONZÁLEZ: Sólo la invocación de la legislación especial en materia de A. U., resulte o no fundada, determina la aplicación del proceso especial (loc. cit., pág. 1154).

damiento entrara en litigiosa relación con el primitivo arrendador o con otros titulares de facultades derivadas del arrendamiento, no cuando la colisión se produjera frente a una situación jurídico-real dotada de singular protección en el ámbito civil e hipotecario. Tal reducción no parece fácil de encajar en la letra —quizá excesiva, por lo demás— del artículo 151. Además, el concepto de pretensión compleja no parece suficiente ni seguro, aunque pueda resultar realista. Ni es fácil determinar *a priori* hasta dónde un debate puede resultar «simple», ni el criterio cuantitativo de la complejidad debe sustituir aquí al cualitativo del fundamento legal de la titularidad discutida.

Esto sin tener en cuenta que la obligada remisión al juicio plenario —mayor tiempo y mayor gasto— puede dificultar la protección de la situación arrendaticia, tan enérgica en la ley actual, tanto más cuanto que la sumariedad del proceso especial es la simplemente incidental, siendo susceptible la vía procesal de dos instancias y de un auténtico recurso de casación como es el de injusticia notoria (Cfr. art. 126, 131-1^ª y 135 L. A. U.).

En fin, la posible improcedencia del proceso arrendaticio para tramitar el caso propuesto se apoya en la Sentencia en una consideración tangencial, bien que conexa. Como el acreedor rematante, hoy recurrido, obtuvo la posesión de la finca adjudicada en virtud del procedimiento del artículo 41 L. II., entiende nuestro Alto Tribunal que no se puede dejar sin efecto la posesión judicialmente otorgada en virtud de dicho procedimiento, sino a través del juicio declarativo correspondiente; por ser un procedimiento de aseguramiento del derecho inscrito, con doble fase de ejecución y cognición, sin que su resolución produzca excepción de cosa juzgada (4). De donde deduce la insuficiencia del procedimiento contenido en la L. A. U. para enervar la eficacia del procedimiento registral. Sea cualquiera la tesis que se sustente sobre la naturaleza de tan discutido procedimiento (5), su estructura de proceso sumario —limitación en los medios de defensa del demandado; en el desarrollo del proceso de contradicción: incidental; y en la eficacia de la sentencia que no produce cosa juzgada— parece aconsejar que la remisión al juicio declarativo se haga al juicio plenario, y no a otro juicio de cognición sumario. Si bien es cierto que juicio ejecutivo se opone a declarativo o de cognición, y dentro de éste tienen cabida tanto el declarativo ordinario como los sumarios, la referencia del artículo 41 L. H. parece apuntar al declarativo ordinario. En tal sentido, se procedería el uso del proceso incidental arrendaticio y sería correcta la doctrina jurisprudencial que comentamos.

Frente a ello, deben tenerse en cuenta las consideraciones antes apuntadas de que no puede privarse al arrendatario del procedimiento especialmente previsto por la Ley para la defensa de su privilegiada posición, sobre todo cuando se trata del simple reconocimiento judicial de su derecho

(4) "La sentencia dictada en el procedimiento a que se refiere este artículo no producirá excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión". (Art. 41 L. II., párrafo último.)

(5) A favor de su configuración como proceso de ejecución, vid. GUSAR, loc. cit., página 1116 y siguientes. Un resumen de las teorías sobre su naturaleza puede verse en Roca, *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1954, tomo I, pág. 321 y siguientes.

de prórroga forzosa contra terceros; que negarle tal posibilidad, como hace el T. S., puede originar una indefensión o una más difícil protección procesal de su situación jurídica, más allá de lo que en su función tuitiva quiso la L. A. U.; y en fin que, prescindiendo de que el adjudicatario acudiera o no a procedimientos de aseguramiento de su situación registral (6), el arrendatario pretendía únicamente la declaración judicial de subsistencia del arrendamiento, subsistencia basada en un singular precepto de la legislación arrendaticia, y parece lógico concederle el uso del proceso que tal ley establece. Podrá ser cierto que la eficacia del procedimiento del artículo 41 L. H. no puede desvirtuarse más que a través de un declarativo plenario; pero ello es en casos ordinarios, no cuando, como en el presente, se trata de una titularidad arrendaticia especialmente protegida por la ley y dotada de peculiares medios de defensa.

Lo hasta aquí dicho pretende sólo puntualizar el alcance de la defensa procesal que la L. A. U. establece en favor del arrendatario, maizando la argumentación del T. S. ya vista. Ni se trata de disminuir la eficacia del procedimiento ejecutivo registral del artículo 41 L. H., ni de defender la pluralidad de procesos especiales, en contra de la actual tendencia, que compartimos, de ir hacia una unificación de caminos en nuestra legislación procesal, ya excesivamente compleja. Pero, mientras no se derogue, la L. A. U. exige su respeto, bien que a veces no estemos de acuerdo con sus normas.

II.—La subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca ejecutante.

El segundo problema que plantea el caso que nos ocupa, a nuestro juicio mucho más importante que el primero, es el de determinar si el arrendamiento de local de negocio debe subsistir aun después de que sea enajenada en pública subasta la finca como consecuencia de la ejecución hastada por un acreedor hipotecario anterior. El segundo motivo del recurso de injusticia notoria planteaba esta cuestión al estimar infringido el artículo 57 L. A. U. que, en opinión del recurrente, amparaba la subsistencia de su situación arrendaticia. Pero, como hemos visto, el T. S. no ha llegado a pronunciarse sobre este problema de fondo por considerar que era improcedente el trámite procesal del recurso de injusticia notoria para resolverlo, reconduciendo al juicio declarativo ordinario para discutir tal cuestión. Y es lástima que este defecto meramente procesal —por lo demás, bien discutible en su aplicación, como hemos tra-

(6) Dejemos ahora de lado el problema de si frente a la pretensión defensiva del titular registral, demandante en el proceso del art. 41 y basada en la eficacia legitimadora del Registro, no podrá el arrendatario oponer su derecho de tal, que no necesita de la publicidad registral para su eficacia, sino que arranca directamente de la ley que lo establece, y despliega su virtualidad "ex lege", como limitación del dominio, aún frente a terceros; ello incide sobre el problema sustantivo de la subsistencia del arrendamiento al margen del Registro, a que luego se alude.

tado de apuntar en el apartado anterior— haya impedido la decisión de nuestro más Alto Tribunal sobre esta importante cuestión, relativamente ayuna de doctrina jurisprudencial.

1. El problema genérico de la subsistencia de los arrendamientos protegidos posteriores a la hipoteca ejecutante es relativamente reciente. Su existencia viene condicionada por la proyección de las modernas leyes reguladoras de los arrendamientos rústicos y urbanos. Aquí, sin embargo, va a ser limitado a través de una triple reducción conceptual: Nos referimos al arrendamiento urbano, y al regulado por su específica legislación protectora. Quedan así fuera de nuestra actual atención todo el amplio campo de los arrendamientos rústicos y el más limitado de los arrendamientos urbanos sometidos al C. c., excluidos de la Ley de 13 de abril de 1956 (7). La subdistinción, dentro de los arrendamientos urbanos, entre viviendas y locales de negocio, no altera en principio la solución buscada, como luego veremos. Por otra parte, consideramos sólo los arrendamientos cronológicamente posteriores a la fecha de la hipoteca, puesto que los anteriores no se ven afectados por la ejecución hipotecaria. Tales delimitaciones vienen impuestas no sólo por la conexión con el caso planteado sino también y sobre todo por la necesaria brevedad de estas notas (8).

2. Frente al criterio tradicional de la L. E. C. (vid. arts. 1.516 y 1.518), la L. H. de 1909 vino a establecer la norma, más acorde con la exigencias de la realidad práctica, de subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores o precedentes a la hipoteca del acreedor ejecutante, ampliando la vigencia de tal norma en todo caso de venta forzosa en procedimiento ejecutivo judicial (9). (Cfr. art. 131, reglas 8.^a, 13.^a, 16.^a y 17.^a y art. 133, párrafo 2.º L. H. actual). Sólo las cargas o gravámenes anteriores —y las simultáneas. Vid. art. 227 R. H.— subsisten; las cargas posteriores se extinguen.

En relación con la eficacia de esta importante norma de subsistencia importa hacer una doble precisión. Primera: ¿La regla de extinción de car-

(7) El problema, aunque vigente, puede plantearse con menos virulencia en el plano del A. R. Cfr. arts. 9-4, 24-4 y 27-1 Regl. A. R. de 29 de abril de 1959, así como la Sentencia 5 febrero 1945 (ver Comentario de FLOREZ DE QUIÑONES en R. D. P., 1945, páginas 529 y siguientes) y lo dicho por Roca en Suplemento al D. H., Barcelona, 1960, página 159.

(8) El tema no ha sido desarrollado por la doctrina con excesiva amplitud. Recordemos entre la bibliografía más importante:

NART: *Ex-arrendamientos*, A. D. C., IV-III, págs. 935-936.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1954, tomo IV, pág. 878-9.

GINOT LLOBATERAS: *La Hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, A. D. C., VIII-IV, pág. 1167 y siguientes.

MORO LEDESMA: *La relación entre el arrendamiento y la hipoteca*. Dictamen en A. D. C., IX-IV, pág. 1325 y siguientes.

GINOT: *El arrendamiento otorgado por el usufructuario*, A. D. C., IX-IV, pág. 1233.

CASTÁN Y CALVILLO: *Tratado práctico de A. U.*, Instit. Edít. Reus, Madrid, 1957, tomo II, pág. 455.

ROCA SASTRE: *Suplemento al D. H.*, Bosch, Barcn., 1960, tomo IV, págs. 155-161.

(9) "... será aplicable... también a aquellos otros (casos) en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles".

gas posteriores alude sólo a la hipoteca y al embargo —titularidades de realización de valor en funciones de garantía— o se extiende a todos los derechos reales inscribibles? Esta última parece ser la opinión más correcta. El artículo 225 R. H. hace referencia también a las «embromaciones del dominio, derechos condicionales u otros que, por su rango, deban declararse extinguidos». ¿Cuáles son esos otros derechos que deben declararse extinguidos? La razón de la extinción debe encontrarse en el rango mismo, o sea todas las titularidades registrales de rango posterior a la hipoteca ejecutante. Y en este sentido se pronuncia la doctrina más autorizada (10). Por tanto también el arrendamiento, al menos en la medida en que pueda estimarse carga o afección de la finca susceptible de protección registral.

Segunda: La L. H. (ver art. 131, regla 17.ª, y 233 R. H.) expresamente ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que va a la ejecución. Ahora bien, como en virtud de la legitimación registral, la cancelación es sólo punto de partida para presumir la extinción del derecho cancelado, pero no implica la extinción misma (cfr. art. 97 L. H.), la norma del procedimiento ejecutivo hipotecario alude sólo a la cancelación formal en el Registro o exige la extinción sustantiva de los derechos posteriores, que pueden vivir civilmente al margen de la inscripción? De un lado, la letra del artículo 225 R. H. expresamente se refiere a los derechos que deban declararse extinguidos. De otro, la misma razón práctica que justifica la norma de subsistencia postula «a sensu contrario» la necesidad de no subsistencia o extinción. En fin, si partimos —con la tesis que nos parece más acertada— de que el deudor hipotecante es titular de un dominio resoluble condicionado en su existencia y efectos por el posible incumplimiento, la ejecución hipotecaria derivada de ese incumplimiento habrá de provocar la extinción de los gravámenes no preferentes, por venir condicionada su suerte a la de la hipoteca precedente. Ello por la propia función de garantía que está en la base de la institución hipotecaria. La L. H. habla de cancelación por contemplar el problema en el plano registral. Además, mal podría hablarse de eficacia de un derecho o afección real, desprovisto de publicidad registral, limitado si acaso inter partes, cabalmente cuando la finca gravada ha de pasar a manos de un tercero en virtud de la venta judicial. En resumen, la norma de subsistencia de las cargas anteriores comprende toda clase de afecciones reales e impone la extinción de las posteriores.

3. Al poner en relación la norma de la L. H. transcrita con el arrendamiento de local de negocio, la primera pregunta que surge es la de si este tipo de arrendamiento debe considerarse o no como carga a los efectos de su virtualidad frente a la hipoteca anterior. Ello nos lleva de la mano al problema, mucho más arduo, de la configuración institucional del arrendamiento urbano regulado en la Ley especial.

Sobre la naturaleza del arrendamiento urbano y de su especial legislación normativa se han sustentado no pocas opiniones (11). Se habla de

(10) Vid. Roca, *loc. cit.*, tomo IV, pág. 865, in fine, 866 y 877-879.

(11) Vid., entre otros, CASTÁN y CALVILLO: *Tratado práctico de A. U.*, vol. I, pá-

un derecho singular, imperativo y de tendencia social; que el derecho arrendaticio urbano es un derecho necesario; que hace tránsito hacia formas enfiteúticas; que participa de los caracteres de los derechos reales; que el contenido del derecho, voluntario en su origen, viene predeterminado por la ley, etc., etc. No vamos a entrar ahora en el fondo de tan difícil problema, dada la brevedad de esta modesta nota. Baste con recordar, a los efectos que aquí nos interesan, que si desde un punto de vista económico el arrendamiento de un local de negocio puede repercutir en el valor en cambio de ese local, por cuanto la estabilidad de la situación del arrendatario y consiguiente falta de libre disposición del local supondrá normalmente un menor precio de venta, desde un punto de vista jurídico la afección derivada de la titularidad arrendaticia y de su legal subsistencia no puede reflejarse en una mera relación jurídica crediticia, sino que entraña un auténtico gravamen de la cosa arrendada. A pesar de las causas legales de terminación del arriendo —precisamente por su carácter limitativo— y de los casos taxativos de posible excepción a la prórroga, la norma general es aquí la de prórroga obligatoria, irrenunciabilidad originaria, aunque parcial, de los derechos y derecho necesario o no modificable por la autonomía de la voluntad; todo ello en función de la ratio legal de otorgar una especial protección al arrendatario. El arrendamiento urbano, en su actual regulación de favor, entraña una carga para la titularidad del propietario arrendador, que puede traducirse en un gravamen o disminución económica del precio de venta del local.

Si llegar a plantearnos el problema de la estructura y eficacia de la posición arrendaticia (12), y aun partiendo de la crisis actual de la distinción entre derechos reales y de crédito (13), parece claro que la cualidad del arrendatario, protegido con el beneficio irrenunciable de la prórroga forzosa (art. 6 L. A. U.) aun frente a terceros adquirentes o sucesores en la posición jurídica del arrendador (art. 57 L. A. U.), está más cerca del concepto tradicional del derecho real. Si, en definitiva, la división ahora criticada descansa, tanto o más que en la estructura de las titularidades, en su virtualidad frente a terceros, o, mejor aún, frente a terceros adquirentes de la cosa gravada (14), la mayor eficacia del arrendamiento

gina 73 y siguientes, y el *Dictamen* de Moro, en A. D. C., IX-IV, pág. 1330 y siguientes. A favor de su configuración como derecho real, ver VALLET: *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Editor., "Rev. de D. Privado", Madrid, 1951, pág. 20 y siguientes.

(12) Ello exigiría además la matización entre los distintos tipos de arrendamiento, de entre los sometidos a la ley especial: vivienda o local de negocio; viviendas suntuarias o no, con mobillario o sin él, etc.; en orden a precisar el alcance de cada situación, lo que excede con mucho de nuestro objeto.

(13) Véase, por todos, el trabajo de FAJEN: *Derechos reales y de crédito*, en "Revista de Derecho Notarial", núm. 23 (p. 95-256), 24 (p. 139-266), 25-26 (p. 155-362) y 31 (p. 171-341), y la Conferencia de VALLET: *Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral*, publicada en "R. Cr. D. L.", número extra conmemor. primer Centenario, L. II., 1861, Madrid, 1961, p. 164 y siguientes.

(14) El derecho personal es también jurídicamente eficaz frente a terceros o el tráfico jurídico en general, que no puede desconocer la existencia de un vínculo preconstituido y amparado por el derecho; la diferencia reside en que la eficacia del derecho real se da también frente a un tercero especialmente cualificado, el tercer adquirente que entra en relación con la cosa y viene obligado a respetar los derechos constituidos sobre ella con an-

protegido y su necesaria subsistencia frente al tercer adquirente de la finca, en contraste con el arrendamiento tradicional sometido al artículo 1.571 del Código civil, nos reconduce a ese otro grupo de titularidades más eficaces que se incluían entre los derechos reales.

Y aún más. La eficacia del derecho real frente al tercer adquirente que inscribe su adquisición estaba condicionada por su previa inscripción en el Registro. El mecanismo de la publicidad registral venía así a dotar de seguridad al tráfico legitimando las facultades del titular registral e imponiendo al tercero que inscribe sólo los derechos inscritos con anterioridad. Pero con el arrendamiento urbano esto no sucede. La titularidad del arrendatario subsiste frente a terceros adquirentes sin necesidad de inscripción. No es que el arrendamiento no sea inscribible, es que no necesita ser inscrito (15). El arrendamiento sigue vigente incluso frente a un tercero que sucede al arrendador en todos sus derechos y obligaciones, sin necesidad de inscripción. La ley dota de un plus de eficacia o publicidad legal a una situación jurídica normalmente necesitada de protección registral. El comprador que inscribe su derecho puede venir obligado a soportar un arrendamiento anterior de que no tenía noticia (16). Los moldes tradicionales de la publicidad del Registro se rompen ante la mayor protección del interés arrendaticio. El arrendamiento protegido goza así de una publicidad *ex lege*; afecta al tercero aún sin inscripción, como ocurre con las servidumbres legales de utilidad pública o con las limitaciones legales del dominio (arts. 26-1.º, 37-3.º L. H. y 5-3.º R. H.). En este sentido y con expresión más gráfica que exacta se podría decir que el arrendamiento urbano de la ley especial es no sólo derecho real, sino algo más, dado que es oponible a terceros aún sin inscripción (17)

Recapitulando, el arrendamiento de local de negocio constituye un derecho especial por su contenido y efectos, susceptible —aunque no necesitado— de inscripción registral, que actúa como una carga o gravamen sobre la finca que recae. Sometido a la ejecución hipotecaria derivada de una hipoteca de fecha anterior, el arrendamiento deberá extinguirse. Ello, tanto por el esfuerzo extintivo de la regla de subsistencia de las cargas

terioridad, lo que no ocurre en la oponibilidad frente a terceros del vínculo meramente obligacional. Dicho sea esto como línea de trazo grueso, sin matices, y con todas las reservas que imponen las dudas de la actual dogmática.

(15) Buen argumento en favor de la conveniencia de su inscripción es el art. 15 R. H., reformado por D. 17 marzo 1959, que somete a publicidad registral el derecho de retorno arrendaticio, si bien la nueva regulación no deja de plantear importantes problemas.

(16) Dejemos de lado la improbabilidad de este supuesto, derivada no sólo de la apariencia posesoria del arrendamiento, sino también de la norma contenida en el art. 155 L. A. U. que exige la previa notificación al arrendatario o la declaración, en su caso, de no estar arrendado para que pueda inscribirse la transmisión del piso.

(17) Como dice LÓPEZ JACOINIS, "por esa razón ha perdido importancia la distinción entre arrendamientos inscribibles y no inscribibles. La virulencia de los preceptos de la legislación especial es tan intensa que dota al arrendatario de unos medios defensivos tan fuertes o más que los derivados de la inscripción registral. Efectivamente esas defensas, por partir directamente de la ley, gozan de una eficacia "erga omnes" superior a la que el Registro puede proporcionar" (*El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario*, A. D. C., IX-IV, p. 1241).

anteriores, ya vista, como por el argumento de fondo de ser este dominio del hipotecante sujeto a la posible resolución derivada de la hipoteca, resolución que afectará a las desmembraciones posteriores de la finca y, por tanto, también al arrendamiento (18). Tal es la solución a que parece conducirnos el puro juego de las normas que regulan los efectos de la ejecución hipotecaria.

4. Frente a esto, el artículo 57 L. A. U. viene a afirmar categóricamente la necesidad de prórroga obligatoria, tanto para el arrendador como para un tercero que suceda a éste en todos sus derechos y obligaciones. Se consagra así la subsistencia del arrendamiento *ex lege*, incluso frente al tercer adquirente de la finca. Y es precisamente en el choque entre ambas normas: la hipotecaria, que predica la extinción de cargas posteriores, y la arrendaticia, que impone la subsistencia del arrendamiento, donde se plantea el problema de cuál debe prevalecer y cuál será, en definitiva, la suerte del arrendamiento en un caso como el que nos ocupa (19).

Uno de los propósitos del legislador, al disciplinar los arrendamientos, fué cabalmente el de dotar de estabilidad a la relación arrendaticia, mediante un sistema de prórrogas obligatorias para el arrendador que permitieran al arrendatario continuar en el goce de la vivienda o local ocupado. Ello motivado por el problema general de escasez de viviendas y para evitar al inquilino el desalojo por simple voluntad del arrendador (20). La prórroga forzosa y la renta legal, junto con la limitación de causas extintivas y la necesidad de sus normas, son alguno de los instrumentos más enérgicos en esta política de estabilidad del arrendatario. El artículo 57, a que ahora nos estamos refiriendo, refleja la consagración de esa preocupación de estabilidad en la actual ley.

El ámbito objetivo de aplicación de este precepto —párrafo primero del artículo 57—, supuesta la existencia de un contrato de arrendamiento sometido a la Ley especial, viene acotado por un triple condicionamiento: 1), la voluntad del arrendatario, ya que para él la aplicación de la prórroga es, naturalmente, potestativa; 2), ausencia de causa legal de excepción a la prórroga; 3), identidad de arrendador o sucesión en su posición jurídica.—En relación con este tercer requisito, la vigencia del arrendamiento legalmente prorrogado frente al primitivo arrendador no plantea

(18) Entre un propietario en la plenitud de su derecho y un propietario que lo ha hipotecado existe, en caso de transmisión del derecho, una diferencia fundamental: que la transmisión realizada por este último no puede tener nunca la misma densidad jurídica que la realizada por un propietario normal, porque entre un caso y otro se interpone el derecho de hipoteca, cuyos efectos no puede eliminar en absoluto el propietario hipotecante al realizar la transmisión (GINOY: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, A. D. C., VIII-IV, p. 1184).

(19) Aunque el arrendamiento de viviendas y el de local de negocio encuadran realidades sociales de diversa índole y la ley protege con distinta energía ambos tipos contractuales, sin embargo, a los efectos que aquí interesan, no vamos a considerar por separado ambos supuestos, toda vez que la eficacia de la norma del art. 57 los abarca a los dos, y el de la prórroga, a diferencia de otros beneficios legales, es también irrenunciable en los locales de negocio.

(20) Vid. Cesáreo RODRÍGUEZ AGUILERA y José PERE RAMÍY: *La prórroga forzosa de los A. U.*, "R. Gral. de D.º", julio-agosto 1961, p. 626 y sigs.

mayores problemas, fuera de los derivados de la propia prórroga: sí, en cambio, la consideración de los efectos de la subsistencia frente al causahabiente o sucesor del arrendador. En realidad, como ha señalado la doctrina (21), bajo la letra del artículo 57 se recogen dos cuestiones distintas: la prórroga del arrendamiento después del vencimiento del plazo y su subsistencia a pesar de la sucesión de un tercero en los derechos y obligaciones del arrendador. La prórroga se da frente al arrendador al terminar el plazo pactado; la subsistencia frente al tercer adquirente del local arrendado, sea cualquiera la fecha de su adquisición. La presunta resolución del contrato —en el Derecho civil común— jugaría en un caso por vencimiento del plazo y en otro por transmisión de la propiedad. Aquí interesa aludir ahora al segundo y más problemático de dichos supuestos: la sucesión de un tercero en los derechos y obligaciones del arrendador.

Partimos del concepto genérico y clásico de sucesión como cambio meramente subjetivo en una relación jurídica. El fenómeno viene caracterizado por una necesaria identidad objetiva de la relación simultánea con la variación del sujeto (22).

Por virtud de esta figura, una persona entra en el puesto que otra tenía en una relación jurídica, sin que ésta se extinga. Pero, como indica el profesor BERRI (23), al lado de este concepto amplio de sucesión podemos distinguir otro más estricto o técnico, que exige que la posición jurídica del sucesor esté ligada a la del predecesor por un nexo derivativo. O la sucesión se produce en todo caso de sustitución personal no extintiva o se subordina la apreciación del fenómeno sucesorio a la existencia de un vínculo inmediato y directo entre los dos titulares. Entendemos que el precepto comentado se refiere al primero de dichos conceptos, sucesión en sentido amplio, más bien que al segundo; y ello tanto porque la ley no distingue, y no parece lícito limitar su eficacia en materia tan imperativa, cuanto porque, como dice LACRUZ BERDEJO, «lo importante para que haya sucesión no es un acto de disposición del precedente titular (que no existe en la sucesión abintestato), ni menos el ejercicio del derecho mismo mediante transferencia voluntaria, sino la identidad del derecho sea cual sea la forma de derivación» (24). En este sentido podríamos decir que la idea de transmisión contempla el desplazamiento jurídico más bien desde su causa, desde el transmitente, mediante el ejercicio de las facultades dispositivas; mientras que la sucesión alude más bien a los efectos, al adquirente, con independencia de la titularidad anterior.

La distinción apuntada adquiere un nuevo relieve al poner en relación el supuesto del artículo 57 con la ejecución hipotecaria. Cuando el que sucede al arrendador es un comprador que adquiere la finca mediante una venta

(21) Ver CASTÁN Y CALVILLO: *Tratado Práctico...*, tomo II, p. 217-8.

(22) Damos por resuelto el problema de la posibilidad de que subsista una misma relación con distinto titular (novación modificativa por cambio de sujeto sin efectos extintivos). Frente a ésto ver, entre otros, CARNELETTI: *Teoría General del Derecho*, Edit. "Rev. D. Privado", Madrid, 1955, p. 240-2. Ver también la refutación de LACRUZ BERDEJO, en *Derecho de Sucesiones, Parte General*, librería Bosch, Barcelona, 1961, p. 8-9.

(23) *Teoría general del negocio jurídico*, Edit. "Rev. de D. Privado", Madrid, p. 29.

(24) *Derecho de Sucesiones*, citado, pág. 11.

voluntaria y privada, el juego de la subsistencia arrendaticia parece indudable. El problema surge cuando el adquirente del local lo es a través de la ejecución judicial. ¿Puede estimarse comprendido dentro del artículo 57 el supuesto de venta judicial o forzosa en que desemboca la ejecución de la hipoteca? He ahí el problema. Su solución dependerá, en definitiva, de la postura que se adopte al precisar la naturaleza de la venta judicial y de la sucesión arrendaticia.

Sobre la naturaleza del acto judicial de adjudicación con que termina el procedimiento de ejecución hipotecaria —nos estamos refiriendo ahora al procedimiento judicial sumario. Vid. art. 131, regla 17.^a— se han mantenido diversas teorías (25). Se trata para algunos, con apoyo en la letra de la propia L. E. C., de un negocio jurídico de tipo contractual, de una auténtica venta (FLÓREZ DE QUIJONES); para otros, del ejercicio de un derecho de prenda que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor (KOHNER, ROCCO); o de la expropiación de la facultad de disposición que normalmente corresponde al dueño de los bienes y que aquí es actuada en nombre del Poder público mediante la intervención del Juez (CHIOVENDA, CALAMANDREI); o de un acto estatal o transmisión forzosa, distinto de la venta por la falta del consentimiento del titular (SATTA, PUGLIATTI); o se quiere ver un acto realizado por el órgano ejecutivo en representación del deudor, a través de una amplísima concepción del fenómeno representativo (CARNELUTTI).

La diferencia última entre venta voluntaria y adjudicación judicial parece estar en la ausencia de consentimiento del propietario en el acto judicial. El dueño de la finca —deudor hipotecante primitivo o tercer poseedor que adquiere con la carga de la hipoteca— podrá estar de acuerdo con que la transmisión se realice; pero no es necesario que preste su consentimiento, toda vez que basta el acto judicial en que se aprueba el remate y la adjudicación. Ello para mayor eficacia de la garantía, en función de la cual vive la hipoteca. Esta ausencia de consentimiento se traduce causalmente en que el juez actúa movido por una pretensión o instancia procesal de ejecución; subjetivamente, en que no interviene el dueño sino el órgano judicial; y formalmente, en que la adjudicación se exterioriza no en un contrato privado, sino a través de un auto judicial.

Pero si la diferencia entre ambos actos es grande en su estructura, resulta menor en sus efectos. El adquirente, en la subasta judicial, se coloca en el lugar del anterior dueño, si bien queda la finca libre de la hipoteca ejecutante y de las cargas posteriores. Fuera de esta variación, en cuanto a la extinción de cargas posteriores y de algunos otros extremos derivados de la propia estructura del contrato, que aquí no se dan igualmente —vicios del consentimiento; plazos para el ejercicio del retracto; evicción y sancionamiento, etc.—, el adjudicatario sucede económicamente al propietario anterior en la titularidad y disfrute de la finca subastada. El acto adquisitivo tendrá su origen aquí en la acción del acreedor o la actua-

(25) Ver un resumen de estas teorías en GUASP: *La ejecución procesal en la L. H.*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 163-167 y en el trabajo de GONZ: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, loc. cit., p. 1213-1219.

ción del órgano público, no en el consentimiento del dueño actual; pero el rematante vendrá a asumir la titularidad de la finca hipotecada. En cuanto a su eficacia, la adjudicación judicial produce efectos parcialmente coincidentes con los de la venta contractual. Obsérvese, además, que si esta similitud parece posible en cuanto al procedimiento judicial sumario, lo será aún más en el procedimiento ejecutivo ordinario en que la enajenación se hace por escritura pública (art. 1.514 L. E. C.) a no ser que se haga al acreedor no licitador (art. 224 R. H.), y en el procedimiento extrajudicial (art. 234, 1.º y 235, 10.º R. H.).

Algún autor, subrayando la distinta naturaleza de la venta voluntaria y la forzosa y acogiendo, sobre todo, la noción de sucesión en su sentido más limitado, ha querido excluir la adjudicación judicial de la sucesión en la posición del arrendador que contempla el artículo 57 (26). Para admitir la sucesión jurídica se exige, además de identidad objetiva y novación subjetiva, un nexo que ligue a los dos sujetos. Como en la venta forzosa ni se da una absoluta identidad objetiva en la titularidad del adjudicatario ni existe ese nexo vinculante entre ejecutado y adjudicatario, que aquí se sustituye por la intervención del juez, el rematante —se concluye— no es sucesor del arrendador, a efectos del artículo 57 L. A. U. Tal argumentación no parece convincente: a), porque se estima que no es necesario ese vínculo o nexo entre sucesor y sucedido, sino que basta la mera subsistencia de la relación con otro titular, de acuerdo con lo dicho más arriba y la opinión de LACRUZ BERDEJO; b), porque si bien el adjudicatario no se subroga en la total posición jurídica del ejecutado, dado que la ejecución precipita la extinción de las cargas posteriores, sin embargo, sucede al ejecutado en la titularidad jurídica y económica del dominio de la finca; c), porque la L. A. U. impone la subsistencia aunque se suceda al arrendador en todos sus derechos y obligaciones, expresión expansiva, no limitativa. Parece lógico pensar que si la sucesión se produce no en todos los derechos y obligaciones del arrendador, sino al menos en uno solo de esos derechos, cual es el de dominio —sucesión en la relación jurídica dominical—, con doble motivo habrá de jugar la solución legal; d), porque la L. A. U. —de no muy precisa técnica terminológica—, al recoger en su artículo 57 la idea de sucesión, probablemente no lo hizo matizándola en su más estricto sentido jurídico, sino en el más habitual y popular de que venga un tercero a colocarse en el lugar del arrendador; e), en fin, porque la solución contraria podría representar un fraude al precepto del artículo 57, que parece imponer imperativamente, en beneficio del arrendatario, la subsistencia del arrendamiento en todo caso, aunque cambie la persona del arrendador, a no ser que puedan esgrimirse una de las excepciones legales a la prórroga.

Estimamos, por tanto, que la adjudicación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 57 L. A. U. A favor de la extinción del arrendamiento nullita la norma general hipotecaria de subsistencia de cargas preferentes y el argumento jurí-

(26) V. GINER: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, página 1217-18.

lítico, de no pequeño valor, de los límites intrínsecos de toda sucesión traslativa; no se puede disponer de más de lo que se tiene; el deudor hipotecante no puede desvirtuar por un acto posterior la eficacia de la garantía; el dominio del arrendador está sometido a la condición resolutoria del impago de la deuda, que arrastrará en su caso la resolución del arrendamiento posterior. Todavía podría encontrar la tesis extintiva un cierto apoyo legal en el párrafo segundo de dicho artículo 57 que, en su actual redacción, permite la extinción del arrendamiento concertado por el usufructuario a la extinción del usufructo, si bien sólo cuando las condiciones del contrato fueran notoriamente gravosas para la propiedad (27). Pero la distinta posición jurídica del usufructuario y del hipotecante hace inaplicable cualquier intento de analogía: el primero es titular de un derecho de disfrute sometido a plazo extintivo, normalmente la duración de la vida del usufructuario; el segundo, propietario resoluble, cuyo dominio viene inciertamente condicionado por el incumplimiento posterior; titularidad temporalmente limitada y situación jurídica de pendeencia, respectivamente, con diversa estructura y efectos. También podría invocarse como argumento en este sentido el actual texto del párrafo 2.º del artículo 213 R. H., en caso de arrendamiento fraudulento o con renta inferior a la debida. Pero, como enseguida veremos, tal norma sólo puede jugar como remedio subsidiario, pues ni autoriza la extinción del arrendamiento ni podría un precepto reglamentario ir en contra de lo establecido por una ley.

Por el contrario, no olvidemos que impone la solución extintiva la recta interpretación del artículo 57. Interpretar, es, ante todo, determinar la norma aplicable al caso para después averiguar su contenido normativo; la búsqueda de la norma puede hacerse más allá de la ley, pero sin olvidar nunca la autoridad del texto legal (28). La función supletoria del derecho común frente a los derechos especiales (vid., art. 16 C. c.) sólo actúa en defecto de regulación concreta. Entendemos que no existe aquí laguna legal y que la transmisión derivada de la ejecución forzosa hipotecaria está incluida en la *ratio legis* del artículo 57 L. A. U. Y aún admitiendo que no fuera así, la remisión que el artículo 8 L. A. U. hace a la analogía legal, impondría en su caso igual solución, antes de entrar en juego la norma general de extinción.

La norma contenida en el tantas veces repetido artículo 57 se nos aparece así dotada de la mayor eficacia. La subsistencia arrendaticia actúa frente a todos y *ex lege*. Se trata de un beneficio legal e irrenunciable concedido al arrendatario; sólo podrá ser renunciado por el propio inquilino después de entrar en juego la prórroga o la sucesión traslativa (renuncia de derecho ya adquirido), no al celebrarse el arrendamiento (renuncia de ley imperativa). Se hace repercutir sobre el tercer adquirente un contrato de arrendamiento anterior en el que no ha tenido

(27) Con ello ha venido a darse expresa solución legal al viejo problema de la posible extinción del A. U. concertado con el usufructuario del local arrendado.

(28) Vid. F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I. E. P., Madrid, 1949; tomo I, págs. 459-60.

parte. La publicidad de la titularidad arrendaticia como instrumento de protección frente a terceros adquirentes, discurre por un triple cauce: la posesoria, derivada de la mera ocupación física del local arrendado; la registral cuando se acude a la inscripción tabular; y la legal, que se superpone a las otras dos, dotando de la máxima eficacia a la posición del inquilino. Solo a través de una de las causas legales de excepción a la prórroga o de resolución del contrato podrá éste declararse extinguido. Por eso decíamos antes, con ciertas reservas, que el arrendamiento urbano puede llegar a jugar como una limitación legal del dominio, aunque no lo sea en sentido estricto. Partiendo del criterio legal parece preferible esta solución que propugna la subsistencia del arrendamiento mientras no se demuestre que fue concertado con simulación, fraude o abuso del derecho, que la solución contraria. La presunción del derecho no debe estar en favor de la actividad ilícita y afirmar lo contrario equivaldría a gravar al arrendatario con la prueba de su perjuicio o de la actitud maliciosa del arrendador, en contra de la finalidad protectora de la ley. Tal parece ser la conclusión a que nos conduce la L. A. U. y que excepciona las normas generales de ejecución hipotecaria en beneficio del inquilino.

5. Pero si admitimos, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, que el arrendamiento de local de negocio —y, en general, el A. U. protegido— no se extingue por la enajenación judicial de la finca arrendada, ello plantea una no pequeña dificultad práctica. Como el arrendamiento subsistente entraña un gravamen de la finca de fuerte entidad jurídica y difícil extinción, tal carga puede traducirse en un menor valor en cambio del local, dado que el adquirente ni puede ocuparlo ni disponer de él libremente. A la hora de su venta, el precio de un piso arrendado será lógicamente menor que el de ese mismo local vacío. La subsistencia del arrendamiento puede implicar una inferior postura en la subasta o un retraimiento de licitadores. Si, como consecuencia de la disminución del precio ofrecido, llega a adjudicarse la finca en un valor inferior a la cuantía de la deuda garantizada, se producirá la paradoja de que, a pesar de la ejecución, el acreedor no llega a cobrar el total crédito garantizado. Y esto, no por deterioro fortuito, sino por una actuación voluntaria y formalmente jurídica del arrendador, en combinación con una especial coyuntura del mercado de capitales. La consecuencia es clara: la legislación arrendaticia ha venido a dejar sin efecto la tradicional eficacia de la garantía hipotecaria y puede repercutir sobre la vida toda del crédito territorial. Ciertamente que la posible injusticia existirá sólo cuando no se encuentren licitadores o cuando el valor de la finca arrendada disminuya tanto que no llegue a cubrir el importe de la deuda. La necesidad de agotar la tercera subasta para obtener la adjudicación por un tipo inferior al de reducción legal y la realidad práctica de que el acreedor sólo aceptará en garantía una finca cuyo valor exceda —y normalmente duplique— de la deuda, pueden servir de remedio inmediato a aquella devaluación. Ello dependerá, en definitiva, del mercado de los locales habitables, de su necesidad y de su rentabilidad. Los extraños sólo acudirán a la subasta cuando el precio del piso o local, aún

después de arrendado, les convenga. Pero, en todo caso, basta la posibilidad de que quiebre la garantía hipotecaria para que la inseguridad crediticia se produzca; y para que el problema de la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca se plantee con una virulencia económico-social insospechada. Ya no se trata de si debe continuar el arrendamiento después de la venta judicial derivada de una hipoteca anterior —problema que desde un punto de vista técnico-jurídico, y en relación con la legalidad vigente, se ha tratado de resolver más arriba—, sino de cómo evitar la injusticia resultante de que un acreedor hipotecario no pueda cobrar porque la finca que se le hipotecó en garantía de su derecho haya sido después arrendada. Si esto es así, solo con que tal riesgo se produzca, el crédito territorial y la importante función social que con él se obtiene, pueden venir abajo. Entonces o el acreedor —normalmente condicionante del contrato de préstamo— impone la prohibición absoluta de todo arrendamiento posterior, o la hipoteca puede llegar a ser sustituida por otras formas, más o menos indirectas, de garantía. Una vez más, el Derecho y la Economía se influyen recíprocamente, como que son distintos planos de proyección de una misma realidad humana: la vida social.

Pues bien, supuesta la posible injusticia que para el acreedor resulta de esa norma de subsistencia arrendaticia, se impone averiguar cuáles son los remedios o soluciones con que pueda ser evitada. Veamos alguno de estos remedios.

a) El pacto de no arrendar por el que se obliga el hipotecante frente al acreedor. ¿Es lícito este pacto? En principio, sí (art. 1.255 C. c.), toda vez que el contrato de arrendamiento es todavía voluntario en su origen —con la sola excepción contenida en la disposición transitoria 2.ª, apartado a) L. A. U.—, pero los efectos de tal prohibición convencional sólo se producen *inter partes*, no frente a terceros, por lo que su eficacia resulta bien limitada. Ni dicho pacto tendrá acceso al Registro (argumento art. 107-3.º L. H.) ni obligará al tercer adquirente. Aún estipulando que el arrendamiento posterior produce el vencimiento anticipado de la obligación asegurada, bastará con que el hipotecante venda la finca y el comprador luego la arriende, para incidir de nuevo en el peligro que se trata de evitar. El acreedor, para resultar garantizado, habrá de proponer al hipotecante que consienta no sólo que el contrato de arrendamiento produzca el vencimiento de la deuda —pacto que a pesar de su eficacia puramente civil *inter partes*, no hipotecaria o real, al determinar la extinción de la deuda provoca de rechazo la energía ejecutiva de la hipoteca— sino también que dicho vencimiento se considerará igualmente producido en caso de venta de la finca hipotecada. Y prescindiendo de la mayor o menor licitud de estas convenciones, realmente abusivas en beneficio del acreedor, la garantía discurriría aquí a través de un cauce tan indirecto que no parece aconsejable y eficaz, al menos en todos los casos.

b) Cuando el préstamo hipotecario se concierda sobre el solar para edificar una vivienda o local de negocio que va a ocupar el prestatario, la persona o entidad acreedora puede exigir al hipotecante el compro-

niso de no arrendar el nuevo edificio sin su consentimiento, con lo cual queda más salvaguardada la eficacia de la hipoteca (29). Pero, en definitiva, los efectos de tal pacto anejo al préstamo modal no exceden de la relación *inter partes*, siendo inoponible frente a terceros, por lo que nos encontramos en un caso semejante al anterior.

c) La necesidad de conservar intacto el valor de la finca hipotecada durante la primera fase de vinculación del valor en cambio anterior a su realización procesal, se ha traducido jurídicamente en la llamada tradicionalmente acción de devastación, que faculta al acreedor para solicitar medidas de aseguramiento ante el riesgo de ver disminuida su garantía. Tal acción se encuentra hoy regulada en los artículos 117 I. H. y 219 R. H. Ya el texto de la L. H. habla de un fundado temor de que la hipoteca sea insuficiente, en consideración al cual la posible subsistencia del arrendamiento posterior podría hacer aplicable el precepto. Pero ha sido el nuevo texto del párrafo 2.º del artículo 219 R. H., reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, el que ha venido a abordar más directamente el problema, al considerar al arrendamiento como causa del deterioro cuando se haga «en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor». Para que entre en juego la acción de devastación es preciso un deterioro o disminución del valor de la finca; tal deterioro puede ser de carácter físico o jurídico (30). Pues bien, el nuevo texto reglamentario muestra por vez primera el criterio legal de que pueda estimarse al arrendamiento como incompatible con la seguridad de la hipoteca anterior. Y no sólo esto, sino que se presume *ius tatum* tal propósito devaluador cuando la capitalización de la renta pactada al seis por ciento no cubra el importe de la responsabilidad asegurada. Se reconoce así expresamente dos nuevas causas de aplicación de la acción de devastación: el arriendo con intención de disminuir el valor o el simplemente concertado con renta inferior a la normal. Animo fraudulento en un caso, y presunción legal de fraude en otro; pero ambos con iguales efectos. Cuando esto ocurra, el juez puede no sólo ordenar la ampliación de hipoteca a otros bienes del deudor, sino incluso declarar vencido el crédito. Como apuntábamos antes, la ampliación del ámbito objetivo de la acción de devastación no parece argumento legal suficiente para fundamentar la extinción del arrendamiento (31). Por otra parte, se exige o arrendamiento fraudulento o presunción de tal a través de renta mínima. El mero hecho de arrendar la finca hipotecada —que, como vimos, puede poner en peligro la hipoteca— no parece bastante por sí solo para justificar este remedio, pero en todo caso puede resultar un enérgico correctivo del perjuicio derivado de la subsistencia arrendaticia, ya sea

(29) Véase el planteamiento de este supuesto en el Dictamen de MORO LEDESMA, ya citado, pág. 1345.

(30) En contra Roca, loc. cit., tomo IV, p. 736; que, con criterio restrictivo, sólo admite el deterioro resultante de una acción física o corpórea.

(31) Porque ni el precepto reglamentario, por su jerarquía, puede ir contra la norma legal de subsistencia, ni lo establece expresamente el nuevo texto del art. 219, ni puede considerarse incluida en «cualquier otra medida que estime procedente» el juez.

a través del vencimiento anticipado de la obligación y consiguiente ejecución procesal, ya, en fin, si dicha enajenación judicial resulta perjudicada por la inamovilidad del arrendatario, mediante la ampliación de hipoteca, aparte de la presión moral que sobre el dueño de la finca hipotecada pueden ejercer estos recursos. La trascendencia de la nueva realidad social ha sido recogida en la reforma del Reglamento, aunque sea simultáneamente.

d) ¿Cabe estimar abuso del derecho en la conducta del hipotecante que arrienda luego la finca? Porque si se estima así, la calificación de tal conducta como abusiva podría servir de cauce eficaz para impugnar el arrendamiento.

De los tres requisitos que la jurisprudencia exige para admitir la existencia de abuso de derecho (32): uso de un derecho objetiva o externamente legal; daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; inmoralidad o antisocialidad del daño, vamos a considerar solo los dos últimos, toda vez que, en principio, el dueño de la finca hipotecada puede cederla en arrendamiento libremente en ejercicio de su derecho de dominio. Que el arrendamiento concertado por el hipotecante produce un daño —o puede producirlo— al interés del acreedor hipotecario de conservar indemne su garantía, es evidente. Aunque no se admitiera en los casos de daño potencial —lo cual es problemático porque el riesgo derivado de ese daño ya es de por sí un perjuicio—, al menos cuando tal daño fuera real y el acreedor no llegara a cobrar todo, podría pedir la nulidad del arrendamiento abusivo. Más todavía, ¿cabe pensar que el interés del acreedor perjudicado no se halla protegido expresamente? Estimamos que sí. El acreedor obtiene su defensa a través de las normas de la L. H. ya vistas, pero frente a ellas o por encima de ellas, el precepto especial de la L. A. U. le impone la continuidad arrendaticia. Frente al arrendatario protegido, el titular de la hipoteca no tiene más protección que la derivada de la acción de devastación en la forma limitada ya aludida (33). Puede hablarse, por tanto, de una no protección o de falta de protección suficiente de la posición del acreedor hipotecario.

En cuanto al tercer requisito, la inmoralidad o antisocialidad del daño puede manifestarse en forma subjetiva (intención de perjudicar) u objetivo (exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). En el caso que nos ocupa, la actuación determinante del perjuicio puede ser de dos clases: o bien se arrienda con ánimo de defraudar al acreedor cuando ejecute su hipoteca o el arriendo se hace sin tener en cuenta estas previsiones, simplemente para asegurarse la percepción de la renta convenida. Fraude

(32) Cf. S. T. S. 14 febrero 1944, 24 febrero y 22 septiembre 1959. Vid. también el trabajo de FAJEN MARTÍNEZ: *El abuso del derecho*, "Rev. de D. Not.", enero-marzo, 1960, núm. 27. págs. 245 y siguientes.

(33) Dejemos de lado el problema de si en una valoración legal de ambos intereses, debe prevalecer el del arrendatario urbano sobre el del acreedor garantizado, o viceversa, problema de política jurídica al que se apunta más abajo. Lo que ahora interesa simplemente es la posición del titular hipotecario frente al arrendatario posterior y su posible indefensión.

intencional o mero perjuicio objetivo. La matización del motivo —dentro del reducido ámbito en que los motivos pueden ser valorados por el Derecho y de la dificultad de su prueba— tiene importancia para hacer aplicable o no la acción de devastación, y la tiene también en relación con el abuso del derecho. En efecto, sólo el fraude intencional o subjetivo desata la energía del artículo 219 R. H. Pues bien, igual ocurre aquí. Sólo cuando se demuestre que el arrendador actuó con la intención de perjudicar al acreedor, podrá el arrendamiento ser impugnado como abusivo. En cambio, la posible valoración objetiva del perjuicio derivado tan solo del hecho del arrendamiento posterior, no parece suficiente para legitimar la invocación de abuso del derecho. A pesar del formal reconocimiento que de este principio limitativo se hace en el artículo 9 L. A. U. El dueño que arrienda simplemente sin ulterior propósito fraudulento no parece que ejercite su derecho en forma anormal, inmoral o antisocial, ni en contra de los fines para los que tal titularidad le fué concedida por el ordenamiento; el resultado podrá ser antisocial, si así se estima; pero, en principio, su actitud es lícita. La alegación de un daño puramente objetivo no es fácil de encajar en el abuso del derecho, al menos en un caso como el presente y dada la orientación de nuestro Tribunal Supremo. Pero si, en nuestro juicio, sólo el fraude intencional podrá servir de base al abuso del derecho, tal voluntad fraudulenta podrá apreciarse más fácilmente en los casos de renta inferior a la normal u otros indicios parecidos —confróntese la amplitud del supuesto de hecho del actual artículo 219-2.º R. H.—.

En fin, aún admitida la posible concurrencia de abuso del derecho, esta valoración sólo podrá oponerse al hipotecante-arrendador no al arrendatario, tercero contratante de buena fe que arrienda fiado en la aparente legitimación del arrendador y desconociendo el *animus fraudandi*. Ello nos reconduce al importante problema de la eficacia frente a terceros del abuso del derecho, en que ahora no podemos entrar (34). En todo caso, esta consideración restringirá no poco la eficacia del abuso del derecho como recurso defensivo del acreedor.

e) No es fácil descubrir en el arrendamiento estudiado la existencia de un contrato hecho en fraude a la ley y, por tanto, nulo. Ni la validez del arriendo supone aquí la violación de una ley (35) ni la L. A. U. en que se ampara el inquilino tiene otra finalidad que la de su protección (36). Sólo cuando el arrendamiento se celebre con la exclusiva finalidad de perjudicar al acreedor estaremos en camino de descubrir un posible fraude a la ley con sus consecuencias represivas. Vale aquí lo dicho antes, al tratar del abuso del derecho, en cuanto a la distinción entre fraude

(34) Cfr. S. T. S. 24 febrero 1959.

(35) La L. H. podrá quedar ineficaz frente a la norma imperativa de la L. A. U. —plano de la jerarquía de normas—, pero no resulta necesariamente violada porque el arrendamiento se celebre —plano de la eficacia "praeter legem"—.

(36) Vid. requisitos del fraude en F. DE CASTRO; Derecho civil citado, I, pág. 546-48. Como apunta el profesor De Castro, cuando el acto presuntamente fraudulento encuentra efectiva protección en la norma a que se acoge, no hay fraude sino choque o concurrencia de leyes, a resolver según su respectiva jerarquía, que es cabalmente lo que aquí ocurre.

intencional y perjuicio objetivo. Sólo el primero parece susceptible de impugnación.

f) Igualmente cuando se prueba que el contrato de arrendamiento constituye un negocio simulado, por carecer de realidad económico-jurídica y pretender sólo la disminución de la garantía, podrá atacarse mediante la acción de simulación. En definitiva, a través de distintos procedimientos, el ámbito de lo ilícito jurídico parece ser el mismo. El arrendamiento de local de negocio concertado por el propietario después de la hipoteca, simplemente y sin otro propósito fraudulento, no parece pueda quedar extinguido cuando la finca se adjudique al rematante en la subasta judicial, al menos dentro de las leyes actuales, dejando a salvo en todo caso las excepciones vistas.

* * *

La solución apuntada, nacida de la glosa de un precepto de la L. A. U. frente a la norma hipotecaria general, creemos que es la única defendible en base a la legalidad vigente. Pero no nos convence en su fundamentación última ni parece del todo justa. Imponer al acreedor hipotecario en todo caso la subsistencia del arrendamiento posterior, con la consiguiente devaluación del inmueble y reducción de la garantía, parece excesivo y particularmente perturbador para la vida del crédito territorial. Pero la L. A. U., mientras no se derogue, no puede ser desconocida en toda su eficacia; el respeto a su jerarquía normativa —norma de primer rango, aunque impregnada de *ius singulare*— no puede quedar a merced de una interpretación más o menos generosa. Tal parece ser el criterio legal de *lege lata*. Sin embargo, *de lege ferenda*, con vistas a un próximo retoque en la legislación arrendaticia, podría proponerse una modificación en el texto legal en el sentido de declarar extinguido el arrendamiento urbano posterior a la hipoteca cuando el acreedor fuera a la venta judicial, a no ser que el impago y la ejecución se hicieran en fraude del arrendatario. Tal reforma vendría apoyada, en el orden técnico-jurídico, por el mecanismo del fenómeno traslativo: los titulares de derechos posteriores derivados vienen condicionados por la existencia del derecho anterior. Y en el orden económico-social, por la necesidad de no privar al acreedor hipotecario de su garantía, en atención a cuya estabilidad es posible buena parte del movimiento crediticio actual.

Se dirá que el interés del arrendatario a ocupar su vivienda o local de trabajo debe prevalecer sobre el del acreedor a cobrar su crédito mediante la realización de la garantía. En definitiva, el problema de política jurídica está en valorar ambos intereses según criterios de justicia y en otorgarles la protección adecuada. Pero tal valoración no puede hacerse de un modo simplista. Si es importante dotar de estabilidad al inquilino y evitar la especulación de locales arrendados en momento de escasez de habitaciones, también lo es fomentar el crédito territorial, como uno de los medios más eficaces de promoción económico-social. No olvidemos tampoco en qué medida los préstamos hipotecarios han servido para la construcción de viviendas, y cómo el arrendamiento urbano pro-

tegido es un medio, pero sólo uno y no el más eficaz, para luchar contra la escasez de locales. Al lado del arrendamiento, están las medidas de acceso a la propiedad de las viviendas, préstamos a fondo perdido, bonificaciones para la construcción, exenciones tributarias, etc., medidas todas ellas que por incidir sobre el dominio mismo de la vivienda, resultan a largo plazo más eficaces.

En fin, si se estimara tan enérgica la necesidad de proteger al arrendatario, aun a costa de los intereses del deudor y del adjudicatario, con la quiebra consiguiente de la seguridad hipotecaria, podría pensarse en la conveniencia de crear una Institución oficial de crédito, en mayor o menor conexión con el Ministerio de la Vivienda, que enjugara a través de subvenciones o indemnizaciones a fondo perdido, y con criterio político, ese déficit de garantía.

Sin embargo, no creemos que haga falta llegar a tal extremo. La simple modificación de la L. A. U., con una norma expresa relativa a la hipoteca, como apareció en la última reforma para el arrendamiento concertado por el usufructuario, y en la medida en que tal modificación se estimara prudente, podría bastar para evitar la posible injusticia apuntada.