

**“La ejecución hipotecaria y
los arrendamientos para uso distinto del de vivienda”**

**Fernando Azofra
Sonja Malkki**
Abogados

El presente artículo tiene por objeto el análisis de los criterios de prelación aplicables en caso de colisión de los derechos del arrendatario de una finca destinada a uso distinto del de vivienda y del adjudicatario de dicha finca en virtud de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Antes de entrar en el estudio pormenorizado de los criterios que nos ofrece el ordenamiento jurídico, es importante señalar que el caso en cuestión exige la conjugación de distintos órdenes normativos¹, como son la legislación especial de arrendamientos urbanos (“LAU”), la Ley Hipotecaria (“LH”), la Ley de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) y el Código Civil (“CC”). Debe tenerse en cuenta, además, que en los casos objeto de examen intervienen, como mínimo, cuatro sujetos interesados: el deudor hipotecario-arrendador, el acreedor hipotecario ejecutante, el adjudicatario de la finca hipotecada y el arrendatario. En los casos de transmisión de la finca hipotecada con anterioridad a la ejecución, se añadirá a los anteriores un quinto sujeto, el adquirente no deudor o “tercer poseedor” (en la terminología de la LH).

El análisis de los criterios para resolver la colisión entre el arrendamiento como derecho personal (al menos, según la tesis tradicional) susceptible de inscripción, pero cuya inscripción no es constitutiva y la hipoteca como derecho real con inscripción constitutiva, pasa por determinar si el arrendamiento es anterior o posterior a la hipoteca y de si está o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Es ésta una cuestión actualmente debatida y, a nuestro modo de ver, aún no resuelta. Adelantemos nuestra conclusión de que los arrendamientos inscritos anteriores a la hipoteca son los únicos que deberían tener preferencia frente al adjudicatario; en el resto de casos (el arrendamiento anterior no inscrito y el posterior, inscrito o no), el adjudicatario de la finca ejecutada tendría derecho a resolver el arrendamiento.

¹ GIMENO SENDRA, V., “*Proceso Civil Práctico*”, Tomo VIII, La Ley, Madrid, 2002, p. 277.

1. Inexistencia de norma específica en la LAU

La LAU no contiene ninguna previsión específica respecto a la enajenación forzosa de una finca arrendada para uso distinto del de vivienda, pues su Título III carece de una norma análoga a la establecida en el artículo 13 para los arrendamientos de vivienda².

Existe gran consenso jurisprudencial en cuanto a que no cabe aplicar por analogía el artículo 13 de la LAU a los arrendamientos distintos del de vivienda, pues, atendiendo al sistema de fuentes establecido en el artículo 4.3 de la LAU, éstos quedan regulados en primer término por la voluntad de las partes. Asimismo, para los arrendamientos de uso distinto del de vivienda no se persigue la protección de una duración mínima del contrato (principio que inspira el artículo 13 y justifica la clara inversión del principio de prioridad registral que de él resulta)³. Tal como se refleja en la propia Exposición de Motivos de la LAU, las realidades económicas subyacentes en uno y otro tipo de contratos son distintas, mereciendo una especial protección los arrendamientos de vivienda. Además, cuando el legislador ha querido aplicar el régimen legal de los contratos de arrendamiento de vivienda para aquéllos de uso no residencial, lo ha

² El fin perseguido por el artículo 13 LAU es proteger al inquilino durante el plazo de duración mínimo de cinco años del contrato de arrendamiento establecido en el artículo 9 de la LAU. Así, el arrendamiento subsiste a la hipoteca durante los 5 años de duración legal del contrato de arrendamiento, esté o no inscrito el contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, incluso en el caso de que haya sido celebrado el mismo con posterioridad a la inscripción de la hipoteca. En caso de que la duración pactada del contrato de arrendamiento sea superior a cinco años, el derecho del arrendatario quedará resuelto como consecuencia de la ejecución hipotecaria transcurridos los cinco primeros años del mismo, incluso en el caso de que no esté inscrito y sea posterior a la inscripción de la hipoteca. Finalmente, el arrendamiento con duración superior a cinco años inscrito en el Registro de la Propiedad continuará por la duración pactada, prevaleciendo así en caso de ejecución hipotecaria sobre el derecho de los acreedores hipotecarios que hubiesen accedido con posterioridad al Registro de la Propiedad y los adjudicatarios (lo que no es más que un corolario evidente del principio de prioridad registral y de purga de los derechos posteriores que anima el artículo 236-1, apartado 3 del Reglamento Hipotecario o el 674, 2 LEC). Un sector doctrinal (por aplicación del art. 14 LAU que se refiere a la enajenación de la finca arrendada) defiende que el criterio no es el de la inscripción, sino el de la celebración con anterioridad a la constitución de hipoteca, prevaleciendo más allá de los cinco años, por el plazo pactado, los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la constitución de la hipoteca.

³ Ya en el Informe para una Nueva Política de Vivienda, elaborado en enero de 1992 por un comité de expertos del MOPT, se planteaba la necesidad de una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos en la que se materializara una separación normativa entre los arrendamientos de viviendas y de locales para usos no residenciales, “dejando que estos segundos se guíen exclusivamente por la ley de la oferta y de la demanda”.

indicado así de forma expresa⁴. Por otro lado, queda al margen de la voluntad negocial el establecimiento de un sistema de prelación de derechos oponible a terceros (y especialmente frente a titulares anteriores) distinto del previsto en la ley.

La falta de norma específica en la LAU que resuelva esta cuestión ha dado pie básicamente a dos interpretaciones doctrinales:

- (a) Un sector doctrinal mantiene que debe seguirse el régimen general de prelación establecido en la LH, la LEC y el CC, que nos lleva a que la enajenación forzosa de una finca arrendada para uso distinto del de vivienda debe regirse por el derecho común⁵, al igual que los contratos de arrendamiento no sometidos a leyes especiales. En consecuencia, sería de aplicación el artículo 1.571 CC (“*venta quita renta*”), por la remisión que al mismo se efectúa en el artículo 4.3 de la LAU, y por ser pacífica su aplicación a enajenaciones a título distinto del de venta⁶. Ello no sería más que la consecuencia lógica del principio de relatividad de los contratos (arts. 1.091 y 1.257 CC) y de la regla de la extinción del contrato de arrendamiento por pérdida de la cosa arrendada por parte del arrendador. En virtud de esta teoría, por la remisión que hace el 1.571 CC a la LH, los

⁴ SAP Madrid, de 1 de abril de 2000 (AC 2000/1764).

⁵ Así, ROCA-SASTRE, R. M^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., “*Derecho hipotecario; Hipotecas. Ejecución hipotecaria*”, Tomo IX, Bosch Casa Editorial, S.A., 8^a edición, Barcelona, p. 448; FÍNEZ, J.M., “*Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*” (F. Pantaleón Prieto), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995; PUENTE DE ALFARO, F. DE LA, “*El arrendamiento frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: artículos 13, 14 y 29 de la LAU*”; Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1996; pp. 218 y 219; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coord.), “*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, 3 vols., Barcelona: Iurgium Editores-Atelier, 2000, pp. 3046-3047; RIVERA FERNÁNDEZ, M., “*La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*” Dilex, S.L., Madrid, 2004, p. 513; en el marco de la LAU de 1964, LASARTE ALVAREZ, C., “*Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*” Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1992, pp. 28-29; REDONDO GARCÍA, F. “*La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*”, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2002, p. 114; POVEDA BERNAL, M.I., “*La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 456-457 (en relación con el art. 13 LAU).

⁶ Entre otros, LUCAS FERNANDEZ, F., “*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*”, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XX, Vol. 1º-B, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, pp. 1.350-1.351; RIVERA FERNÁNDEZ, M., en *op.cit.*, p. 506. Véanse también las SSTs de 5 de diciembre de 1924 y 17 de octubre de 1958 (R.3099).

arrendamientos serán preferentes atendiendo al principio de prioridad, es decir, según el rango de inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad. Los arrendamientos de fincas de uso no residencial no inscritos o los inscritos con posterioridad a la hipoteca carecen por tanto de preferencia frente al acreedor hipotecario y, a instancia de éste, se extinguirán a la fecha de la venta del bien en subasta, pues la transmisión de la finca provoca en este caso la extinción del derecho⁷.

- (b) Otra corriente doctrinal, por el contrario, entiende que la expresión “*enajenación*” empleada en el título del artículo 29 de la LAU engloba no sólo los casos de venta, sino también otros negocios de orden traslativo⁸, de forma que dicho artículo resultaría de aplicación incluso en los supuestos de venta forzosa de la finca. Así, el adjudicatario quedaría subrogado en la posición del arrendador (sin derecho, por tanto, a que termine el arrendamiento), incluso respecto de arrendamientos concertados tras la inscripción de la hipoteca, y aún los no inscritos, salvo que el adjudicatario tenga la condición de tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 de la LH⁹. Es discutible, desde luego, que pueda aplicarse extensivamente un artículo que entraña una clara excepción a la regla general de la relatividad de los contratos a las partes y sus herederos, a la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito (art. 1.549 CC) y, en definitiva, a la configuración del sistema registral en nuestro Derecho.

⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. y otros, en *op. cit.*

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*” Editorial Aranzadi, S.A., Segunda Edición, Pamplona, 1997, pp. 665 y 666; FUENTES LOJO, J.V., “*Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*” Tomo I, Jose María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996, p.177; LEÓN CASTRO, J. y COSSIO, M. DE, “*Arrendamientos Urbanos*”, Granada, 1995, p. 254; GULLÓN BALLESTEROS, A., “*Notas sobre el Arrendamiento para usos distintos del de vivienda en la nueva LAU de 1994*”, Revista SEPIN, 14 de enero de 1995, p.6; MARTÍN CONTRERAS, L., “*Ley de Arrendamientos Urbanos*”, Bosch, Barcelona, 2004, p. 317.

⁹ Entre otras, SAP Huesca de 22 de octubre de 1997 (AC 1997/2140), SAP de Asturias de 9 de abril de 2001 (AC 2001/1048), SAP de Alicante de 22 de mayo de 2003 (JUR 2003/223128), SAP de Málaga de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003\191787), SAP de León de 31 de diciembre de 2003 (JUR 2004/52386) y, menos contundentemente, la STS de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/6128).

Algunos defensores de la aplicabilidad del artículo 29 de la LAU al supuesto estudiado, como GULLÓN BALLESTEROS¹⁰ opinan que *“ha sido un desacierto notable de la nueva LAU no atender a las situaciones que se crean por la posibilidad de que un propietario-arrendador celebre contratos de arrendamiento para que lo tengan que soportar sus acreedores si le ejecutan. Debió haberse diferenciado entre los arrendamientos inscritos en el Registro de la Propiedad antes o después de los derechos de éstos, y protegerse a los primeros en sus propios términos, extinguiéndose los segundos con la ejecución. [...] no se ha solucionado legislativamente el viejo tema de la suerte del arrendamiento constituido por el arrendador frente al adquirente en un procedimiento de ejecución sobre la finca arrendada, es más, lo puede haber agravado interpretando literalmente el artículo 29, pues si se inscribiese antes de la adquisición forzosa, habría que soportarlo el adquirente al no reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.”*

2. Consideraciones en torno a la buena fe del art. 34 LH

Incluso quienes defienden la aplicación del 29 LAU a la ejecución forzosa han de admitir que si el adjudicatario posterior gozara de la protección del artículo 34 LH, no le sería oponible el arrendamiento. Ahora bien, para que el adjudicatario goce de la protección del artículo 34 LH, se requiere adquisición a título oneroso, de persona que en el Registro figure con facultades para enajenar y buena fe¹¹. No ampara, por tanto, al que inscribe por primera vez en el Registro, al que adquiere a título gratuito o al que no llega a inscribir su derecho.

¹⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A., *op. cit.*

¹¹ Resulta criticable que la remisión en el 29 LAU se haya hecho al artículo 34 LH y no al 32 LH (ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *“Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos”* Editorial Aranzadi, S.A., Segunda Edición, Pamplona, 1997, pp. 666 y 667).

La jurisprudencia y la doctrina¹² más recientes parecen coincidir en que la buena fe del art. 34 LH debe presuponer un mínimo de diligencia por parte del adquirente para conocer la situación real de la finca con independencia de lo que figure en el Registro de la Propiedad. Como dice la SAP de Alicante de 22 de mayo de 2003 (JUR 2003/223128) *“pues tiene establecido la jurisprudencia con reiteración, la buena fe no implica sólo el desconocimiento de la inexactitud del Registro de la Propiedad, sino también la posibilidad de conocer esa discordancia”*.

En consecuencia, tratándose de un arrendamiento de local no inscrito (sea anterior o posterior a la hipoteca), y salvo que su existencia le conste al adjudicatario por medios extraregistrales, el adjudicatario podría desconocer el arrendamiento. Pese a la diferente dicción del artículo 1.571 CC (*“el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente...”*) y el 29 LAU (*“el adquirente... quedará subrogado... salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 Ley Hipotecaria”*), existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial de que tanto el inciso final del artículo 29 LAU, como el artículo 1.571 CC, no dan lugar a la resolución automática del arrendamiento, sino que es preciso que el adquirente decida resolverlo.¹³

Obsérvese que resultará prácticamente imposible que el adjudicatario de la subasta reúna los requisitos del artículo 34 LH, toda vez que en el curso de la ejecución, lo más probable será que se ponga de manifiesto a los licitadores la existencia del arrendamiento, en virtud de los artículos 661.1, 661.2 ó 675 de la LEC.

¹² MARTÍN CONTRERAS, L., *“Ley de Arrendamientos Urbanos”*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 320 y 321; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *“Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”*, dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XX, Vol. 1º-A, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, pp. 435-441; MARINA REIG, J.M., *“Enajenación Forzosa y ejercicio del derecho de adquisición preferente de los artículos 25 y 31 LAU”*, Revista SEPIN, Diciembre de 1996, p.4.

¹³ Véase la STS de 28 de julio 1993 (RJ 1993/6393).

Éste es el caso planteado en la SAP de Málaga de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003\191787): “[...] *El único requisito discutido de los que exige el artículo 34 de la LH. para gozar de la protección de la presunción de exactitud de integridad en la inscripción, es el de la buena fe, pero entendida en sentido hipotecario, o sea, que el adquirente desconozca la inexactitud del registro, pues si la conoce, decae la buena fe, y en este sentido acierta la sentencia de instancia cuando constata que por el proceso de ejecución hipotecaria conocía la existencia del arrendamiento [del local comercial], y que por ello, el adjudicatario, parte en dicho procedimiento, [...], no podrá desconocer los datos, que en él constan, desde el momento en que, en el auto de adjudicación, en el hecho quinto se dice que se hizo saber la subasta a los arrendatarios [...]*”. Así también la SAP de León de 31 de diciembre de 2003 (JUR 2004/52386): “*En el caso de autos los actores adquieren un local previamente inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del anterior titular y ejecutado, en virtud de un auto de adjudicación del artículo [1]31 de la LH, sin embargo no es posible tener por probada la concurrencia de la buena fe entendida como desconocimiento de la existencia del arrendamiento o al menos de la ocupación del local de Bar Cafetería por un tercero [...], y en todo caso la ocupación del local por terceros debió dar pie a los futuros adquirentes para indagar el título que ostentaban para ello, nada de lo cual consta que tuviese lugar, y por tanto no puede invocarse en el caso presente la condición de tercero del artículo 34 de la LH para dar por terminado el arriendo*”.

Recuérdese, por último, que la buena fe se presume (art. 34 LH), por lo que corresponde al arrendatario que pretende mantener la relación arrendaticia la carga de probar que el adquirente conocía la existencia del arrendamiento y la incorrección, por tanto, del registro.¹⁴

¹⁴ Véase la STS de 7 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7872).

3. Fundamentos de la inaplicabilidad d el artículo 29 de la LAU a la ejecución hipotecaria

A continuación, exponemos las razones por las que creemos inaplicable el artículo 29 de la LAU a la ejecución hipotecaria:

- 1) La línea argumental que defiende la aplicabilidad del 29 LAU a la ejecución forzosa no permite explicar la no poco sorprendente conclusión de que el arrendatario con título no inscrito posterior a la hipoteca merezca mejor protección que el usufructuario (también posterior a la hipoteca) con título inscrito (ya que la inscripción del derecho de este último se va a cancelar con base al artículo 674.2 de la LEC o 219.2º del Reglamento Hipotecario). O sea, un derecho personal (o al menos tradicionalmente considerado como tal) no inscrito merecería mejor protección que un derecho real inscrito, siendo ambos posteriores a la fecha de la hipoteca.

Cabe hacer mención aquí a la discusión sobre la naturaleza personal o real del derecho de arrendamiento. Según la tesis tradicional, el derecho de arrendamiento se concibe como un derecho personal, no oponible a tercero¹⁵. Sin embargo, varios autores¹⁶, así como la STS de 6 de mayo de 1955 (R. 1693), coinciden en que, por virtud de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la ley reconoce a los arrendamientos ciertos efectos de carácter real con relación al adquirente ulterior. Por otra parte, algunos autores¹⁷, como VALLET DE GOYTISOLO, defienden la condición de derecho real del arrendamiento, con eficacia *erga omnes* (tesis refutable

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “*Sistema de Derecho Civil; Vol. III; Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*”, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990, pp. 38-43. Véase también POVEDA BERNAL, M.I., en *op. cit.* pág. 440.

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, “*Derechos Reales, Vol. I: Posesión y Propiedad*”, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 9-10; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., en *op. cit.*; LUCAS FERNÁNDEZ, F., en *op. cit.*

¹⁷ ALIA NOMBELA, T., “*Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló, Vol IV*”, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 120.

entre otras razones, porque el derecho arrendaticio no se adquiere por usucapión ni tampoco le afecta el régimen de la prescripción extintiva de los derechos reales¹⁸). Coincidimos con DÍEZ-PICAZO¹⁹ en que, en vez de la clasificación tradicional de derechos entre personales o reales como compartimentos estancos, “*resulta más útil hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella*”. En este sentido, opinamos que el derecho de arrendamiento no inscrito en el Registro de la Propiedad no puede gozar en ningún caso de mayor oponibilidad frente a terceros que un derecho real inscrito.

- 2) Tan chocante como la anterior es la conclusión que resulta de dicha línea argumental de que el arrendamiento no inscrito merezca mejor trato que el arrendamiento inscrito, siendo ambos posteriores a la hipoteca, ya que éste último también ha de purgarse, junto con los derechos reales inscritos, por imperativo del artículo 674. 2 LEC (“*se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores*”).

Por este efecto de purga, creemos equivocada la aserción *obiter dicta* de la SAP de Madrid de 1 de abril de 2000 (AC 2000/1764) que parece apoyar el mantenimiento del arrendamiento inscrito, aún después de la purga, sobre la base de su consideración de derecho personal no incompatible con la mudanza real (“*aún inscrito el derecho de arrendamiento, si se considerara que el mismo tiene carácter personal habría que plantearse la posible oposición del mismo a terceros*”). Como ya se ha dicho, al margen del carácter personal o real del arrendamiento, inscrito en este caso, ha de tenerse en cuenta su poder de oposición frente a terceros, que, a nuestro juicio, debe ceder ante el imperativo del art. 674.2 LEC. La ya lejana STS de 22 de diciembre de 1945 (R. 1305), sobre un arrendamiento sujeto al CC, sancionaba la resolución *ex iure* del arrendamiento inscrito posterior a la

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, en *op. cit.*

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., en *op. cit.*

hipoteca como consecuencia de su ejecución (en aplicación de la derogada regla 17 del 131 LH²⁰).

- 3) Si cabe más paradójica resulta la conclusión de que merezca mayor protección el arrendatario de uso distinto de vivienda no inscrito (pero cuya existencia se ponga de relieve al adjudicatario) con contrato a diez años, que el arrendatario de vivienda no inscrito con idéntico plazo (pues, con base al artículo 13.1 LAU, el contrato de este último se resolverá si ya han transcurrido los cinco primeros años), cuando, justamente, según la propia Exposición de Motivos de la LAU, la intención del legislador era la contraria.

Resulta interesante advertir la sutil, pero trascendental diferencia, existente entre la redacción de los artículos 13 y 14 LAU respecto del arrendamiento de viviendas. El artículo 13 excepciona la resolución del arrendamiento por plazo superior a cinco años como consecuencia de la ejecución hipotecaria si el contrato de arrendamiento ha *“accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador”* (lo que, en caso de ejecución hipotecaria, equivale a decir con anterioridad a la inscripción de la hipoteca). A su vez, el artículo 14 sólo exime al adquirente de la vivienda arrendada por plazo superior a cinco años de la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendador por la totalidad de la duración pactada cuando *“concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”*. Así, mientras que con base en el 13 LAU, el adjudicatario puede desconocer el arrendamiento de vivienda no inscrito con duración superior a cinco años, transcurridos los cinco primeros años, aunque le conste extraregistralmente su existencia

²⁰ *“...verificado el remate o la adjudicación, se decreta de oficio, por imperio de la ley, la cancelación de las inscripciones o anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca en atención a que esta actúa a modo de condición resolutoria que se ha cumplido y determina de iure automáticamente la extinción de los derechos del deudor-dueño y de los que [de] el (sic) traigan causa, sin que pueda ofrecer duda que en el concepto de inscripciones posteriores y susceptibles de cancelación está comprendido el arrendamiento inscrito como limitación del dominio, similar en algún aspecto al derecho real propiamente dicho”*.

(pues se exige, para aplicar la excepción a la resolución, que haya accedido al Registro con anterioridad a la hipoteca), el adquirente de esa misma vivienda arrendada que fundamente su derecho en el 14 LAU sólo podrá desconocerlo si, no solamente no consta inscrito el arrendamiento en el Registro, sino si, además, concurren en él el resto de los requisitos exigidos en el artículo 34 LH (o sea, como se ha señalado más arriba, que sea un tercero de buena fe, que sea un adquirente a título oneroso y que haya inscrito su derecho). El legislador ha querido que el adquirente de vivienda arrendada que pretenda desconocer el arrendamiento existente se vea sujeto a mayores exigencias que el adjudicatario de vivienda arrendada que adquiere en el curso de una ejecución hipotecaria. Si se aplicara el artículo 29 LAU extensivamente a los supuestos de adquisición forzosa derivado de la ejecución hipotecaria, resultaría que se estarían imponiendo al adjudicatario de local de negocio arrendado a plazo superior a cinco años mayores exigencias para desconocer el derecho del arrendatario de uso distinto del de vivienda que los que se imponen, conforme al 13 LAU, al adjudicatario de vivienda arrendada a plazo mayor de cinco años. Ello significa, mirado ahora desde la óptica del arrendatario, que el arrendatario de uso distinto de vivienda goza de mayores excepciones para hacer mantener su derecho de arrendamiento, que el arrendatario de vivienda.

Esta sola reducción al absurdo bastaría, en nuestra opinión, para rechazar la aplicación del artículo 29 LAU a la ejecución hipotecaria.

Sea cual sea la dicción literal del artículo 29 de la LAU (que permitiría, es cierto, entenderlo aplicable a cualquier transmisión, no sólo la derivada de actos voluntarios inter vivos), este artículo, como cualquier otro precepto legal, no puede interpretarse en el vacío, sin tener en cuenta su contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado (parafraseando el art. 3 CC). Parece claro que el artículo 14 -el análogo al 29 en el ámbito del arrendamiento de vivienda- contempla un supuesto diferente del artículo 13, referido específicamente a la resolución del derecho del arrendador consecuencia, entre otros, de una

ejecución hipotecaria. Si la intención del legislador en la redacción del artículo 29 era hacerlo extensivo, además de a la enajenación, a los supuestos de resolución del derecho del arrendador “*como consecuencia del ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra*” (artículo 13 LAU), entonces, ¿no debería ese mismo legislador haberse ahorrado el artículo 13 LAU, confiando la regulación de estos supuestos a la aplicación “extensiva” del 14 LAU?

- 4) El análisis de los criterios de prelación aplicables a la enajenación forzosa de la finca con arrendamiento no residencial exige la conjugación de distintos órdenes normativos, como son la LAU, la LH, la LEC y el CC, por la confluencia de un interés al menos cuatripartito, del adjudicatario y del acreedor hipotecario, por un lado (que querrán que el primero goce del derecho a resolver el arrendamiento) y del deudor-arrendador y el arrendatario, de otro (que aspirarán, en principio, a lo contrario). En este sentido, el derecho de arrendamiento no puede gozar de mayor protección que los derechos reales (como la hipoteca), ni perjudicar el valor de la finca dada en garantía al acreedor hipotecario. El acreedor hipotecario que otorga un crédito, sobre la base del otorgamiento en su favor de una hipoteca sobre una finca libre de arrendamientos, tiene el legítimo interés a que el valor de la cosa hipotecada no se vea perjudicado por la concertación posterior de un arrendamiento en condiciones perjudiciales (con una renta inferior a la de mercado o por plazo superior al aplicable en el mercado, por ejemplo) y, para ello, tórnase ineludible que el adjudicatario (que puede ser el propio acreedor hipotecario) pueda resolver un arrendamiento concertado en condiciones perjudiciales. En otro caso, por acto del deudor-hipotecante (concertación del arrendamiento) puede quedar comprometido el valor de la cosa gravada y, con ello, la expectativa de satisfacción del crédito del acreedor hipotecario a través de la ejecución de la hipoteca, supuesto éste que parece claramente reñido con la naturaleza de derecho real de garantía que se predica de la hipoteca.

4. La posición de la jurisprudencia

- 1) La anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, el Texto Refundido de 1964, contenía una normativa más tuitiva para el arrendatario de locales de negocio que la LAU vigente, estableciendo en su artículo 57 la prórroga forzosa del contrato para el arrendador, “*aún cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones*”. No obstante, no se estableció un criterio jurisprudencial unánime acerca de si la ejecución hipotecaria extinguía o no el arrendamiento constituido con posterioridad a la hipoteca. Como razonamiento para la extinción del mismo, la STS de 23 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9814) señala que “*al cancelarse en el auto de adjudicación con eficacia “erga omnes” todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, no debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal como es el que concierne al contrato de arrendamiento...*”. Esta posición jurisprudencial favorable a la resolución del arrendamiento²¹, por aplicación de la legislación hipotecaria (art. 131 LH, reglas 8ª y 17ª LH), no sólo referida a arrendamientos inscritos posteriores, sino también a los no inscritos se hizo extensiva, sin cualquier género de dudas, a los contratos de arrendamiento sometidos al Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril de 1985 (que como se recordará, admitía la exclusión contractual de la prórroga forzosa)²².

En cambio, la STS de 6 de mayo de 1991 (R. 3566) que defiende la permanencia del arrendamiento,²³ se basa en que “*la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario [...] [no debe] afectar a derechos personales que no hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad...*”. O sea, que ante la imposibilidad de inscripción del

²¹ SSTS de 5 de febrero de 1945 (R. 502), 22 de diciembre de 1945 (R. 1305), 22 de mayo de 1963 (R. 3587), 31 de octubre de 1986 (R. 6022) y 17 de noviembre de 1989 (R. 7890).

²² RDGRN de 19 de noviembre de 1987 (R. 8737).

²³ Véanse también las SSTS de 19 de febrero de 1968 (R. 1153), 9 de junio de 1990 (R. 4749), 23 de febrero de 1991 (R. 1591), 6 y 23 de junio de 1992 (R. 3566 y 5165).

arrendamiento conforme a la normativa vigente con anterioridad a modificación del artículo 6 de la LH introducida por la Disposición Adicional 2ª de la LAU de 1994, el Tribunal Supremo justifica la ineficacia real de la transmisión resultante de la ejecución hipotecaria. La argumentación es, en sí misma, rechazable, porque tampoco tendría acceso al Registro una compraventa formalizada en póliza intervenida por Notario o contrato privado y, no por ello podemos decir que el título y derecho del adquirente haya de mantenerse, o merezca cualquier protección, en caso de ejecución de la hipoteca. En todo caso, eliminada la imposibilidad de acceso de los arrendamientos al Registro de la Propiedad a través de la modificación de la LH, tal argumentación ha quedado aún más huérfana de amparo.

Y es que, bajo la vigencia de la LAU 1964, aún podía existir cierta base jurídica para aplicar su artículo 57 a los supuestos de ejecución hipotecaria con preferencia a la legislación hipotecaria (como ley especial o como ley posterior). Pero esa base se ha desvanecido por completo con la desaparición de la prórroga forzosa y del artículo 57 en la LAU 1994. Los argumentos de ley especial o de ley posterior no son aplicables al artículo 29 respecto de la ejecución hipotecaria, porque dicho artículo no contempla tal supuesto (la ausencia de paralelismo entre el 29 y el 13 es harto ilustrativa).²⁴

²⁴ Según la originaria jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 16 de enero de 1992 (RTC 1992\6) y de 24 de enero de 1995 (RTC 1995\21), era prácticamente imposible proceder al lanzamiento del arrendatario en procedimiento especial del artículo 131 de la LH. No obstante dicha doctrina fue restringida por el propio Tribunal (ATC 309/1994 (RTC 1994/309 AUTO); SSTC 69/1995 (RTC 1995/69); SSTC de 2 de octubre de 1997 (RTC 1997/158); de 27 de octubre de 1997 (RTC 1997/174), 4 de diciembre de 1997 (RTC 1997/223), 15 de diciembre de 1997 (RTC 1997/227), 24 de febrero de 1998 (RTC 1998/42) y 8 de febrero de 1999 (RTC 1999/6)), declarando que, en la medida en que aquella primera doctrina había nacido para garantizar el derecho de defensa de aquéllos que “*prima facie*” ostentan un legítimo y aparente título que les legitima para poseer la finca que es objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la misma no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución hipotecaria, excluyéndose por ello su aplicación en los supuestos en que se alegara un título que hubiera sido calificado por los *propios órganos judiciales* como fraudulento o *extinguido por la ejecución*. De esta manera, el TC deja vía libre para un cambio de criterio sobre la materia por la jurisdicción ordinaria.

- 2) En la STS de 9 de mayo de 1996 (R.J 1996/3784), posterior a la nueva LAU, se trataba de determinar si unos contratos de arrendamiento de vivienda pactados con posterioridad a la hipoteca continuaban vigentes tras el auto de adjudicación de la finca o si, por el contrario, resultaba de aplicación la regla 17 del artículo 131 de la LH (en su redacción anterior) “ordenándose la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca”. En esta sentencia, el TS se adhiere a la jurisprudencia anterior favorable a la pervivencia del arrendamiento²⁵. Estimamos que esta sentencia del TS no resulta concluyente para el caso de ejecución hipotecaria de una finca arrendada para uso no residencial, ya que se refiere a arrendamientos de vivienda, y, además, éstos se sujetan a la ley anterior, el TR de 1964, y de ahí que el Tribunal atribuya una mayor protección al arrendatario y defienda la subrogación en el contrato de arrendamiento de quien suceda al arrendador al amparo del artículo 57 de dicho texto normativo. Esta sentencia resume el criterio del Tribunal de que el mantenimiento del contrato de arrendamiento urbano solamente quiebra a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia; b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario; y c) cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada (para lo cual puede servir como pauta, salvo pacto en

²⁵ Según esta sentencia, “partiendo de un arrendamiento válidamente constituido, y de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: a) porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el art. 131 LH, afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso, b) Porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento, no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el art. 114 de la LAU, y c) Porque tratándose de arrendamientos con derecho a prórroga forzosa [...] se quebrantaría el contenido del art. 57 de la misma Ley, que impone obligatoriamente dicha prórroga para el arrendador.”

contrario, las disposiciones del artículo 219.2º del Reglamento Hipotecario). Esta sentencia, sin embargo, no es sensible al hecho de la radical distinción entre arrendamientos de vivienda y los de uso distinto del de vivienda que anima la legislación de arrendamientos urbanos vigente.

- 3) Las SSTS de 20 de abril de 1995 (RJ 1995/3485) y de 14 de junio de 1997 (RJ 1997/4658) recogen brevemente la jurisprudencia anterior del TS al respecto, las cuales consideramos igualmente no concluyentes para resolver la cuestión, por las mismas razones señaladas en relación con la STS de 9 de mayo de 1996.
- 4) En la STS de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/6128), la cuestión litigiosa se centra en determinar si, una vez resuelta una compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, el vendedor readquirente debe o no soportar el arrendamiento concertado por el comprador antes de que tuviera lugar la extinción de la relación contractual. En este caso, el TS determinó que el pacto locativo existía y no debía perjudicarse por la resolución del contrato de compraventa, al amparo del artículo 29 de la LAU. No obstante, consideramos que esta sentencia del TS tampoco resulta concluyente para el caso de ejecución hipotecaria de una finca arrendada para uso no residencial, dado que (i) se refiere a una enajenación voluntaria; (ii) ésta tuvo lugar asimismo bajo la vigencia del TR de 1964 y, de ahí que el tribunal de instancia atribuyera una mayor tuición al arrendatario al amparo del artículo 57; (iii) acoge asimismo el argumento del tribunal de instancia de que *“la inscripción de la cláusula resolutoria no debe perjudicar al arrendatario, por analogía de lo contenido en la doctrina jurisprudencial relativa a los arrendamientos pactados con posterioridad a la constitución de una hipoteca...”*, cuando hemos visto que la jurisprudencia existente no ha sido unánime al respecto.
- 5) Por contra, la SAP Madrid de 1 de abril de 2000 (AC 2000/1764), que analiza la eficacia de la ejecución hipotecaria sobre un arrendamiento de uso distinto de vivienda sujeto a la LAU, acaba declarando la inoponibilidad del arrendamiento al adjudicatario. No obstante, tampoco resulta concluyente en

contra de la aplicación extensiva del artículo 29 LAU a supuestos de ejecución hipotecaria, dado que, según la sentencia, el adjudicatario era un tercero de buena fe del artículo 34 LH y, por tanto, sería de aplicación, aún en el caso de aplicación extensiva del artículo 29 LAU a los supuestos de ejecución forzosa (que la AP cuestiona), la excepción del tercero del 34 LH prevista en el inciso final del 29 LAU.

5. Conclusión

Nos adherimos a la corriente doctrinal que defiende la inaplicabilidad del artículo 29 de la LAU a la ejecución hipotecaria, siendo éste únicamente aplicable a la transmisión voluntaria. Al no poder hacer extensivas las disposiciones del artículo 29 de la LAU a la ejecución hipotecaria de una finca arrendada para uso no residencial, al amparo del derecho común, supletoriamente aplicable conforme al artículo 4.3 de la LAU y, concretamente en virtud del artículo 1.571 del CC, no habría protección alguna para el arrendatario no inscrito ni para el arrendatario posterior con título inscrito frente al adjudicatario de la subasta.

Pensamos que todavía hay cabida para un cambio de criterio jurisprudencial que acoja esta interpretación y ponga fin al debate sobre esta cuestión, cuando tenga ocasión de pronunciarse sobre arrendamientos para uso distinto del de vivienda sujetos a la LAU de 1994.