



# La subsistencia o extinción del arrendamiento de vivienda después de la subasta: problemas nuevos o no resueltos tras la reforma de la LAU por el Real Decreto-Ley 7/2019

M.<sup>a</sup> José Achón Bruñén

*Doctora en Derecho Procesal*

## Extracto

En el presente artículo se analiza la problemática de los arrendatarios de viviendas que son subastadas por deudas del arrendador, su derecho a permanecer en el inmueble tras la subasta, los casos en que han de abandonarla y las cuestiones conflictivas que la interpretación del artículo 13 de la LAU suscita en la práctica.

**Palabras clave:** arrendamiento; subasta; hipoteca; embargo; derecho de uso; liquidación de cargas; retracto.

Fecha de entrada: 24-09-2019 / Fecha de aceptación: 31-10-2019

**Cómo citar:** Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> J. (2020). La subsistencia o extinción del arrendamiento de vivienda después de la subasta: problemas nuevos o no resueltos tras la reforma de la LAU por el Real Decreto-Ley 7/2019. *Revista CEFLegal*, 230, 5-38.



# The survival or termination of the housing lease following the auction: new or unresolved problems following the reform of the law by Royal Decree-Law 7/2019

M.<sup>a</sup> José Achón Bruñén

## Abstract

This article analyzes the problems of tenants of dwellings that are auctioned for debts of the lessor, their right to remain in the building after the auction, the cases in which they are to abandon it and the conflicting issues that the interpretation of article 13 of the Law of urban leases arouses in practice.

**Keywords:** lease; auction; mortgage; seizure; right of use; settlement of charges; legal withdrawal.

**Citation:** Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> J. (2020). La subsistencia o extinción del arrendamiento de vivienda después de la subasta: problemas nuevos o no resueltos tras la reforma de la LAU por el Real Decreto-Ley 7/2019. *Revista CEFLegal*, 230, 5-38.





## Sumario

### Introducción

1. Extinción o subsistencia del arrendamiento de vivienda tras la subasta: desigual tratamiento dependiendo de la fecha en que se firmó el contrato y de la normativa existente en ese momento
  - 1.1. Arrendamientos constituidos con anterioridad al 6 de junio de 2013
  - 1.2. Arrendamientos concertados con anterioridad al 6 de marzo de 2019, pero con posterioridad al 6 de junio de 2013
  - 1.3. Arrendamientos posteriores al 6 de marzo de 2019
2. Distinta regulación aplicable a garajes y a trasteros dependiendo de si se han arrendado como accesorios o no a la vivienda
3. Defectos de la nueva regulación
  - 3.1. Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no derivan de una hipoteca o de una sentencia de condena
  - 3.2. Facilidades para el fraude de ley
  - 3.3. Alteración de la regla general de purga de cargas posteriores a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo
  - 3.4. La nueva regulación fomenta que en las escrituras de hipoteca se establezcan cláusulas de no arrendar
  - 3.5. Mayor protección legal al arrendatario de vivienda que al titular de un derecho de uso adjudicado en un proceso matrimonial
  - 3.6. Silencio legal acerca de cómo descontar en la liquidación de cargas un arrendamiento que subsiste tras la subasta
4. Derecho de retracto a favor del arrendatario si el arrendamiento subsiste tras la subasta

### Referencias bibliográficas



## Introducción

El Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo ha reformado el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) y aunque la modificación de este precepto ha pasado en cierto modo desapercibida, reviste una importancia suma dado que, en caso de subasta de la vivienda arrendada, el arrendatario ha recuperado la protección que había perdido con la Ley 4/2013, de 4 de junio.

Con la regulación actual el rematante o adjudicatario deberá soportar el arrendamiento hasta que se cumpla el plazo de cinco años desde que se concertó o de siete años si se estipuló con un arrendador persona jurídica.

Este plazo resulta de obligado cumplimiento para el adquirente de la vivienda, no así para el arrendatario, el cual podrá optar por no renovar el arrendamiento, conforme al artículo 9.1, o incluso desistir del mismo transcurridos al menos seis meses desde que se firmó (art. 11 de la LAU). En ambos casos, lo deberá comunicar al nuevo arrendador con una antelación mínima de 30 días.

La nueva redacción del artículo 13 de la LAU no resulta aplicable a todas las subastas de viviendas celebradas desde su entrada en vigor (6 de marzo de 2019), pues aunque el arrendamiento se encuentre sometido a la LAU 29/1994, existen diversos regímenes que es preciso analizar.

### 1. Extinción o subsistencia del arrendamiento de vivienda tras la subasta: desigual tratamiento dependiendo de la fecha en que se firmó el contrato y de la normativa existente en ese momento

La extinción o subsistencia del arrendamiento tras la subasta de la vivienda se regula en el artículo 13 de la LAU, el cual ha tenido tres redacciones diferentes y actualmente se aplica una u otra dependiendo de la fecha en que se firmara el contrato.

#### 1.1. Arrendamientos constituidos con anterioridad al 6 de junio de 2013

Respecto de los arrendamientos constituidos con anterioridad al 6 de junio de 2013 sometidos a la LAU 29/1994<sup>1</sup> (fecha en que entró en vigor la reforma de dicho texto normativo

---

<sup>1</sup> En cuanto a los arrendamientos regulados por la LAU de 24 de diciembre de 1964 sometidos a prórroga forzosa, el TS consideró que debían subsistir tras la subasta, aun cuando el contrato hubiere sido esti-

por la Ley 4/2013, de 4 de junio), resulta aplicable el apartado segundo del párrafo primero del artículo 13 de la LAU, en su redacción originaria, del cual se infiere que *el contrato de alquiler cuyo plazo de duración haya superado cinco años deberá extinguirse a consecuencia de la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, a menos que conste inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo*, en cuyo caso subsistirá por la duración pactada<sup>2</sup>.

Actualmente ya no es posible aplicar el apartado primero del artículo 13 en su redacción original<sup>3</sup>, el cual protegía a los arrendatarios de viviendas durante los cinco primeros años porque no queda ningún arrendamiento constituido antes del 6 de junio de 2013 que no haya cumplido este plazo.

---

*pulado con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo, salvo que se probare su carácter fraudulento* (SSTS, Sala 1.ª, de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992, 9 de mayo de 1996 y 14 de junio de 1997). Los argumentos a favor de esta tesis han sido: por un lado, el artículo 57 de la LAU de 1964 (el cual establecía la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino, aun cuando un tercero sucediera al arrendador en sus derechos y obligaciones) y, por otro lado, el artículo 114 del mismo texto normativo (que preveía unas causas limitadas de extinción del arrendamiento, entre las que no se encontraba la enajenación forzosa del inmueble). Estos argumentos se pueden considerar harto discutibles, ya que la *ratio legis* del artículo 57 era evitar que el derecho de prórroga forzosa pudiera ser burlado por el arrendador mediante la transmisión de la finca a un tercero, por lo que, a nuestro juicio, difícilmente se podía dar esta conducta fraudulenta cuando el arrendamiento fuera posterior a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y, por tanto, su futura enajenación forzosa era un riesgo ya latente en el momento de concertarse el contrato. Asimismo, también quiebra el argumento que se sustentaba en que el artículo 114 enumeraba unos motivos tasados de resolución del contrato de arrendamiento, entre los que no se encontraba la enajenación forzosa del inmueble a consecuencia de un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador, porque tampoco se contemplaban en dicho precepto las causas generales de extinción de los contratos (nulidad, anulabilidad, rescisión) u otros motivos como son los supuestos de donación de finca urbana con prohibición de arrendar por tiempo determinado, cuya infracción por parte del arrendador da lugar a la ineficacia del contrato o el previsto en el artículo 7.2 de la LPH (véase sobre esta cuestión: García García [1991, p. 2.234], Sanz Heredero [1992, p. 711] y La Moneda Díaz [2000], pp. 1.857 a 1.886).

<sup>2</sup> Según el artículo 13.1.II en la redacción originaria de la LAU:

En contratos de duración determinada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendador por la duración pactada (precepto solamente aplicable a los arrendamientos sometidos a la LAU 29/1994 concertados antes del 6 de junio de 2013).

<sup>3</sup> Artículo 13.1.II en la redacción originaria de la LAU:

Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el 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, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1 (precepto actualmente inaplicable).

## 1.2. Arrendamientos concertados con anterioridad al 6 de marzo de 2019, pero con posterioridad al 6 de junio de 2013

Cuando el arrendamiento haya sido concertado con anterioridad al 6 de marzo de 2019 (fecha en que ha entrado en vigor el Real decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo), pero con posterioridad al 6 de junio de 2013 (fecha en que entró en vigor la reforma de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio), se deberá aplicar el régimen más duro para el arrendatario porque, en todo caso, *el contrato quedará extinguido, a menos que hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador* (es decir, en el caso que nos ocupa a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo). El rematante o adjudicatario de la finca ejecutada tendrá derecho a resolver el arrendamiento anterior no inscrito y el posterior, inscrito o no.

En los arrendamientos constituidos bajo este régimen (aplicable todavía a los arrendamientos concertados bajo su vigencia, según la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 7/2019) el adquirente del inmueble subastado deberá soportar el arrendamiento inscrito con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo «por la duración pactada». No obstante, cuando el plazo concertado fuere inferior a tres años, el arrendatario tendrá derecho a que no se extinga hasta que transcurra al menos este plazo, puesto que el artículo 10.2 de la LAU (en su redacción anterior al Real Decreto-Ley 7/2019) prevé que una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga hasta tres años establecido en el artículo 9 se impondrá en relación con terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH), de manera que si el plazo pactado de un arrendamiento inscrito en el Registro fuere inferior a 3 años, al menos deberá subsistir por este plazo o incluso por un año más si llegada la fecha de vencimiento el arrendador no comunicara al arrendatario su voluntad de no renovarlo con al menos 30 días de antelación.

En los arrendamientos constituidos bajo esta regulación tan solo resulta protegido el arrendatario tras la subasta si su derecho consta en el Registro con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo, lo cual resulta bastante inhabitual, pues no es normal inscribir los arrendamientos de vivienda en el Registro. De todos modos, resulta cuando menos sorprendente encontrar resoluciones como la SAP de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, n.º 322/2017, de 28 de septiembre, rec. núm. 137/2017, la cual declara que no debe extinguirse un contrato de arrendamiento de vivienda no inscrito en el Registro (constituido bajo la redacción del artículo 13 dada por la Ley 4/2013) por ser conocido por el adquirente en la subasta. Esta resolución argumenta su decisión en un criterio, a nuestro juicio harto discutible, dado que considera que tanto en la venta forzosa (art. 13.1 LAU) como en la venta voluntaria (art. 14 LAU), para que se extinga el arrendamiento de vivienda es preciso que el adquirente ostente buena fe, es decir, que desconozca en el momento de la compra la existencia del arrendamiento previo, pues si lo conoce y compró a conciencia de su existencia, no puede instar la resolución del mismo. Según esta resolución este conocimiento puede ser presunto y por disposición legal, en el supuesto de que el contrato haya accedido con anterioridad al Registro de la Propiedad (a partir de lo cual la ley presume *iuris et de*

*iure* que todos tienen o pueden tener conocimiento de ese hecho que publica el Registro), o puede ser un conocimiento directo por parte del adquirente, cualquiera que sea el medio por el que llegó a obtenerlo. En ambos casos, conocimiento presunto o directo, según esta resolución queda enervada la buena fe.

### 1.3. Arrendamientos posteriores al 6 de marzo de 2019

A estos arrendamientos se aplica la nueva redacción del artículo 13 de la LAU dada por el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, procediendo diferenciar dos situaciones:

- a) Contratos que no han alcanzado cinco años de duración o siete en caso de arrendador persona jurídica

Estos arrendamientos *subsistirán tras la subasta hasta que se cumplan cinco años, o siete años en caso de arrendador persona jurídica, desde que se concertaron o desde la puesta a disposición del inmueble si esta fue posterior*, sin perjuicio de la facultad de no renovación del arrendatario (apartado primero del art. 13.1 LAU), lo que deberá notificar al arrendador con al menos 30 días de antelación (art. 9.1).

*Una vez transcurridos los cinco o siete años antedichos, el adquirente de la vivienda en la subasta podrá poner fin a la situación arrendaticia, pero para ello deberá notificarlo al arrendatario con al menos cuatro meses de antelación*, debiendo ser cauteloso para no olvidar dicho requisito, porque en otro caso el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovación o que transcurridos los cinco o los siete años, notifique al arrendador, al menos con dos meses de antelación, su voluntad de no renovarlo (art. 10.1).

*Resulta problemático si en el caso de que el ejecutado (persona física) hubiera incluido en el contrato de arrendamiento de la vivienda la cláusula prevista en el artículo 9.3 de la LAU podrá hacer uso de la misma el rematante o adjudicatario*, lo que supondría que, una vez transcurrido el primer año de duración, podría extinguir el contrato cuando necesitara la vivienda para destinarla de forma permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial<sup>4</sup>.

A nuestro juicio, resulta obvio que si el adquirente de la vivienda es una persona jurídica, no podrá utilizar dicha prerrogativa que solo está reservada a personas físicas; no obstan-

<sup>4</sup> Para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la LAU no basta con que haya una medida provisional en un pleito matrimonial, sino que es necesario sentencia firme.

te, aunque el rematante o adjudicatario cumpliera esta condición, parte de la doctrina<sup>5</sup> entiende que tampoco podrá aprovecharse de dicha estipulación dada la naturaleza especial de la norma. De todos modos, esta opinión no es pacífica, pues también se defiende que el tercero que, como consecuencia de la resolución del derecho del arrendador, se subroga en la posición de este puede hacer valer a su favor la denegación de prórroga por necesidad a que se refiere el artículo 9.3 de la LAU<sup>6</sup>. A nuestro juicio, esta última tesis resulta más acorde con el concepto de subrogación, toda vez que el adquirente pasa a ocupar la misma posición del arrendador con todos sus derechos u obligaciones.

En el caso de que el arrendamiento subsista, el antiguo arrendador carecerá de legitimación para reclamar el pago de rentas una vez extinguido su derecho, pues en tal caso quien podrá percibir las rentas será el nuevo propietario y no quien ya dejó de serlo. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, en la Sentencia de 14 de julio de 2015, rec. núm. 885/2013, n.º de resolución 414/2015<sup>7</sup>; asimismo, la SAP de Valladolid, Sección 3.<sup>a</sup>, núm. 327/2018, de 16 de julio, rec. núm. 128/2018, declara que *el testimonio del decreto de adjudicación será el momento a partir del cual deja de tener derechos y obligaciones el anterior propietario, pasando a ser el nuevo titular el legitimado para reclamar la renta*. En similares términos se pronuncia la SAP de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, núm. 193/2017, de 30 de junio, rec. núm. 409/2016, y la SAP de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, núm. 383/2017, de 22 de noviembre, rec. núm. 687/2016.

*En el supuesto de que el contrato de arrendamiento se extinga, el rematante o adjudicatario también tendrá derecho a percibir las rentas hasta que se produzca la desocupación del inmueble*, y en este sentido se pronuncia la SAP de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, núm. 322/2017, de 28 de septiembre, rec. núm. 137/2017.

<sup>5</sup> Cfr. Díez Núñez (2008).

<sup>6</sup> Cfr. Marín López (2005, p. 321).

<sup>7</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 14 de julio de 2015, rec. núm. 885/2013, núm. de resolución 414/2015 (NCJ060226):

También resulta así de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1.095 del Código Civil cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». En este caso cabía entender, además, que la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación, pues a estos efectos se equipara a la escritura pública (artículo 1.462 del Código Civil), que aquí resulta innecesaria. En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre de 1991), *pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil*.

b) Contratos de duración pactada superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica

Cuando el contrato de duración se hubiera pactado por plazo superior a cinco años, o siete si el arrendador fuese persona jurídica, y ya hubieran transcurrido los antedichos plazos, el arrendamiento se extinguirá cuando el derecho del arrendatario quede resuelto a consecuencia de la enajenación forzosa de la vivienda, salvo que el arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, lo que en el caso que nos ocupa supone que conste inscrito antes que la hipoteca o la anotación preventiva de embargo (apartado segundo del art. 13.1 LAU).

A nuestro juicio, *no resulta adecuado que el artículo 13.1.II solo se refiriera a los contratos de duración pactada superior a cinco o siete años, pues también debería mencionar los que fueron pactados por un plazo inferior pero que a consecuencia de su prórroga superan esta duración*. De todos modos, donde existe la misma razón deben aplicarse los mismos principios, por lo que lo lógico es que opere idéntica solución<sup>8</sup>, máxime cuando no resulta habitual pactar desde un principio un contrato de alquiler de vivienda por plazo superior a cinco o siete años, sino que la experiencia nos enseña que si se alcanzan estos plazos, es por las posteriores prórrogas.

En estos casos, la extinción del arrendamiento, aunque afecte a un tercero, se puede acordar en el propio proceso de ejecución, previa celebración de una vista, a solicitud del ejecutante antes del anuncio de la subasta (art. 661.2 LEC) o del rematante o adjudicatario en el plazo de un año desde su adquisición (art. 675 LEC), decidiendo el juez por auto irrecorrible sin efecto de cosa juzgada<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Marín López (2005, pp. 292 y 293).

<sup>9</sup> *Las previsiones normativas contenidas en los artículos 661 y 675 de la LEC –que permiten resolver en el seno de la ejecución sobre el lanzamiento de los terceros ocupantes del inmueble subastado– obedecen a un llamamiento del TC a nuestro legislador procesal*. El TC tiene una dilatada doctrina en materia de terceros ocupantes de inmuebles subastados. A este respecto, resulta paradigmática la STC 6/1992, de 16 de enero, en que nuestro Alto Tribunal otorgó el amparo a una arrendataria desalojada de un inmueble subastado, imponiendo al rematante la carga de instar un juicio declarativo ordinario con objeto de conseguir el desalojo del ocupante, y ello con independencia de que el contrato de arrendamiento se hubiera concertado con posterioridad a la hipoteca. Ulteriormente, el citado tribunal perfiló su doctrina y en el Auto 309/1994, de 14 de noviembre, denegó el amparo en un supuesto en que el arrendamiento posterior a la hipoteca fue estimado fraudulento por su excesiva duración –15 años– y por el importe antieconómico del alquiler. De todos modos, poco tiempo después, en la STC 21/1995, de 24 de enero, reprodujo casi literalmente lo establecido en la Sentencia de 16 de enero de 1992. Afortunadamente, en la Sentencia 69/1995, de 9 de mayo, matizó su postura, afirmando que la doctrina de la STC 6/1992 de remitir en todo caso al rematante a un juicio declarativo para desalojar al tercer ocupante del inmueble no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución, por lo que denegó el amparo a una usufructuaria cuyo derecho estaba inscrito con posterioridad a la hipoteca. Por lo demás, el TC tampoco otorgó el amparo requerido en las SSTC 158/1997, de 2 de octubre, 174/1997, de 27 de octubre, 223/1997, de 4 de diciembre, 227/1997, de 15 de diciembre, y 42/1998, de 14 de febrero. No obstante, en estas sentencias *nuestro Alto Tribunal –sin duda insatisfecho de que se*

El hecho de que el nuevo adquirente en la enajenación forzosa conozca la existencia del contrato de arrendamiento con anterioridad a la adjudicación no impedirá la extinción del arrendamiento, que se producirá siempre que el contrato no conste inscrito en el Registro con anterioridad a los gravámenes que ocasionan la enajenación forzosa<sup>10</sup>. *Resulta indiferente a estos efectos que el arrendamiento sea anterior al embargo o a la hipoteca, ya que lo único que reviste relevancia es que figure inscrito con anterioridad*, en cuyo caso subsistirá por la duración pactada.

De todos modos, *no se podrá pactar una duración indefinida*, pues el propio Tribunal Supremo<sup>11</sup> viene reconociendo que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración ilimitada.

## 2. Distinta regulación aplicable a garajes y a trasteros dependiendo de si se han arrendado como accesorios o no a la vivienda

En el caso de que la finca arrendada sea un garaje o un trastero, no resulta de aplicación la LAU, toda vez que *el arrendamiento de plazas de garaje o de trasteros no está sometido a la LAU sino al Código Civil (CC), salvo en el caso de que sea accesorio del de la vivienda o local<sup>12</sup>*, en cuyo caso se aplicará el artículo 13.1 de la LAU en los términos antedichos.

---

*resolviera el problema del desalojo de los terceros ocupantes de los inmuebles subastados en un juicio declarativo– apuntó la posibilidad de que fuera en el propio proceso de ejecución donde los ocupantes pudieran exhibir su título posesorio con objeto de que el juez lo valorara a los solos efectos de su desalojo a consecuencia de la ejecución. Dicha sugerencia tuvo eco en nuestro legislador, consagrándose finalmente en los artículos 661 y 675 de la LEC.*

<sup>10</sup> SAP de Álava, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 61/2015, de 26 de febrero, rec. núm. 475/2014:

En este caso concurren todos los requisitos establecidos en el artículo citado para la resolución del contrato de arrendamiento, contrato pactado por un plazo superior a cinco años; inmueble enajenado forzosamente consecuencia de la ejecución hipotecaria; han transcurrido los cinco primeros años desde la firma; y contrato que no ha accedido al Registro de la Propiedad. *El hecho de que el nuevo adjudicatario conociese de la existencia del contrato de arrendamiento con anterioridad a la adjudicación no impide la aplicación del precepto y la resolución del contrato.*

<sup>11</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 de noviembre de 2010, rec. núm. 602/2007, núm. de resolución 730/2010 (NCJ053674):

La STS de 22 de junio de 2006 (RC n.º 1/2005), en un caso semejante, estableció que «esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2008) que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida».

<sup>12</sup> SAP de Valencia, Sección 11.<sup>a</sup>, núm. 53/2019, de 6 de febrero, rec. núm. 323/2018:

*El trastero se arrendó no como anejo o accesorio a una vivienda, o con finalidad propia a un local de negocio, que permitiera la aplicación de la LAU, sino como una finca independiente destinada*

Según el artículo 1.571 del CC «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

El pacto a que se refiere el artículo 1.571 del CC no es el que pudiere existir entre arrendador y arrendatario, sino el acordado entre vendedor y comprador, el cual podrá configurarse como una cesión de contrato o como una estipulación en favor de tercero, por lo que dicho pacto resulta impensable en la enajenación forzosa<sup>13</sup>.

Respecto de la remisión a lo dispuesto en la LH, procede traer a colación el artículo 134 de dicho texto normativo, del cual se deriva que se cancelarán las cargas posteriores a la hipoteca, por lo que *el arrendamiento solo subsistirá cuando conste en el Registro antes de la hipoteca; si no estuviera inscrito o lo estuviera con posterioridad, se extinguirá si el nuevo adquirente lo solicita*.

### 3. Defectos de la nueva regulación

Son varias las cuestiones que merecen ser objeto de crítica en el actual artículo 13.1 de la LAU, que deberían enmendarse en futuras reformas normativas:

#### 3.1. Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no derivan de una hipoteca o de una sentencia de condena

Resulta harto reprobable que el legislador haya reproducido en la nueva redacción del artículo 13 de la LAU la omisión de que adolecía el precepto en su redacción originaria, pues al establecer como un supuesto de resolución del derecho del arrendador la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, *olvida que un proceso de ejecución también puede tener su origen en otros títulos ejecutivos*.

---

a una finalidad de guarda y custodia de enseres o mobiliario de lo más variado, que no suele usarse habitual o cotidianamente y que nada tiene que ver con el fin tuitivo de la ley especial arrendaticia. Por eso, siendo inaplicable la LAU, y sí el CC, se impone, como bien decide la juzgadora de instancia, la desestimación de la demanda, *ya que no constando que se pactara en el contrato de arrendamiento de 15 de mayo de 2013 la posibilidad de un retracto voluntario, deviene inviable un retracto arrendaticio que no contempla el CC*.

En similares términos: resoluciones de la DGRN de 3 de marzo de 2004, 12 de febrero de 2016 y 15 de noviembre de 2016.

<sup>13</sup> Cfr. Gimeno-Bayón Cobos (1992, p. 623).

Además, la ejecución puede ser tanto dineraria (y perder la propiedad el ejecutado-arrendador a consecuencia del embargo y subasta) como no dineraria (si se le ha condenado a la entrega de un inmueble arrendado)<sup>14</sup>.

Con la actual regulación, existe una laguna legal respecto de las ejecuciones distintas a las hipotecarias o de sentencia judicial aunque, a nuestro juicio, donde existe la misma razón deben regir los mismos principios, ya que *no cobra razón pensar que el legislador pudiera haber querido dar un distinto tratamiento a esta cuestión cuando el proceso de ejecución tenga su origen en otros títulos ejecutivos* como los autos, los decretos, los laudos, los acuerdos de mediación, las pólizas de contratos mercantiles, los títulos nominativos o al portador u otros títulos a los que hace referencia el artículo 517 de la LEC o a los que una norma con carácter de ley otorgue dicha consideración.

El evento determinante de la resolución del derecho del arrendador no solo puede ser la enajenación forzosa de la finca, sino, en general, la privación del derecho de propiedad a consecuencia de un apremio<sup>15</sup>. En este sentido, la SAP de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, núm. 322/2017, de 28 de septiembre, rec. núm. 137/2017, aplica el artículo 13 de la LAU en las enajenaciones forzosas derivadas de ejecuciones administrativas, como las de la Agencia Tributaria. No obstante, en contra se pronuncia parte de la doctrina<sup>16</sup>, que entiende que en caso de apremios administrativos el precepto aplicable es el artículo 14 de la LAU.

A nuestro juicio, *resultaría contrario al espíritu de la LAU que, por el mero hecho de subastarse un inmueble arrendado en una ejecución que no tuviera su origen en una hipoteca ni en una sentencia judicial, se hubiera de excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.1, pues ello supondría una grave vulneración del principio de igualdad.*

A favor de esta tesis también se puede alegar el carácter discutido de *numerus clausus* de los supuestos de resolución del derecho del arrendador contemplados en el artículo 13.1 de la LAU (retracto convencional, apertura de una sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial y el ejercicio de un

<sup>14</sup> A estos efectos, el artículo 704.2 de la LEC, en sede de ejecución de sentencias de entregar inmuebles, contempla la posibilidad de que el inmueble se encuentre ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan su utilización, estableciendo que se notificará a dichos ocupantes la ejecución o la pendencia de esta para que, en el plazo de 10 días, presenten los títulos que justifiquen su situación, pudiendo pedir el ejecutante el lanzamiento de los mismos, lo que se sustanciará conforme a lo que establecen los apartados 3 y 4 del artículo 675 para los casos en que el inmueble es vendido en pública subasta y al rematante le interesa el desalojo de los ocupantes.

<sup>15</sup> Cfr. Lozano Romeral y Fuentes Bardají (1994, p. 169).

<sup>16</sup> Cfr. Gudín Rodríguez-Magariños (19 de julio de 2013): «A nuestro modo de ver, resulta claro que la realización en subasta pública, aunque sea a consecuencia del ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración en materia de recaudación ejecutiva, no dejan de referirse a una transmisión de bienes entre sujetos de derecho, encuadrándose perfectamente dentro del marco de las disposiciones contenidas en dicho artículo 14 para la enajenación o transmisión de bienes».

derecho de opción de compra). Por nuestra parte, suscribimos las opiniones doctrinales que consideran que dichos supuestos constituyen un *numerus apertus*<sup>17</sup>, es decir, una lista meramente ejemplificativa, ya que *el legislador ha olvidado bastantes causas de resolución del derecho del arrendador* (nulidad, anulación, rescisión contractual, incumplimiento de una condición resolutoria, anulación o rescisión de una partición hereditaria, rescisión de la división de la sociedad de gananciales, revocación de una donación o reducción por inoficiosa, enajenación del inmueble por apremios administrativos, etc.) y no existe ninguna razón para tratar estos casos de modo distinto a los que enumera el artículo 13.1 de la LAU.

### 3.2. Facilidades para el fraude de ley

A nuestro juicio, no resulta adecuado, por poder ocasionar fraude de ley, que sin distinguir si el arrendamiento de vivienda se ha concertado iniciado el proceso de ejecución o con anterioridad al mismo, subsista después de la subasta del inmueble hasta que se cumpla el plazo de cinco años, o siete en caso de arrendador persona jurídica, desde que se concertó o desde la puesta a disposición de la vivienda si fue posterior.

*Con la nueva regulación se corre un peligro que se intentó evitar con la reforma del artículo por la Ley 4/2013, cual es que el ejecutado concierte arrendamientos simulados con amigos o familiares, para evitar ser desalojado inmediatamente después de la subasta, consiguiendo por esta vía permanecer en el inmueble cinco años desde la firma del contrato o incluso siete años si el arrendador es persona jurídica.*

Resulta obvio que el *bonus fumus* de un arrendamiento no puede ser el mismo cuando se ha concertado antes del proceso de ejecución que después del mismo o incluso ya anunciada la subasta; no obstante, la LAU les otorga el mismo tratamiento e incluso resultan más beneficiados los contratos de arrendamiento que hayan sido estipulados en tiempo más reciente, pues el rematante se verá obligado a soportarlos durante un plazo mayor de tiempo. Así, puede resultar injusto que, a tenor de lo previsto en el artículo 13.1 de la LAU, un contrato de arrendamiento concertado por un ejecutado (persona física) un mes antes de la subasta deba respetarse durante 4 años y 11 meses, teniendo incluso el arrendatario un derecho de retracto frente al adquirente; mientras que, si ese mismo contrato se hubiera estipulado seis años antes del embargo, aun cuando el arrendatario no hubiera nunca incumplido sus obligaciones, deba extinguirse si no consta inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo.

En esta tesitura, procede preguntarse si no hubiera sido más adecuado dar a los arrendamientos de vivienda posteriores a la hipoteca o al embargo el mismo tratamiento que a

<sup>17</sup> Cfr. Marín López (2005, p. 294) y Guilarte Gutiérrez (2014, p. 318). En contra, y considerando que la enumeración que contiene el precepto es *numerus clausus*: Cfr. Vázquez Barros (2012, p. 121) y Martín Contreras (2019, p. 249).

los arrendamientos otorgados por un usufructuario o un superficiario, los cuales se extinguen al término del derecho del arrendador (art. 13. 2 LAU). Esta solución –que hace más de 60 años se propuso por la doctrina–<sup>18</sup> fue también objeto de una enmienda al Proyecto de LAU de 1992; sin embargo, nuestro legislador prefirió optar por proteger al arrendatario, siguiendo la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo en aquel momento<sup>19</sup>, la cual propugnaba el mantenimiento de los arrendamientos posteriores a la hipoteca sometidos a prórroga forzosa. El legislador reformó esta cuestión con la Ley 4/2013, pero nuevamente se ha vuelto a la redacción originaria con el Real Decreto-Ley 7/2019, mejorando incluso la situación del arrendatario que contrate con una persona jurídica.

Lo cierto es que *la subsistencia tras la subasta de los arrendamientos de vivienda concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo, e incluso con posterioridad a la iniciación del proceso de ejecución, puede fomentar el fraude, proliferando arrendamientos de bajas rentas concertados por el ejecutado en aras de defraudar las justas expectativas del ejecutante o de simular una situación posesoria que le permita no perder la posesión sobre el inmueble.*

De todos modos, y aunque bien es cierto que el artículo 13.1 predica «en todo caso» la subsistencia del arrendamiento, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años, o siete en caso de arrendador persona jurídica, a nuestro juicio el juez no puede verse compelido por la literalidad de la norma, ya que *es lógico pensar que el citado precepto solo protege al arrendatario de buena fe y contra las actuaciones de mala fe es posible reaccionar con los medios generales que proporciona nuestra legislación*<sup>20</sup>, de manera que en ningún caso podrá subsistir el arrendamiento si el contrato ha sido realizado en fraude de ley, en un intento de frustrar la ejecución con claro perjuicio para el acreedor<sup>21</sup>.

La doctrina<sup>22</sup>, al comentar el artículo 13 en su redacción originaria (muy similar a la actual), ya puso de manifiesto la necesidad de interpretar las normas bajo el prisma de la equidad, evitando interpretaciones que potencien el surgimiento de actuaciones fraudulentas (arts. 3.2, 6.4 y 7.2 CC y 11 LOPJ).

<sup>18</sup> Cfr. Moro Ledesma (1956, p. 1.346).

<sup>19</sup> SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 23 de febrero y de 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992, 9 de mayo de 1996 y 14 de junio de 1997.

<sup>20</sup> Cfr. Rojo Ajuria (1995, pp. 190-191).

<sup>21</sup> Para enervar la apariencia jurídica de un arrendamiento inexistente, el adquirente podrá ejercitar una *acción de simulación*, que, en opinión de la doctrina (Cfr. Guilarte Gutiérrez, 2014, p. 324) resultará más fácil que prospere que una *acción rescisoria en fraude de acreedores*, dado que si el que ha adquirido el bien en la enajenación forzosa no es el ejecutante, será difícil poder fundar esta acción de fraude de acreedores por quien no es un acreedor que no puede cobrar de otro modo lo que se le debe. No obstante, la podrá ejercitar el ejecutante que haya visto como el bien se ha devaluado en la subasta a consecuencia de un arrendamiento concertado por el ejecutado para evitar ser desposeído de la vivienda (art. 1291.3 CC).

<sup>22</sup> Cfr. Franco Arias (1992, pp. 963-964).

El propio Tribunal Supremo ha establecido que si el contrato de arrendamiento es simulado o se ha celebrado con dolo o fraude, se extingue<sup>23</sup>, y el Tribunal Constitucional también ha denegado el amparo a los arrendatarios cuando aprecia dichas circunstancias<sup>24</sup>, toda vez que en estos casos no se está cuestionando la prevalencia de la ejecución sobre el arrendamiento, sino elevando la cuestión a la teoría general sobre la eficacia y validez de los contratos<sup>25</sup>.

*El inconveniente en estos supuestos es probar estas conductas fraudulentas, aunque resulta útil tener en cuenta ciertos factores como la cuantía de la renta o la propia existencia de una renta real, así como la fecha del arrendamiento, pues aun siendo posterior a la hipoteca o al embargo, no es lo mismo que se estipule antes de su ejecución que una vez iniciado el apremio o incluso celebrada la subasta y pendiente todavía la posesión judicial<sup>26</sup>. En este sentido, en la SAP de Alicante, Sección 5.ª, núm. 194/2009, de 7 de mayo, rec. núm. 32/2009, se considera simulado un arrendamiento concertado poco tiempo antes de la subasta, con escasa renta comparada con el valor de la finca y sin pacto sobre posible aumento, resultando probada la falta de ocupación del inmueble a través de los consumos de agua, gas y electricidad y la residencia de la supuesta inquilina en otro domicilio<sup>27</sup>.*

### 3.3. Alteración de la regla general de purga de cargas posteriores a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo

*Resulta paradójico que la realización forzosa comporte la extinción de verdaderos derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y que, por el contrario, subsistan los contratos de arrendamiento posteriores, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años o siete si el arrendador es persona jurídica.*

La disposición adicional segunda de la LAU modificó el artículo 2.5 de la LH en aras de fomentar el acceso de los arrendamientos al Registro; no obstante, el artículo 13.1 con independencia de que consten o no en el mismo, les otorga la misma protección durante los

<sup>23</sup> En la STS, Sala 1.ª, de 9 de mayo de 1996 se declara que la doctrina defendida por dicho tribunal de la subsistencia del arrendamiento sometido a la LAU de 1964 concertado con posterioridad a la hipoteca quiebra:

a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (Sentencia de 17 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7890); b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando en el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario.

<sup>24</sup> ATC 309/1994, de 14 de noviembre.

<sup>25</sup> Cfr. Ayala Rodríguez (1992, p. 733).

<sup>26</sup> Cfr. Vela Torres (1992, p. 721) y Nuño de la Rosa Amores (1998, p. 264).

<sup>27</sup> En la SAP de Barcelona, Sección 13.ª, núm. 636/2018, de 31 de octubre, rec. núm. 199/2017, se declara la nulidad del contrato de arrendamiento por simulación absoluta al tratarse de un contrato sin causa, por faltar precio cierto, ya que el arrendador condona el pago de la renta al arrendatario.

cinco primeros años, o siete si el arrendador es persona jurídica, ya que subsisten tras la enajenación forzosa<sup>28</sup>.

Una de las consecuencias directas del procedimiento de ejecución hipotecaria, que resulta de lo establecido en los artículos 134 de la LH y 674 de la LEC, es la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. *Esta eficacia cancelatoria alcanza incluso a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas* (art. 131 de la LH).

La hipoteca es un derecho real, que garantiza al acreedor que, en caso de incumplimiento del deudor, la transmisión del bien gravado se producirá con el alcance y contenido que tuviere al tiempo de la constitución de la propia hipoteca, por lo que *mermar su eficacia conlleva desvalorizar su función de garantía, pues deja en manos del hipotecante la posibilidad de disminuir el valor del bien hipotecado gravándolo con arrendamientos exentos de purga*. Cuando se concierta un contrato de arrendamiento sobre una finca sobre la que consta un gravamen, las partes ya conocen que la titularidad está afectada por el mismo y que puede provocar la pérdida del dominio en caso de ejecución, por tanto, el arrendatario conoce y acepta la posibilidad del que el derecho del arrendador quede resuelto<sup>29</sup>.

La subsistencia de un arrendamiento concertado con posterioridad a un asiento registral que denuncia la inestabilidad del título –como puede ser una hipoteca o una anotación preventiva de embargo– puede implicar una alteración de los principios registrales de inoponibilidad de los derechos no inscritos, que se intenta justificar en la necesidad de proteger al arrendatario durante un plazo mínimo<sup>30</sup>, lo que ha merecido un juicio negativo por parte de la doctrina<sup>31</sup>, pues aunque haya quien defienda que la solución esgrimida por el artículo 13

<sup>28</sup> Cfr. López Hernández (2000, pp. 135, 136 y 161).

<sup>29</sup> En este sentido, en relación con arrendamientos de fincas rústicas: RDGRN de 24 de febrero de 2000 (BOE 23 de marzo):

No sería lógico que la ejecución hipotecaria comportara la extinción de verdaderos derechos reales de goce sobre la cosa, constituidos después de la hipoteca ejecutada, como el usufructo, la enfiteusis o la superficie (cfr. arts. 17 y 131.17 LH) y que, en cambio, debieran subsistir derechos a los que no corresponde tal carácter, y es que, en definitiva, aquel criterio de purga de las cargas posteriores no evidencia sino que el *ius distrahendi*, inherente a la hipoteca, determinará que la transmisión, en su caso, del bien o derecho gravado, se producirá con el alcance y contenido que este derecho tiene al tiempo de constitución de la hipoteca.

En similares términos: Resolución de 20 de junio de 2017 (BOE de 21 de julio de 2017).

<sup>30</sup> Cfr. Marín López (2005, p. 320) y Carballo Piñeiro (2001, p. 257).

<sup>31</sup> Cfr. Poveda Bernal (1999, pp. 940 y 948) y Fuentes Lojo (2001, p. 132).

supone un retroceso en la protección conferida al arrendatario por la jurisprudencia con la LAU de 1964<sup>32</sup> (que en su última etapa defendió la subsistencia del arrendamiento tras la subasta aunque no estuviera inscrito), *la concesión de una excesiva protección al arrendatario puede traer consigo que las subastas queden desiertas y que las entidades de crédito endurezcan las condiciones para otorgar un préstamo hipotecario<sup>33</sup> o que establezcan cláusulas de no arrendar en las escrituras de hipoteca.*

De todos modos, parte de la doctrina considera que tampoco se encuentra razón por la que la protección del arrendatario no pueda hacerse a costa de desplazar a un segundo plano los principios hipotecarios<sup>34</sup>.

### 3.4. La nueva regulación fomenta que en las escrituras de hipoteca se establezcan cláusulas de no arrendar

Procede preguntarse si se puede considerar abusiva la cláusula que figure en la escritura de hipoteca por la que se establezca el vencimiento anticipado en caso de que se arriende el inmueble hipotecado, dado que a nadie se oculta que el arrendamiento que haya de subsistir tras la enajenación forzosa puede disminuir la afluencia de postores a la subasta.

El artículo 219 del Reglamento Hipotecario (RH), en su apartado segundo, establece que:

El valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en la Resolución de fecha 22 de marzo de 2001 (reproduciendo la doctrina de la de 22 de julio de 1996), declaró inscribible el párrafo que se refería a la obligación de no arrendar el inmueble por renta inferior al 15 % del valor fijado para subasta con el pacto de vencimiento anticipado de la deuda garantizada en caso de incumplimiento de dicha obligación<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. Prats Albentosa (1994, p. 125).

<sup>33</sup> Cfr. Gómez de Liaño González (2000, p. 761).

<sup>34</sup> Cfr. Marín López (2005, p. 321).

<sup>35</sup> Asimismo, la RDGRN de 28 de enero de 1998 consideró que:

Resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al

La STS 792/2009, de 16 de diciembre (rec. núm. 2114/2005 [NCJ051159]) se pronuncio acerca de las cláusulas de no arrendar en las escrituras de hipoteca<sup>36</sup>, llegando a las siguientes conclusiones:

- a) En primer lugar, que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda que cumplan los requisitos del apartado primero del artículo 13 de la LAU (es decir, que no hayan superado cinco años de duración desde que se concertaron, lo que actualmente se puede extender a que no hayan alcanzado siete años si el arrendador es persona jurídica).
- b) En segundo lugar, que el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas.
- c) En tercer lugar, que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, por lo que *considera abusivas las cláusulas de no arrendar que no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13.1 LAU), entendiéndose exigible que las cláusulas que se redacten en este sen-*

---

principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta.

<sup>36</sup> El TS, en la Sentencia de 16 de diciembre de 2009, rec. núm. 2114/2005 (NCJ051159), analizó la abusividad de las siguientes cláusulas:

1. [Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada] a no celebrar, sin consentimiento del BANCO, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5 % del tipo de subasta [...] ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años (BBVA).
2. En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6 %, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER (Bankinter).
3. [El préstamo se considerará vencido por] arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la entidad prestataria (Caja Madrid).

tido concreten el baremo (coeficiente) que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar<sup>37</sup>.

En el mismo sentido, en la Resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 2010 (NCR004501) se declara que:

Quando no se produce este elemento habilitante, esto es, cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la LH.

En parecidos términos se pronuncian las resoluciones de la DGRN de 11 de enero de 2011 (NCR004555) y de 29 de abril de 2015, que recalcan que deben considerarse abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando el arrendamiento que se concierte no afecte a la ejecución de la garantía al extinguirse aquel tras la subasta.

Con base en los antedichos postulados, con posterioridad a la reforma del artículo 13 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio (en vigor desde el 6 de junio de 2013) y antes de la modificación de este precepto por el reciente Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo (en vigor desde el 6 de marzo de 2019), el arrendamiento de viviendas en modo alguno podía disminuir la afluencia de postores a la subasta, pues quedaba resuelto por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, a menos que hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador (es decir, con anterioridad a la hipoteca), en cuyo caso continuaba el arrendamiento por la duración pactada, siendo esta regulación todavía aplicable para los arrendamientos constituidos bajo su vigencia<sup>38</sup>. El problema es que *tras el Real Decreto-*

<sup>37</sup> En similares términos se pronuncia la SAP de Málaga, Sección 5.ª, núm. 389/2012, de 28 de septiembre, rec. núm. 531/2011.

<sup>38</sup> En este sentido en la SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, núm. 238/2016, de 5 de mayo, rec. núm. 251/2016 (NCJ061204) se declara:

Esa prohibición o limitación a cualquier negocio que implique la transmisión de la posesión, incluyendo ahora también el arrendamiento en cualquier circunstancia, así como la facultad de hipotecar, gravar o enajenar, es tan genérica y absoluta, e implica una cercenación tan relevante de las facultades que integran el dominio que provoca, en beneficio exclusivo de la prestamista y en perjuicio exclusivo del prestatario, un claro desequilibrio en los derechos del prestatario. Este ve limitadas las facultades fundamentales de su derecho de propiedad, que además le impide prácticamente cualquier explotación económica durante, nada más y nada menos, que casi 38 años. Y ello a fin de salvaguardar el valor económico del bien en beneficio de la prestamista para el caso de que hubiera que proceder a la realización de la hipoteca, cuando en realidad no resultaría prácticamente afectada pues cualquier gravamen o carga, incluyendo el arrendamiento tras la reforma del artículo 13.1 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se extinguiría con la realización de la dicha hipoteca.

Ley 7/2019, de 1 de marzo (en vigor desde el 6 de marzo de 2019) en caso de subasta del inmueble, con independencia de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad, subsistirá un plazo mínimo de cinco años desde que se concertó (al igual que en la regulación anterior a la reforma del artículo 13 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio), añadiéndose en la nueva redacción que el plazo será de siete años si el arrendador fuese persona jurídica, sin perjuicio de la facultad de no renovación por parte del arrendatario, por lo que nuevamente el arrendamiento puede mermar la garantía hipotecaria.

De todos modos, ello no supone que en todo caso las cláusulas de no arrendar viviendas se deban considerar válidas, pues pueden suponer una restricción del derecho de propiedad (arts. 33 CE y 348 CC) y, conforme al artículo 85.6 del TRLCU, se deben reputar cláusulas abusivas aquellas estipulaciones que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Por lo demás, en caso de no extinguirse el arrendamiento tras la subasta, el Tribunal Supremo considera que *el derecho de retracto, que prevé el artículo 25 de la LAU a favor del arrendatario, no se puede entender excluido cuando en la escritura de hipoteca que dio lugar a la subasta había una cláusula de no arrendar, ya que dicho arrendatario no se encuentra vinculado por la misma al no haber sido parte en el contrato de préstamo*<sup>39</sup>.

En cuanto a otro tipo de cláusulas que se pactan en relación con el arrendamiento, *la DGRN*<sup>40</sup> *no permite inscribir en el Registro los pactos existentes en escrituras de hipoteca en que la entidad prestamista renuncie expresamente a solicitar, en caso de ejecución, que se declare la falta de derecho del arrendador a ocupar el inmueble tras la subasta. La inscripción de dicha cláusula se deniega «porque, figurando inscrita la hipoteca con anterioridad al arrendamiento, y no habiéndose pactado una permuta de rango entre ambos derechos inscritos, el pacto ahora calificado tiene un contenido meramente obligacional, y, por tanto, solo produce efectos entre las partes y carece de trascendencia jurídica real, pues, la normativa relativa a ejecución de la hipoteca y subsistencia y cancelación de cargas en caso de ejecución es materia regulada por ley y sustraída a la voluntad de los interesados».*

<sup>39</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 de abril de 1995 rec. núm. 207/92:

En consecuencia, si como por el propio demandante de retracto se reconoce le vincula la certificación registral que le fue entregada con fecha 21 de diciembre de 1989, es evidente que el ejercicio de la acción de retracto por demanda de 14 de febrero de 1990 no es extemporánea ni está caducada. *Cuestión aparte es el problema del incumplimiento del contrato de hipoteca por el anterior dueño, que eso afecta a las relaciones obligacionales entre dicho dueño y la entidad bancaria prestamista que constituyó hipoteca con obligación aneja de no arrendar; pero, obviamente, ello es cuestión que ni se ha planteado en la litis formalmente y que además y en punto al arrendatario no le vincula por no ser parte y regir en punto a la cuestión el principio jurídico «res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest».* Por todo lo cual, habiendo lugar a la estimación del motivo ha de casarse la sentencia de segunda instancia con confirmación de la de primera instancia.

<sup>40</sup> RDGRN de 26 de junio de 2014 (NCR005855).

### 3.5. Mayor protección legal al arrendatario de vivienda que al titular de un derecho de uso adjudicado en un proceso matrimonial

*A nuestro juicio, no cobra mucho sentido que subsista un arrendamiento de vivienda durante cinco años desde que se estipuló o siete años (si se concertó con un arrendador persona jurídica) y que no haya una previsión similar que permita la subsistencia del derecho de uso otorgado en un proceso de crisis matrimonial durante un tiempo mínimo si se subasta la vivienda.*

Con la regulación actual, cuando el derecho de uso no tenga constancia registral o figure inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca, nuestros tribunales consideran que se deberá cancelar tras la subasta<sup>41</sup>, ya que, al no existir ninguna norma en contrario, como ocurre con los arrendamientos de vivienda (art. 13.1 LAU), se aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), según el cual a instancia del adquirente del bien se expedirá mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación, así como de todas las inscripciones posteriores. Tan solo cuando el derecho de uso conste en el Registro con anterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca que origine la enajenación forzosa del inmueble, subsistirá tras la enajenación forzosa (arts. 71 y 134 LH, 175.2.<sup>a</sup> RH y 674 LEC), ya que las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor deben continuar subsistentes.

La DGRN<sup>42</sup> considera que el hecho de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicabilidad de los principios reguladores del sistema hipotecario, cual es el de prioridad, procediendo la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad.

No obstante, dado el perjuicio que esto puede ocasionar al titular del derecho de uso, el Tribunal Supremo<sup>43</sup>, seguido por las audiencias<sup>44</sup>, ha entendido procedente denegar al rematante en la subasta la posibilidad de ampararse en la presunción de exactitud registral cuando

<sup>41</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 22 de abril de 2004. SAP de Pontevedra, Secc. 3.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 2005.

<sup>42</sup> RDGRN de 8 de marzo de 2018 (BOE 27 de marzo de 2018 [NCR008968]).

<sup>43</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2000, rec. núm. 3181/1995, núm. de resolución 1103/2000. Véase: Cortada Cortijo (2001, p. 609 y ss.) y Mondéjar Peña (2002, pp. 440 y ss.).

<sup>44</sup> SSAP de Baleares, Sección 4.<sup>a</sup>, núm. 111/2007, de 12 de marzo, rec. núm. 416/2006; de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, núm. 51/2018, de 30 de enero, rec. núm. 1373/2016.

En similares términos: Cfr. Moreno Velasco (28 de julio de 2006). En opinión de este autor, si se consigue acreditar el conocimiento por parte del tercero que adquiere el inmueble en la subasta del derecho de uso y, por supuesto, si existe una mala fe de este, por ejemplo, por un previo concierto con el otro cónyuge que impaga las cuotas de la hipoteca para que un tercero conocido por él actúe como testaferro y adquiera la vivienda en pública subasta, con fraude de la resolución judicial de adjudicación del uso, es igualmente oponible dicho derecho, independientemente de que no conste en el Registro.

–aun no figurando el derecho de uso en la certificación de cargas– resultare probada su falta de buena fe y su conocimiento extrajudicial del derecho de uso adjudicado al cónyuge del ejecutado, ya que la buena fe no puede derivarse exclusivamente de la confianza en el Registro, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales del sujeto que la alega, sin perjuicio de que su apreciación no exija una investigación a ultranza de la situación posesoria<sup>45</sup>.

De todos modos, no siempre el Tribunal Supremo secunda esta doctrina; así, la STS 772/2010, de 22 de noviembre de 2010 versa sobre un supuesto en que, subastada una vivienda copropiedad de un matrimonio separado judicialmente, en que a la esposa se había adjudicado el derecho de uso, adquiere el inmueble en pública subasta el padre del marido; el Tribunal Supremo, lejos de considerar que debe subsistir el uso, estima que el adquirente en la subasta tiene derecho a ejercitar la acción de desahucio por precario y desposeer a la titular del derecho de uso, lo que a nuestro juicio resulta un tanto contradictorio con que en otras resoluciones el Alto Tribunal no considere de buena fe al adquirente en la subasta conector del derecho de uso.

Ahora bien, cuando se extinga el derecho de uso, al menos el perjudicado podrá instar una *modificación de medidas* a los efectos del incremento de las prestaciones económicas, a fin de ser compensado por la pérdida de ese derecho.

Además, el titular del uso también ostenta otros derechos; así, si tan solo se embargara y subastara la mitad de la vivienda, por pertenecer a ambos excónyuges *pro indiviso*, pero únicamente figurar como ejecutado uno de ellos, el que ostenta el derecho de uso podrá adquirirla en la subasta o ejercitar su *derecho de retracto* en calidad de comunero, en cuyo caso el uso se extinguirá por confusión.

El problema surgirá cuando sea un tercero el que adquiera la mitad de la vivienda en la subasta, porque en este caso podrá ejercitar la *actio communi dividundo*; ahora bien, si el derecho de uso ha subsistido tras la enajenación forzosa, en principio también deberá ser respetado en la subasta derivada del proceso de división de cosa común. No obstante, procede matizar esta idea; así, la SAP de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, núm. 51/2018, de 30 de enero, rec. núm. 1373/2016, versa sobre un supuesto en que el rematante de la mitad indivisa de una vivienda subastada interpone un proceso de división de cosa común. El Juzgado de Primera Instancia considera que la disolución del condominio no afecta al derecho de uso atribuido a la excónyuge del ejecutado y a su hijo. El rematante apela, alegando la inoponibilidad de la inscripción registral del derecho de uso, al haberse inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, motivo que es desestimado por la Audiencia Provincial por considerar que el rematante no había actuado de buena fe, dado que era conector de la atribución judicial del derecho de uso (que era anterior al embargo), al ha-

<sup>45</sup> A nuestro juicio, dicha jurisprudencia debe ser objeto de una interpretación restrictiva, no pudiéndose aplicar a todos los casos en que el rematante conociere el derecho de uso antes de la subasta, pues si así fuere se incurriría en el absurdo de considerar de mala fe a quien conoce por la certificación de cargas un derecho a favor de un tercero inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca, siendo que con carácter general las cargas posteriores se extinguen, se tenga o no conocimiento de las mismas.

berse inscrito antes de la subasta aunque con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. No obstante, la Audiencia Provincial, considerando que es posible decidir en el procedimiento de división de cosa común si el derecho de uso ha quedado extinguido, declara su extinción porque el hijo común del matrimonio había alcanzado la mayoría de edad.

*En todo caso, en el supuesto de que la vivienda sea subastada en un procedimiento hipotecario, no se podrá invocar el derecho de uso frente a terceros si la hipoteca hubiera sido constituida por ambos cónyuges sobre la vivienda común<sup>46</sup>, ni tampoco se podrán alterar las reglas de la ejecución hipotecaria cuando se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges si este consintió en su momento el acto de disposición y la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial<sup>47</sup>. En estos casos, el derecho de uso no será oponible a terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del Registro<sup>48</sup>.*

*Distinta será la solución cuando la vivienda se subaste en un proceso de división de cosa común, y no como consecuencia de embargo o hipoteca de la vivienda, pues aunque el reconocimiento del uso en una sentencia de separación o divorcio y la oponibilidad de tal uso frente a terceros no puede impedir la división de la cosa común y, en su caso, la venta en pública subasta<sup>49</sup>, en estos casos, el derecho de uso es oponible a los terceros que hayan*

<sup>46</sup> Cfr. Achón Bruñén (2014).

<sup>47</sup> STS, Sala 1.ª, de lo Civil, núm. 584/2010, de 8 de octubre, rec. núm. 2305/2006 (NCJ053923).

<sup>48</sup> STS núm. 584/2010, de 8 de octubre (NCJ053923):

[...] ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas. Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que *no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que, por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición*. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial.

En parecidos términos: STS 118/2015, de 6 de marzo (NCJ059665); AAP de Guadalajara, Sección 1.ª, núm. 12/2009, de 20 de enero, rec. núm. 261/2008; SAP de Valencia, Sección 7.ª, núm. 245/2009, de 8 de mayo, rec. núm. 878/2008; resoluciones de la DGRN de 8 de abril de 2015 y 8 de marzo de 2018.

Cfr. O'Callaghan Muñoz (1986, p. 1.335) y Campuzano Tomé (2005, p. 181).

<sup>49</sup> SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, núm. 585/2012, de 19 de octubre de 2012, rec. núm. 927/2010 (La Ley 254511/2012):

Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y, por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento.

En parecidos términos: SAP de Madrid, Sección 19.ª, núm. 142/2017, de 19 de abril, rec. núm. 162/2017 (La Ley 64054/2017).

adquirido el bien en la subasta consiguiente a la acción de división. De esta manera, se compaginan los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 del CC, y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 del CC. El derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública en un proceso de división de cosa común debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que solo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente<sup>50</sup>. No obstante, existe algún supuesto en que el titular del derecho de uso no puede oponerlo a terceros, este es el caso de la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, núm. 65/2018 de 6 febrero, rec. núm. 1703/2015 (NCJ063184), en que se había pactado en el convenio regulador que el uso se extinguiría cuando se vendiera la vivienda, sin que a ello sea óbice que la adquiriera el otro excónyuge.

<sup>50</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, núm. 723/2007, de 27 de junio, rec. núm. 3124/2000 (NCJ041506):

En este punto, la Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que la sentencia de 8 de mayo de 2006 afirma que [...] la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la Sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común solo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa». La misma sentencia añade posteriormente, con cita de las de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, que «*si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza), que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne [...]* y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que solo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó». En igual sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003.

STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2010, rec. núm. 1994/2005, núm. de resolución 861/2009 (NCJ051970):

El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, *esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (véanse las SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras)*. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges.

### 3.6. Silencio legal acerca de cómo descontar en la liquidación de cargas un arrendamiento que subsiste tras la subasta

Cuando con anterioridad al anuncio de la subasta, tras la tramitación del incidente que prevé el artículo 661.2 de la LEC, se dicte auto declarando el derecho del ocupante a continuar en la posesión del inmueble, procede preguntarse si dicha «carga» se podrá tener en cuenta por el letrado de la Administración de Justicia en aras de minorar el valor de tasación y fijar el valor de liquidación o valor por que el bien embargado va a salir a subasta.

A favor se podría alegar que la adquisición de un inmueble con ocupante (o «bicho» como se dice coloquialmente) no va a resultar atractiva para los postores, sino todo lo contrario<sup>51</sup>, por lo que lógico es que se tenga en consideración a efectos de descontar dicha carga del valor de tasación. Sin embargo, si el título que posee el poseedor es un contrato de arrendamiento, este no puede considerarse *stricto sensu* como un gravamen –si se entiende gravamen como la situación pasiva de una relación jurídica real–, aunque sí que se puede entender como un gravamen dentro de un concepto amplio del mismo<sup>52</sup>, y la mejor prueba de que constituye una carga para la propiedad es que supone una disminución económica del precio de venta en la subasta.

No obstante, el arrendamiento puede ser una carga no inscrita, y el artículo 666.1 de la LEC tan solo prescribe que se descuenten del avalúo el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resultare de la certificación registral de dominio y cargas, por lo que solo se refiere a cargas inscritas.

De todos modos, *aun en el caso de que el arrendamiento constara inscrito con anterioridad en el Registro de la Propiedad, resulta harto difícil su valoración a los efectos de tenerlo en cuenta en la liquidación de cargas*, lo que obedece a que la ley no fija unos parámetros para deducir del avalúo la merma que supone enajenar un inmueble con terceros ocupantes.

*A nuestro juicio, sería conveniente que el texto legal fijara unas directrices para que el arrendamiento subsistente tras la subasta se pudiera tener en cuenta en la liquidación de*

<sup>51</sup> SAP de Madrid, Sección 8.ª, núm. 248/2011, de 6 de junio, rec. núm. 398/2010:

Ha quedado acreditado que existe un contrato de arrendamiento de 24 de diciembre de 1986 en el que las arrendadoras, Dña. Vanesa y su hermana Dña. Angélica, arriendan nueve fincas rústicas, propiedad de ellas al 50 % por herencia de su padre a D. Jesús Luis, por una duración de 30 años, prorrogables por otros 15 años; siendo indiferente a estos efectos que la referencia hecha por el padre de los litigantes D. José Antonio en su testamento afecte únicamente a tres de las fincas. Luego habiendo sido probado que el arrendamiento está en vigor, y constando el importe de la renta, es indudable que *debe tenerse en consideración a efectos de valoración de las fincas rústicas el mencionado contrato*, ya que no es lo mismo a efectos de su venta (incluso en pública subasta) que estas tengan un arrendatario a que estén libres de cualquier carga, gravamen o arrendamiento. Por lo que debe respetarse la valoración que consta en el cuaderno particional y, por ello, debe desestimarse igualmente este motivo del recurso.

<sup>52</sup> Cfr. Franco Arias (1987, p. 248).

*cargas, a efectos de rebajar el valor por el que el bien va a ser enajenado, ya que a nadie se oculta que al rematante o adjudicatario no le va a dar lo mismo adquirir un inmueble libre de ocupantes que con un arrendamiento que debe soportar.*

Conforme a lo previsto en el artículo 666 de la LEC, el letrado de la Administración de Justicia ha de descontar del valor de tasación del bien embargado objeto de enajenación forzosa el importe total garantizado que resulta de la certificación de cargas (principal, intereses y costas presupuestados) o el que se haya hecho constar en el Registro después de recibir la información requerida a los acreedores anteriores y al ejecutado conforme al artículo 657 de la LEC<sup>53</sup>. El problema es que existen gravámenes que resultan muy difíciles de cuantificar (servidumbres anteriores, arrendamientos inscritos, prohibiciones de disponer, derecho de uso del excónyuge del ejecutado, etc.) y que, sin embargo, disminuyen el valor del bien.

*Además, cuando no se saque a subasta la propiedad plena de un bien, sino una parte o un derecho real de menor contenido, como la nuda propiedad o el usufructo, el descuento de cargas deberá ser proporcional al derecho que ostenta el ejecutado, dado que el adquirente en la subasta no va a cargar con la totalidad de dichos gravámenes, sino solo con una parte<sup>54</sup>.*

<sup>53</sup> AAP de Salamanca de 29 de mayo de 2006, rec. núm. 279/2006:

*Claramente resulta que el valor de las cargas a descontar del precio del avalúo será el total del importe de las mismas que figure en la correspondiente certificación registral, y no solamente la correspondiente al principal, como pretende la parte ejecutante y ahora recurrente. Y, por ello, en el presente caso, es indudable que el valor de las cargas hipotecarias que, según la correspondiente certificación registral, pesan sobre las fincas números 7262 y 7204 es superior al precio de tasación de las mismas, conforme se constata en la oportuna liquidación llevada a cabo por el secretario judicial y que obra a los folios 625-627 de los autos.*

AAP de Guadalajara, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 109/2004, de 19 de octubre, rec. núm. 274/2004:

*Por lo que fue correcta la actuación del Sr. secretario del juzgado, que al valorar el bien a efectos de subasta dedujo del avalúo, además del principal pendiente y de los intereses vencidos determinados en la información remitida por el acreedor preferente, las sumas garantizadas para intereses moratorios y costas, cuya preferencia también resulta del Registro, por lo que ha de ser desestimado el recurso, confirmando en su integridad la resolución apelada, sin imposición de las costas de la alzada, atendido que efectivamente, como apunta el apelante, la planteada es una cuestión novedosa, que no ha sido objeto de examen por la doctrina, por lo que su resolución podía ofrecer fundadas dudas de Derecho en los términos establecidos en el artículo 394 de la LEC.*

AAP de Cáceres, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 31/2007, de 7 de febrero, rec. núm. 50/2007:

*A este respecto convenimos con la representación procesal de la parte ejecutante de que la finalidad del artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es otra que llevar a cabo la valoración de la finca de la manera más ajustada posible a la realidad, porque para computar como cargas los intereses moratorios y costas se deberá llevar a efecto el derecho de información aludido al acreedor preferente y que su crédito este vencido.*

Sobre esta cuestión, véase, asimismo, AAP de Lugo, Sección 1.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2007, rec. núm. 198/2007.

<sup>54</sup> AAP de Zaragoza, Sección 2.<sup>a</sup>, núm. 36/2004, de 19 de enero.

*Asimismo, si solo se saca a subasta la mitad de un inmueble embargado y hay una hipoteca anterior, dada la deficiencia de los terminos legales, nuestros tribunales no se ponen de acuerdo acerca de si se debe descontar la mitad de la cantidad pendiente de pago o todo su importe*<sup>55</sup>. La razón estriba en que el que adquiera el bien en subasta se va a convertir en tercer poseedor de un bien gravado con una hipoteca, y si fuere demandado en un posterior procedimiento hipotecario, respondería hasta el límite que figurara en el Registro.

Por lo demás, *existen otras afecciones legales que también se deberían tener en cuenta por el letrado de la Administración de Justicia al efectuar la liquidación prevista en el artículo 666 de la LEC y que, normalmente, el rematante en la subasta tan solo conoce después de la adquisición del bien*, lo que envuelve a las ventas judiciales de una cierta inseguridad jurídica que, *de lege ferenda*, podría atenuarse si no solo se solicitare certificación de cargas al Registro de la Propiedad, sino también a la Administración tributaria y a la comunidad de

<sup>55</sup> *A favor de descontar solo la mitad*: AAP de Barcelona, Sección 16.ª, núm. 20/2007, de 12 de febrero, rec. núm. 461/2006:

Se discute en el recurso la forma en que ha de practicarse la liquidación de cargas que regula el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un caso en que se embargó la mitad indivisa de una finca, siendo así que la carga existente grava toda la finca. La secretaria del Juzgado entendió que el total pendiente de pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca había de deducirse del valor de la mitad indivisa embargada. O sea, que no debe deducirse de este valor de la mitad de la finca la mitad del capital del préstamo que grava la totalidad del inmueble, sino todo ese capital. En tales condiciones la liquidación arrojó el resultado de que el bien embargado no tenía valor. El Juzgado comparte el mismo criterio, por razón de la indivisibilidad de la hipoteca, de modo que acuerda alzar el embargo en obediencia a lo dispuesto en el número 2 del repetido artículo 666.

No podemos compartir ese criterio, conforme al cual se haría muy difícil el apremio sobre la mitad indivisa de los inmuebles, dada la frecuencia de ese fenómeno de la indivisibilidad de las cargas que los gravan. *Es evidente que frente al acreedor hipotecario responderá del pago de las obligaciones garantizadas la totalidad de la finca. Pero eso no quiere decir que no pueda distinguirse a los efectos de liquidación entre lo que ha de soportar cada una de las mitades indivisas del inmueble*. Ya al margen de todo procedimiento ejecutivo, desde el punto de vista económico cada propietario soporta una parte de la carga hipotecaria, sin perjuicio, obviamente, de lo que resulte del destino que haya tenido el capital. No se ve ninguna razón para que, trabado el bien, haya de imputarse a cada mitad la totalidad de la responsabilidad hipotecaria, pues, se repite, la indivisibilidad es frente al acreedor y entre los propietarios puede dividirse la responsabilidad y el peso económico del gravamen.

*A favor de descontar todo el importe* AAP de Alicante, Sección 5.ª, 133/2008, de 16 de julio, rec. núm. 298/2008:

Los argumentos del apelante no desvirtúan los acertados fundamentos jurídicos de la resolución de instancia, *dado que el adquirente en subasta responderá de la totalidad de la hipoteca*, y esta supera el valor de la finca según el dictamen que obra en autos, emitido por D. José Pablo, sin perjuicio que pudiera repercutir el 50 %, dado que, en todo caso, es deudor de la totalidad del pago del préstamo y *en el supuesto de impago tendría que soportar la ejecución por el importe íntegro de la deuda*, y en atención a esa cuantía del préstamo que resta por pagar, resulta superior a la tasación pericial, por lo que, en definitiva, al ser el valor del bien inferior al de las cargas que lo gravan procede confirmar la resolución de instancia.

propietarios en que está sito el piso o local<sup>56</sup>, dado que los créditos por impuestos sobre inmuebles o por cantidades debidas a la comunidad en régimen de propiedad horizontal gozan de un especial privilegio, habida cuenta de que los adquirentes de la finca deberán soportarlos aun cuando no consten en el Registro de la Propiedad. El artículo 9.1 e) de la LPH establece que el adquirente del mismo se subrogará en la responsabilidad del anterior propietario respecto de las cantidades debidas a la comunidad de propietarios en la anualidad en que tenga lugar la adquisición y las tres anteriores<sup>57</sup>. Asimismo, el adquirente del bien responde de los impuestos sobre el inmueble no abonados y que correspondan al año natural en el que se ejercita la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior, operando dicha hipoteca legal tácita con independencia del Registro y ostentando preferencia frente a cualquier otra carga que esté anotada<sup>58</sup>.

*La LEC ni siquiera garantiza a los postores que van a intervenir en una subasta judicial una información fidedigna respecto de a la situación posesoria de los inmuebles subastados, lo que ocasiona que puedan llegar a adquirir un bien con ocupantes desconociendo dicha circunstancia.* Bien es cierto que el artículo 661.1.II establece que en la publicidad de la subasta que se realice en el portal de subastas, así como, en su caso, en medios públicos o privados, se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que el mismo se encuentra desocupado, pero dicho precepto añade a continuación que esta circunstancia se hará constar si se acreditase cumplidamente al letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución. Asimismo, el artículo 668.2 prevé que en el portal de subastas deberá anunciarse la «situación posesoria, si consta en el procedimiento de ejecución», de lo que se infiere que en caso de no conocerse se silenciará dicho extremo.

*A nuestro juicio, lo adecuado sería que en la publicidad de la subasta se hiciera constar en todo caso la situación posesoria del inmueble, de manera que si no fuera conocida, la*

<sup>56</sup> Cfr. Vegas Torres (2004, pp. 109 y ss.9. Este autor pone de manifiesto que la solicitud por parte del juzgado de certificación a la Administración tributaria y a la comunidad de propietarios tampoco despejaría por completo la incertidumbre a que pueden estar sometidos los adquirentes del inmueble, pues los créditos por impuestos o por deudas comunitarias pueden nacer con posterioridad a que dichas certificaciones se expidan.

<sup>57</sup> Cfr. Magro Servet (1 de julio de 2014). Este autor considera que el adquirente responderá de los gastos comunitarios correspondientes a la anualidad en curso y a las tres anteriores aun cuando dichos impagos no correspondieran al ejecutado, habida cuenta de que la norma extiende la responsabilidad a «las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares», plural que sirve de fundamento a esta interpretación.

<sup>58</sup> Respecto de los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque estos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior, entendiéndose por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago (arts. 78 LGT, 194 LH y 65 RGR).

Cfr. Calvo Vérguez (2011, pp. 11 y ss.).

*ley debería imponer la necesidad de practicar algún tipo de diligencia (como la personación de la comisión judicial o del correspondiente servicio común en el inmueble objeto de subasta) para averiguar si se encuentra poseído por terceras personas.*

De todos modos, somos conscientes de que tampoco dicha previsión normativa evitaría todos los problemas, pues *incluso durante los 20 días naturales de celebración de la subasta pueden aparecer terceros ocupantes del inmueble subastado, por lo que también sería oportuno que la LEC previera algún mecanismo para garantizar el mantenimiento de la situación posesoria durante la licitación*, como pudiera ser el precinto del inmueble en caso de que este estuviera vacío<sup>59</sup>.

A nuestro juicio, no se alcanza a comprender que el legislador muestre especial empeño en que los postores dispongan de una información registral actualizada (art. 656.2 LEC)<sup>60</sup> pero que se descuide otro tipo de información, como la relativa a la existencia de terceros ocupantes en el inmueble, que solo figura en los edictos si constare cumplidamente al letrado de la Administración de Justicia, lo que puede constituir una carga oculta de gran importancia puesto que el hecho de que en el anuncio de la subasta no se haga constar la existencia de terceros ocupantes no puede perjudicar a estos en el caso de que existieren, ya que si así fuera, se podría conseguir por esta vía eludir la tramitación del incidente previsto en el artículo 675.3 de la LEC.

#### **4. Derecho de retracto a favor del arrendatario si el arrendamiento subsiste tras la subasta**

El artículo 25. 5 de la LAU establece que para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas legalmente a los arrendatarios, previsión legal que obedece a que estos ostentan un derecho de adquisición preferente sobre la vivienda arrendada, salvo que hubieran renunciado al mismo (art. 25.8 LAU)<sup>61</sup> o cuando

<sup>59</sup> Cfr. Franco Arias (2000, p. 3.323).

<sup>60</sup> El artículo 656.2 de la LEC dispone que el registrador notificará, inmediatamente y de forma telemática, al letrado de la Administración de Justicia y al portal de subastas el hecho de haberse presentado otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial, recogiendo el portal de subastas la información proporcionada por el Registro de modo inmediato para su traslado a los que consulten su contenido.

<sup>61</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, núm. 335/2011, de 9 de mayo, rec. núm. 1770/2007 (NCJ055507):

Existe una clara diferencia entre ambas cláusulas pues mientras que la de la STS de 11 de octubre de 2001 es una cláusula genérica de renuncia, más propia de un contrato de adhesión, la cláusula de este litigio renuncia expresamente a los derechos del Capítulo VI, es decir, al tanteo, al retracto y a la impugnación. Esto nos permite decir que las partes, en ejercicio de su libertad contractual, amparada por el legislador, conocían lo que estaban pactando y a lo que se estaba

la vivienda se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble o se enajene de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble (art. 25.7)<sup>62</sup>. Asimismo, el artículo 25.6 de la LAU dispone que si la venta recae, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios por el mismo arrendador, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente solo sobre la vivienda, sino que deberá adquirir el conjunto de las cosas transmitidas<sup>63</sup>.

Conforme a artículo 31 de la LAU lo dispuesto en el artículo 25 resulta de aplicación a los arrendamientos para uso distinto a vivienda, pero no a los garajes o trasteros cuando no hayan sido arrendados como accesorios a la vivienda o local, ya que entonces se rigen por el Código Civil.

*La jurisprudencia<sup>64</sup> viene admitiendo desde antiguo el ejercicio del derecho de retracto en las subastas judiciales, habida cuenta de que la subasta reúne todos los elementos del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.445 del CC<sup>65</sup>.*

*La DGRN<sup>66</sup> rechaza la inscripción de la adjudicación si no se acredita debidamente que se han llevado a cabo las notificaciones previstas para el ejercicio del derecho de retracto a los arrendatarios, o que se ha realizado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de ellos. A tal efecto, dadas las particularidades de la transmisión, dicha manifestación debe realizarla el adquirente, sin que la misma pueda ser deducida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico, por lo que la mera referencia contenida en el decreto de adjudicación relativa a que no puede certificarse la existencia o no de inquilinos es del todo insuficiente y no cubre en absoluto las exigencias del artículo 25.5 de la LAU.*

---

renunciando, siendo esta renuncia válida por ser una renuncia a derechos que la legislación reconoce al arrendatario, adquiriendo el contratante que renuncia esta condición desde el momento de la firma del contrato.

<sup>62</sup> Cfr. Pérez Ureña (2011, pp. 9, 12 y 15). Este autor pone de manifiesto que, aun cuando no cabe el retracto cuando se vende una parte mayor de la finca de la que se tiene alquilada, es posible ejercitar este derecho si se vende una parte menor.

<sup>63</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, núm. 1151/2006, de 16 de noviembre, rec. núm. 5351/1999 (NCJ048779), que sigue la doctrina de otras anteriores: SSTS de 24 de junio de 1994, 6 de abril de 1995 y d 22 de octubre de 2004.

<sup>64</sup> SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1959; 23 de enero y 3 de noviembre de 1971; 30 de octubre de 1990; 1 de julio de 1991; 22 de abril y 11 de julio de 1992; 30 de junio de 1994; 1 de junio de 1995; 12 de febrero de 1996; 13 de febrero y 14 de mayo de 2004; 25 de mayo de 2007; 5 de junio de 2008; 198/2009, de 18 de marzo (rec. núm. 1566/2005); 4 de abril de 2011, y 842/2013, de 21 de enero de 2014 (rec. 3031/2012 [NCJ058361]).

En contra, STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 1993.

<sup>65</sup> Cfr. VV. AA. (2004, pp. 3 y ss.)

<sup>66</sup> Resoluciones de la DGRN de 8 de noviembre de 2012 (NCR005317), 10 de julio de 2013 y 5 de agosto de 2013.

No obstante, la DGRN<sup>67</sup> ha declarado que *si el arrendamiento se extingue tras la enajenación forzosa, el arrendatario no tendrá derecho de retracto*.

El arrendatario puede ejercer este derecho aun cuando al tiempo de ejercerlo no esté en posesión física o material del inmueble arrendado<sup>68</sup>, bastando con que lo posea de forma mediata o jurídica (como sucede en caso de subarriendo), pues aun cuando el artículo 47 de la LAU de 1964 exigía la ocupación efectiva de la vivienda o local para poder ejercer el derecho de retracto arrendaticio, la LAU de 1994 no se refiere expresamente a la «ocupación» por el arrendatario de la vivienda o local a retraer como condición necesaria para poder ejercer tal derecho. *Es al arrendatario, y no al subarrendatario, a quien se reconoce el derecho de adquisición preferente, en cuanto conserva la situación posesoria característica del arrendamiento*<sup>69</sup>.

*El Tribunal Supremo reconoce el derecho de retracto aun cuando el arrendatario hubiera intervenido como licitador en la subasta no igualando ni superando la puja del mejor postor*<sup>70</sup>, ya que, mientras no se acredite que con su participación en la subasta ha alterado maliciosamente el precio de la misma (mala fe que corresponde probar al que la alega), habrá que presumir que la participación del arrendatario en la subasta fue de buena fe y pudo servir tanto para subir como para bajar el precio del bien, dependiendo de las cir-

<sup>67</sup> En la Resolución de la DGRN de 3 de julio de 2013 en un caso en que el contrato de arrendamiento constaba inscrito en el Registro con posterioridad a la hipoteca, la DGRN considera que, *quedando extinguido el mismo tras la subasta y con él sus accesorios, como el retracto, deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial, distinta de la que deba practicarse al arrendatario en el propio procedimiento de ejecución conforme al artículo 661 de la LEC*, debiendo considerarse suficientemente salvaguardado el derecho del arrendatario que inscribió su derecho de arrendamiento después de hipotecarse la finca, a través de la notificación que realizó el registrador en su momento de la expedición de certificación de dominio y cargas.

En similares términos: Resoluciones de la DGRN de 24 de marzo de 2017 y 11 de octubre de 2018.

<sup>68</sup> STS, Sala 1.ª, núm. 184/2010, de 18 marzo (NCJ052363). SAP de Madrid, Sección 9.ª, núm. 183/2010, de 12 de abril, rec. núm. 228/2009.

<sup>69</sup> STS, Sala 1.ª, núm. 1073/2006, de 2 noviembre (NCJ048245) y núm. 683/2016, de 21 noviembre (NCJ061919).

<sup>70</sup> STS, Sala 1.ª, de 30 de junio de 1994:

[...] *pues no renuncia al retracto quien en el encante no está en situación de igualar posturas (que eso permitiría hablar de tanteo, porque en la práctica de la subasta no cabe) ni de subir el precio en la puja* [...]. En conclusión, la sentencia de la Audiencia, en cuanto dice que quien participa en la subasta no tiene derecho a retraer, le niega el derecho concedido por el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dentro del cual caben las ventas en pública subasta, como se desprende de las sentencias de esta sala de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 3 de noviembre de 1971, 2 de mayo de 1975, 30 de octubre de 1990, 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992, y procede estimar el motivo en que se denuncia la infracción de este artículo, casar la sentencia y dar lugar a la demanda, puesto que todos los demás requisitos del retracto han sido escrupulosamente cumplidos.

En similares términos: SAP de Valladolid, Sección 1.ª, núm. 109/2005, de 8 de abril, rec. núm. 56/2005.

cunstancias<sup>71</sup>. El Alto Tribunal también permite ejercitar el derecho de retracto al arrendatario cuando en la escritura de hipoteca que dio lugar a la subasta había una cláusula de no arrendar, ya que no se puede entender vinculado por la misma<sup>72</sup>. Asimismo, no es óbice para el ejercicio de la acción de retracto que el contrato de arrendamiento no se haya diligenciado en organismo público ni se hayan pagado los impuestos pertinentes, lo que en absoluto desvirtúa su eficacia<sup>73</sup>.

Tampoco pierde su legitimación el arrendatario para ejercitar el derecho de retracto por no estar al corriente de pago, aun cuando se estuviere tramitando un juicio de desahucio<sup>74</sup>. Asimismo, en la STS de 21 de enero de 2014 (sentencia núm. 842/2013)<sup>75</sup> se declara que el retraso en el dictado del decreto de adjudicación no ha de perjudicar al arrendatario cuando en ese momento posterior ya no ostentara dicha condición.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sentencia 35/2016, de 2 de febrero, rec. núm. 83/2015, contempla un supuesto en que, ejercitada una acción de desahucio por falta de pago, el arrendatario opone haber obtenido una sentencia a su favor en un juicio de retracto. Se considera que el efecto traslativo del retracto se produce con el pago, y hasta que no se produce este, el retrayente no se convierte en propietario, y sigue siendo arrendatario, aunque tenga declarado a su favor de manera firme el derecho a retraer, considerando la existencia de una cuestión compleja que excede al ámbito del juicio en el que se ejercita la acción de desahucio por falta de pago, pues lo que está en cuestión es la titularidad misma de la finca tras la sentencia de retracto<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> SAP de Salamanca, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 550/2012, de 19 de octubre.

<sup>72</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 de abril de 1995, rec. núm. 207/92.

<sup>73</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2005.

<sup>74</sup> SAP de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 109/2005, de 8 de abril.

<sup>75</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, 842/2013, de 21 de enero de 2014, rec. núm. 3031/2012 (NCJ058361):

Por tanto, cuando se interpone la demanda el 1 de junio de 2010 el retrayente continuaba siendo arrendatario, y la postura se había mejorado con fecha 20 de marzo de 2010 por el tercero presentado por el deudor, por lo que el retraso padecido tras dicha fecha en el dictado del decreto de adjudicación no puede computarse en perjuicio de quien se ha desenvuelto con total diligencia procesal.

<sup>76</sup> Sorprende que en alguna resolución se permita ejercitar el derecho de retracto de una vivienda subastada dentro del proceso de ejecución sin acudir a un juicio ordinario de retracto. En este sentido, el AAP de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2019, rec. núm. 1514/2018, desestima un recurso de apelación en un supuesto en que en el propio procedimiento judicial (en este caso un concurso) el letrado de la Administración de Justicia tras la subasta acordó dar traslado de la mejor postura a los arrendatarios para que pudieran igualar o mejorar la oferta. Manifestando estos su voluntad de ejercer el derecho de retracto, se adjudicó el bien a los mismos, lo que suscitó un recurso de apelación. La AP considera que, dado que la notificación de las condiciones de subasta a los inquilinos se realiza antes de haberse dictado el decreto aprobando el remate; el derecho ejercitado propiamente no es el de retracto, ya que la venta no se había consumado con la adjudicación, sino el de tanteo, pero considerando la calificación irrelevante, confirma la adjudicación a favor de los arrendatarios.

## Referencias bibliográficas

- Achón Bruñén, M. J. (2014). Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar. *Sepín. Proceso Civil*, 115 (SP/DOCT/18182).
- Ayala Rodríguez, M. (1992). La situación del tercero arrendatario ante la ejecución hipotecaria. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*.
- Calvo Vérguez, J. (2011). La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *RCDI*, 729.
- Campuzano Tomé, H. (2005). Comentario a la STS de 22 de abril de 2004. *CCJC*, 67.
- Carballo Piñeiro, L. (2001). *Ejecución de condenas de dar*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Cortada Cortijo, N. (2001). Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de la vivienda familiar. Mala fe del adquirente de esta en subasta judicial. *CCJC*, 56.
- Díez Núñez, J. J. (2008). Acerca de la resolución del derecho del arrendador y duración de los contratos de arrendamientos en casos especiales (Análisis del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Base de datos Sepín SP/DOCT/3792.
- Franco Arias, J. (1987). *El procedimiento de apremio*. Barcelona: Bosch.
- Franco Arias, J. (1992). El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992 de 16 de enero y algunas reflexiones sobre la misma. *Justicia*, IV.
- Franco Arias, J. (2000). Comentario al artículo 661. En A. M. Lorca Navarrete (Dir.) y V. Guilarte Gutiérrez (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. (2.ª ed.), t. III. Valladolid: Lex Nova.
- Fuentes Lojo, J. V. (2001). *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Bosch.
- García, J. M. (1991). La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991). *RCDI*, 607.
- Gimeno-Bayón Cobos, R. (1992). Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*, 10.
- Gómez de Liaño González, F. (2000). *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*. Oviedo: Forum.
- Gudín Rodríguez-Magariños, A. E. (19 de julio de 2013). La subsistencia del arrendamiento tras la realización en pública subasta de la finca arrendada. *Diario La Ley*, 8130, año XXXIV, ref. D-273. La Ley 4427/2013.
- Guilarte Gutiérrez, V. (2014). Comentario al artículo 13. En V. Guilarte Gutiérrez y F. Crespo Allué (Dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova.
- La Moneda Díaz, F. (2000). Una causa de resolución de los contratos de arrendamientos urbanos en la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. *RGD*, LVI(666), 1.857-1.886.
- López Hernández, C. V. (2000). Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994 de 24 de noviembre. *RCDI*, 656.
- Lozano Romeral, D. y Fuentes Bardají, J. de (1994). *Todo sobre la Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Praxis.
- Magro Servet, V. (1 de julio de 2014). La responsabilidad de los bancos ante las comunidades de propietarios tras la adjudicación judicial de inmuebles. *Diario La Ley*, 8344 (La Ley 4358/2014).

- Marín López, J. J. (2005). Comentario al artículo 13. En R. Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Martín Contreras, L. (2019). *Ley Arrendamientos Urbanos*. (3.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Wolters Kluwer.
- Mondéjar Peña, M. I. (2002). Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. *Revista de Derecho Patrimonial*, 8.
- Moreno Velasco, V. (28 de julio de 2006). Oponibilidad al tercero adquirente. La ejecución hipotecaria contra la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges. *Diario de las Audiencias y TSJ. El Derecho Editores*, 503.
- Moro Ledesma, S. (1956). La relación entre el arrendamiento y la hipoteca. *A.D.C.*, IX.
- Nuño de la Rosa Amores, A. P. (1998). Incidencias en ejecución de arrendamientos urbanos y otros problemas procesales. *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.
- O'Callaghan Muñoz, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *AC*, 1.
- Pérez Ureña, A. A. (2011). Los presupuestos para el ejercicio del retracto arrendatario urbano. Análisis práctico de la cuestión a la luz del casuismo judicial. *El Consultor Inmobiliario*, 112.
- Poveda Bernal, M. I. (1999). Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas. *R.C.D.I.*, 652.
- Prats Albentosa, L. (1994). Comentario al artículo 13. En M. A. Valpuesta Fernández (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rojo Ajuria, L. (1995). Comentario del artículo 14. En F. Pantaleón Prieto (Dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas.
- Sanz Heredero, J. D. (1992). Subsistencia o extinción del contrato de arrendamiento tras la ejecución hipotecaria. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*, 10.
- Vázquez Barros, S. (2012). Comentario al artículo 13. En *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vela Torres, P. J. (1992). Subsistencia de los arrendamientos urbanos tras la ejecución hipotecaria de la finca arrendada. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*.
- Vegas Torres, J. (2004). *El reembargo*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
- WV. AA. (2004). Encuesta jurídica: «El artículo 13.1 de la LAU mantiene el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años aunque haya cambio de titularidad por adjudicación judicial y otros supuestos. En estos casos, ¿cabe retracto por el arrendatario conforme el artículo 25 de la LAU?». *Revista sepínNet Arrendamientos Urbanos*, 251 (SP/DOCT/2157).