

**ALQUILERES E HIPOTECAS:
COSTES Y PRINCIPIOS DE PROTECCION
(A propósito de la STC 6/1992, de 13 de enero)**

ANGEL CARRASCO PERERA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 6/1992, DE 13 DE ENERO. 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. Los temas de referencia. 4. Ruptura de una línea jurisprudencial. 5. Una imposible interpretación conforme a la Constitución. 6. La subsistencia del arrendamiento. II. LOS ARGUMENTOS DE DERECHO POSITIVO. 1. Datos normativos. 2. Posición personal. 3. Exposición de la jurisprudencia. 4. Valoración de la jurisprudencia. 5. Leyes, principios y argumentos. III. SOBRE LA EXISTENCIA DE PRINCIPIOS ARRENDATICIOS. 1. Los propósitos de la LAU. 2. ¿Qué es un principio? 3. Una aplicación arrendaticia de la definición. 4. El problema de la obtención de la regla. 5. Los principios reversibles: el caso del retracto. 6. La superioridad del sinalagma. 7. Un falso principio pro inquilino. 8. Un falso principio: la ecuación renta prórroga. 9. Interpretación adecuada *versus* principios: las causas de resolución. 10. El Proyecto LAU y los principios. IV. SUPRESION DE LA PRORROGA Y PRINCIPIOS ARRENDATICIOS. 1. La expansiva del RDL 2/1985. 2. Las distintas aplicaciones expansivas. 3. El valor sistemático de la prórroga. V. COSTES Y JUSTICIA DE PROTECCION. 1. El principio de la justicia. 2. El coste de inseguridad. 3. Contra el retracto. 4. El efecto perverso. 5. La solución del Proyecto LAU.

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 6/1992, DE 13 DE ENERO

1. *Introducción*

En las pocas ocasiones en que el TC se ha desviado, en sede de recursos de amparo, de la línea de alta calidad jurídica que promedia su jurisprudencia, ello ha sido debido principalmente a dos factores.

El primero de ellos es la extralimitación competencial. Ocurre cuando el TC invade la competencia reservada a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, para decidir en base a criterios simples de legalidad. Son casos en que la ley no viene remitida por la Constitución, de forma tal que su conocimiento fuese necesario para integrar el juicio de constitucionalidad. Tampoco se trata de casos en los que la propia Constitución ha tipificado como inconstitucional la simple inobservancia de la legalidad (por ejemplo, el principio de legalidad penal del art. 25 CE). Nada de eso. Son casos de simple extralimitación, en los que el TC desciende sin necesidad al terreno de la legalidad ordinaria para decidir conforme a una correcta interpretación de ésta, y equiparar esta decisión a un juicio auténtico de constitucionalidad. Legalidad y constitucionalidad se confunden entonces, y el órgano judicial recurrido viene a ser censurado no por haber desconocido un derecho fundamental, sino por haber interpretado mal una norma de rango legal.

Cuando el TC desciende a estos términos realiza una práctica inconstitucional, pues desconoce la reserva de competencia del art. 117 CE. Hasta tal punto queda desvalorizada esta práctica, que a mi entender no se aplica a estos casos el principio de sumisión interpretativa al que se refiere el art. 5.1 LOPJ. Los Tribunales ordinarios son entonces libres para desconocer la interpretación constitucional.

El segundo defecto es el de la falta de prospectiva. Se cede entonces a la tentación de enmendar en el caso presente una injusticia material, acaso generada por el rigor de una ley o por la dureza del medio social, sin atender a las consecuencias previsibles de aquella decisión. A diferencia de lo que puede ocurrir en los litigios ordinarios, los supuestos de recurso constitucional son supuestos típicos, modelos ordinarios de un conjunto de relaciones sociales ampliamente divulgadas o practicadas en el medio. No son casos marginales o extravagantes, sino situaciones ejemplares de todos los días. Esto supone que el poder de irradiación de una decisión constitucional es

incontrolado, en cuanto afecta potencialmente a un conjunto amplio de relaciones jurídicas. No estamos, por ejemplo, ante un supuesto particular en el que colisionan un acreedor hipotecario y un arrendatario, sabiendo éste la situación de gravamen previo, o siendo hijo o cuñado del propietario, o tratándose de una hipoteca de larga o corta duración. Al contrario: cuando nos referimos al carácter típico del conflicto, decimos que el conflicto se plantea entre acreedor e inquilino, sin más especificación casual, y que dicho conflicto debe ser resuelto en función de criterios generales, con preterición de los hechos (art. 44 LOTC) que pudieran justificar una desviación puntual de la solución típica.

Un error de la jurisprudencia constitucional no puede ser neutralizado con la misma facilidad que un error de un juez de primera instancia. Este es competente en un ámbito de jurisdicción limitado. Su jurisprudencia —como la jurisprudencia de una Audiencia— se neutraliza o compensa con una jurisprudencia contraria sostenida por otro órgano judicial también independiente. La existencia de líneas contrapuestas permite que el cambio de jurisprudencia se realice sin estrépito, posibilitando así una corrección no traumática de una línea de jurisprudencia que después se considera errónea. Cuando se trata de jurisprudencia del TC, la fuerza de propagación que le procura el art. 5.1 LOPJ magnifica las consecuencias del error. Resulta ahora mucho más difícil justificar —o encubrir— un cambio de jurisprudencia, cuando la reflexión posterior descubre que la doctrina que se sostuvo era equivocada. Cuando una sentencia estima un amparo en un conflicto entre particulares y la posición del “perdedor” se sustenta razonablemente en una ley, que además no es declarada inconstitucional, queda concitado un desasosiego en la estabilidad de las relaciones sociales que no puede ser atajado sino mediante una intervención del legislador, para la que no siempre hay tiempo o voluntad.

El poder de irradiación de la decisión y de su doctrina se multiplica cuando el conflicto resuelto es interprivados, y no un contencioso con la Administración. El efecto reflejo de la sentencia no puede ser controlado, pues se descubren innumerables puntos de imputación —otros sujetos, otras relaciones del mismo tipo— que no estaban en el pleito y que no se hallan con el contendiente perdedor en una relación tutelada o asimilada que permita la transposición del resultado. La CTNE o la RENFE son únicas en su género; Administraciones públicas no son muchas, y relacionadas entre sí en un sentido amplio, al menos en el sentido de que su posición frente al ciudadano es equi-

valente. Pero arrendadores o acreedores o cónyuges o inquilinos o hijos son innumerables. Tanto más cuanto el particular no está sujeto a asimilar ni practicar los "valores" constitucionales. El INSALUD, por ejemplo, no tiene derecho a desconocer, pongamos por caso, que España es un estado de derecho que proclama entre sus valores la libertad real, etc. Pero ningún particular tiene obligación de creer tal cosa ni de someterse a una ideología en que se primen tales valores. Un particular que proclama que los arrendatarios deben ser echados de sus casas a patadas sin procedimiento previo, o que la mujer casada debe ser considerada como una incapacitada de obrar, no infringe ninguna norma diseminadora de valores, pues el particular no está sujeto a valor alguno que se dicte desde una instancia distinta de su propia autodecisión y autorresponsabilidad.

La STC 6/1992, de 13 de enero, es una decisión desafortunada, por incurrir, aun en distinto grado, en los dos defectos que quedan reseñados.

2. *Los hechos*

El recurrente es un inquilino que habita con su familia en una vivienda arrendada después de que se inscribiera en el Registro de la Propiedad una hipoteca en favor de una entidad bancaria. Como consecuencia de la ejecución de la hipoteca por los trámites del art. 131 LH, la finca resulta subastada. Desierta la segunda subasta, el banco ejecutante se adjudica la finca. Previamente, el recurrente inquilino había comparecido, entre la primera y segunda subasta, alegando su condición, con objeto de que fuera conocida por los eventuales concurrentes a la segunda subasta. Después de la adjudicación, se procede a dar posesión de la finca al acreedor ejecutante con requerimiento de desalojo a sus ocupantes. El recurrente en amparo solicitó nulidad de la diligencia de desalojo, que fue desestimada por el juez de instancia "por haber comparecido en autos, pero no ser tenido por parte".

El recurrente interesa del TC una sentencia estimatoria en que se declare que ha sido violado el derecho a la defensa y tutela jurídica, establecidos en el art. 24 CC, en el procedimiento meritado del art. 131 LH. Solicita que se declare la nulidad de las actuaciones de las providencias de desalojo y de las resoluciones que desestiman el recurso de nulidad de actuaciones, interesando del TC que se ordene al juzgador de instancia que se abstenga de lanzar al recurrente de la vivienda que ocupa, hasta tanto no se la tenga por parte y oída en el proceso correspondiente.

En sus alegaciones ante el TC, el acreedor ejecutante sostiene que al recurrente le queda abierta la vía del procedimiento declarativo posterior, a que se refiere el art. 132 LH, que en ningún caso, como señala este precepto, puede tener eficacia suspensiva del proceso de ejecución.

El Ministerio Fiscal sostiene que la subsistencia o extinción del arrendamiento por la ejecución de una hipoteca previa es cuestión de legalidad ordinaria, que deberá ser resuelta en el declarativo correspondiente.

El TC estima el amparo, anulando las providencias de referencia, y restablece al recurrente en su derecho, "para lo cual el juez ejecutor se abstendrá de ordenar en aquel procedimiento ejecutivo el lanzamiento de la arrendataria recurrente".

3. *Los temas de referencia*

Antes de proceder al examen de los fundamentos de la STC 6/1992, conviene fijar los elementos de la disputa. Si se leen los hechos, las alegaciones de las partes y del MF, así como — lo veremos a continuación los Fundamentos de la sentencia, parece que bajo la impresión de estar refiriéndose al mismo problema, las distintas interpretaciones del litigio ignoran que existen diversas perspectivas en su formulación, y que no hay conformidad entre estas perspectivas. ¿Qué se discute? A esta pregunta caben las siguientes respuestas.

1) Se discute si el arrendamiento concertado posteriormente a la hipoteca se extingue o no con la ejecución de ésta, *en general*. Se trataría de una pregunta de derecho sustantivo, no de la instancia procesal adecuada.

Obsérvese que el MF parece creer que es precisamente éste el problema que se dilucida en el litigio. Veremos que los propios Fundamentos de la sentencia dan a entender en algún momento que el TC también lo cree.

2) Se discute si el arrendamiento concertado después de la hipoteca se extingue con la ejecución de ésta, de manera que el juez pueda proceder a dar posesión de la finca, desalojando a los ocupantes, en el mismo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, inmediatamente después del auto de adjudicación.

Puede sostenerse entonces que el arrendamiento se extingue, por principio. *Pero* que esa extinción no puede ser decidida en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La lectura de los Fundamentos van a sugerir que ésta es la perspectiva elegida. Es decir, que lo que resulta conflictivo es si debe acudir el acreedor a un procedimiento declarativo posterior —o le basta el procedimiento de ejecución— para extinguir el arrendamiento. Se daría por supuesto, entonces, que, de una forma u otra, la extinción se produce, y queda por averiguar la vía procesal para lograrlo.

Ahora bien, ese no parece ser el problema que el recurrente residencia ante el TC. Tampoco se puede saber si el TC permanece en esta consideración procedimental o si se pronuncia igualmente desde un punto de vista sustantivo.

3) Se discute ahora si la extinción y lanzamiento pueden ser decididos en el procedimiento de ejecución sumaria del art. 131 LH omitiendo un trámite de citación y audiencia al poseedor inmediato de la finca. Estaríamos entonces de acuerdo en que la extinción se produce en méritos del auto de adjudicación, pero exigiríamos que el tercer poseedor arrendatario fuera citado antes de proceder a la subasta de la finca.

Yo creo que es ésta la pretensión originaria del recurrente. Pero todavía queda alguna duda. Cuando el recurrente postula su derecho a ser emplazado no sabemos qué tipo de oposición desea presentar. Porque podemos hablar de una citación para pago, como ocurre con cualquier tercero poseedor o acreedor de finca hipotecada. De modo que el recurrente se quejaría de que, queriendo haber pagado la hipoteca, no le ha sido dada ocasión de hacerlo. Si fuera esto lo que se discute, la cuestión quedaría ceñida a saber si cabe, incluyendo también al arrendatario, una interpretación analógica del art. 131, regla 5 de la LH. Yo no veo dificultad insuperable para defender esta analogía.

Pero el recurrente puede querer ser citado no ya para pagar, sino para oponerse, “en defensa de sus derechos”. Esta segunda interpretación ya no se satisfaría con una aplicación analógica, en beneficio del arrendatario, de alguna regla del art. 131 LH, sino con una integración de dicho artículo, creando causas de oposición desconocidas por la norma con carácter general, sea cual fuere el tercero que estime resultar perjudicado.

4) Se discute, en términos más generales, si el recurrente ha sufrido una lesión de su derecho a una tutela efectiva de jueces y tribunales, con resultado de indefensión. Esta lesión del derecho no trae causa de la circunstancia material de tratarse de un arrendatario despojado de la posesión sin posibilidad de oposición, sino de que, a

pesar de los sucesivos requerimientos al respecto, no se ha comunicado al recurrente la existencia del proceso. Es lo que el TC llama en el Fundamento 3 “indefensión formal”.

Si ésta fuera la razón del recurso, debería el mismo haber sido desestimado. Como el propio TC advierte en su Fundamento 2. Indefensión formal no puede haber desde el momento en que, a pesar de la ausencia de comunicación, el conocimiento que del mismo tuvo el recurrente y la comparecencia del mismo priva de transcendencia constitucional a la alegada infracción, ya que “no puede detectarse una indefensión de la interesada, que pudo exponer ante un órgano judicial lo que convenía a su derecho, aunque no obtuviera respuesta favorable” (Fundamento 2).

Si ésta fuera la cuestión discutida en el recurso ante el TC procedería la desestimación del amparo. Una vez comparecido, no hay lesión del derecho a la tutela efectiva. No importa si se le privó o no de la posesión, o si el arrendamiento se extinguió en el proceso sumario o en un declarativo.

El recurrente, empero, confunde ambos extremos. Los “daños irreparables” que sostiene le va a producir la resolución judicial de desalojo y lanzamiento lo vincula a la no notificación del proceso y al no haber sido llamado a juicio.

5) No se discute sobre la subsistencia o extinción de arrendamiento una vez producida la adjudicación a que se refiere el art. 131, regla 17 LH. Aunque esta extinción se diera por supuesta, lo que resulta inviable es “desposeer” materialmente a la arrendataria de la cosa, mediante desalojo o lanzamiento, sin haber sido oída.

Yo no creo que sean éstos los términos del litigio. Es de suponer que todas las partes admiten que este derecho a continuar en la posesión material ha de derivar de algún título que habilite a poseer, y éste se habría perdido con la extinción del arriendo. En cualquier caso, la referencia al Derecho positivo sigue aquí existiendo, pues la regla 17 del art. 131 LH dispone *in fine* que “también se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente que lo solicitare”.

En mi opinión no resulta nada claro sobre qué está discutiendo y resolviendo el TC. El primer defecto de la sentencia es el no haber delimitado claramente el objeto de la controversia.

Para el TC la “indefensión material” no se va a producir precisamente por la circunstancia alegada, sino por la aplicación “correcta” del art. 131 LH.

4. Ruptura de una línea jurisprudencial

El TC no ha justificado suficientemente por qué ha roto su propia doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el art. 131 LH no contiene causa de indefensión. Este procedimiento judicial sumario — reza esta doctrina— sería un simple procedimiento de realización de valor que carece de fase de cognición; la contradicción quedaría remitida al declarativo ulterior, como dispone el art. 132 LH, y ya la posibilidad de un proceso donde se pueda discutir cualquier extremo impide hablar de indefensión. Porque lo que los arts. 131 y 132 LH niegan no es la contradicción, sino el efecto suspensivo de la misma sobre la ejecución hipotecaria (TC 41/81 y 64/85; cfr. sobre esta jurisprudencia LASARTE, *La jurisprudencia constitucional*, 1-2; menos decisiva la STC 8/91, que se refiere a otro particular).

En la sentencia presente el TC no es capaz de dar una razón plausible de por qué la cualidad arrendaticia del recurrente en este caso impide darse por satisfecho con la solución del art. 131 LH. El núcleo del argumento parece hallarse en las siguientes confusas razones del Fundamento 3: “No se trata de introducir aquí un nuevo interrogante sobre la constitucionalidad del proceso sumario... Pero de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme (?) la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del art. 131 LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero, y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de “ejercer el juicio declarativo correspondiente” que le reconoce la Ley, ya que esta conclusión *podría ser citada en determinados casos pero no en otros, dependiendo ello de las circunstancias, que no son naturalmente siempre las mismas*, como puede comprobarse con la atenta lectura de las sentencias citadas, cuyos supuestos fácticos no estaban relacionados, como en el caso, con terceros poseedores por título arrendaticio”.

Se aprecia en la sentencia que da por supuesto lo que precisamente hay que demostrar; a saber, que la diversidad de casos comporta también una diferenciación normativa, además de que no se identifica la línea divisoria entre estos posibles casos distintos.

No se aprecia cuál puede ser la razón distintiva entre un arrendatario y otro tercer acreedor o poseedor de la cosa hipotecada. Desde luego no puede ser —a pesar de ciertas frases sugeridas en la sentencia— el hecho de que, de admitirse el lanzamiento, el arrendatario tendría que litigar desde una posición débil, desposeído de la vivienda y expuesto a que la finca acabara en manos de un tercero protegido por la fe pública registral.

Pues ésta es una circunstancia que ocurre en cualquier otro poseedor de la finca hipotecada que fuera desalojado de resultas de la adjudicación: así, un comprador de la finca hipotecada o un usufructuario.

Debe observarse que la LH no desconoce los derechos que pudieran corresponder a terceros. Pero no hace discriminación en función de la cualidad material de estos terceros (poseedores y acreedores) sino en razón, exclusivamente formal, a su condición de inscritos o anotados en el Registro. Sólo éstos serán notificados para pago.

Hasta tanto no se esclarezca esta peculiaridad diferencial no puede entenderse por qué el legislador deba “introducir una nueva previsión en el proceso del art. 131 LH que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada” (Fundamento 7). ¿Qué existe en la institución arrendataria que la legitima a ella sola para pretender que una ejecución hipotecaria *ex art. 131 LH* lesiona los derechos de defensa?

Esa pretendida razón diferencial no puede hallarse sino en una peculiar naturaleza del arrendatario, no explicada, que le inmunizaría frente a esas consecuencias naturales del carácter sumario de la ejecución. Peculiar naturaleza que no puede ser otra que la presuposición de que el arrendamiento como institución es inmune a la ejecución hipotecaria y que no le afecta el principio de purga, que es precisamente el tema sobre el que el TC advierte expresamente que *no se está pronunciando*.

Hay que acabar haciendo una referencia necesaria en descargo de la acusación de ruptura con la jurisprudencia anterior. En la STC 148/1988 se estima el amparo contra una negativa por parte de la Audiencia a decretar la nulidad de oficio de un proceso de ejecución por no haber sido citado a efectos del art. 131 LH un tercer poseedor en documento privado (y, por tanto, no inscrito). Ahora bien, que esta citación no es precisa se revela de la lectura de la regla 5 del art. 131. Con todo, era posible todavía llegar al resultado de la nulidad sin desautorizar al art. 131 LH, integrando debidamente —esfuerzo que, por lo demás, no realiza el Tribunal— esta regla 5 con lo dispuesto en el número 3 de la regla 3 del art. 131 LH.

5. *Una imposible interpretación conforme a la Constitución*

De haber sido consecuente, el TC hubiera debido someter al Pleno la cuestión de constitucionalidad sobre el art. 131 LH, revisando de esta forma su doctrina constante que no encontraba tacha de inconstitucionalidad en este precepto.

Lo que no resulta consecuente es estimar el amparo y mantener la validez del precepto discutido. Este compromiso es imposible, y no puede obtenerse por vía de interpretación de las reglas 4, 5, 8 y 17 del art. 131 LH. Por mucho que se quiera apurar la tolerancia interpretativa, y por muy elástico que se quiera el criterio de interpretación conforme a la Constitución, no puede llegarse al extremo de forzar hasta tal punto la norma que haya que deducir por vía de interpretación que los terceros (cualesquiera con interés en la posesión) deben ser citados para discutir (¿dónde?) todos los extremos que se les ocurran, en el mismo procedimiento que la LH perfila como carente de trámite de oposición. ¿De qué sirve entonces que los arts. 131 y 132 sigan siendo normas válidas si no pueden ser aplicadas, ni tienen sentido alguno las prescripciones que contienen? La interpretación conforme a la Constitución es imposible cuando su resultado deja vacío de contenido el precepto y destruye su *ratio*.

Para darnos cuenta de cuáles son los límites interpretativos de los arts. 131 y 132 LH procede recordar lo que es interpretación indiscutida sobre ellos. Se trata de un procedimiento en el que no hay trámite de oposición, en el que ni el deudor ni el tercer poseedor llegan a constituirse siquiera como partes procesales; no precisan ser emplazados, ni es preciso darles copia de los escritos. A los poseedores y acreedores anteriores a la nota marginal a que se refiere la regla 4 del art. 131 se les notifica para pago, no para discutir extremo alguno atinente a su derecho. Si estos terceros son posteriores a la nota marginal de la regla 4, ésta sirve de notificación para los mismos, que no serán citados ni requeridos en modo alguno, aunque siempre pueden pagar el crédito que se ejecuta (vgr. ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, IV, 1102 ss.). Todavía mucho más clara es la legítima preterición a que pueden ser sometidos los terceros que adquieren derechos sobre la finca una vez que sobre la misma se ha practicado anotación preventiva de embargo en favor de algún acreedor (cfr. RDGRN 30-IV-1989).

Si esta es la interpretación uniforme y correcta de los preceptos hipotecarios, no puede pretenderse que se llegue a la solución del TC por la vía de la “interpretación en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales...”, *interpretación y aplicación del art. 132 LH* que elimine aquellos efectos no queridos o, al menos, en contradicción flagrante (¿) con el derecho fundamental a la defensa” (Fundamento 6). No es posible una *interpretación* del art. 132 LH por medio de la cual se consiga el resultado de que “el desalojo y lanza-

miento de la recurrente de la vivienda que ocupa, requiere como exigencia constitucional que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes". Ciertamente que el legislador "podrá introducir una nueva previsión en el proceso del art. 131 LH que permita la comparecencia con igualdad de armas procesales del arrendatario de una finca hipotecada". Pero en tanto ello no ocurra no puede ser una *interpretación* del art. 131 aquélla que concluya que "la arrendataria no podrá ser lanzada sin haber sido parte en la única vía procesal posible, que no es otra que el proceso declarativo ordinario" (Fundamento 7). Los esfuerzos constructivos en que se empeña el TC exceden de lo que permite el sentido *literal* de estas normas, por muy generoso que se fuese en la delimitación de este sentido. "Una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal ya no es interpretación, sino modificación del sentido" (LARENZ, *Metodología*, 318). Esta interpretación conforme a la Constitución, que ya no es compatible ni con la más amplia de las interpretaciones, no puede valer como contenido de la ley (LARENZ, *Metodología*, 341). El resultado sería una mixtificación entre lo que constituye una interpretación conforme a la ley —Ley hipotecaria, en este caso— y una decisión creadora de derecho que se argumenta a partir de los fines extralegales que debe perseguir el legislador (cfr. sobre el particular OTTO, *Derecho Constitucional*, 289).

Lo peor de esta derogación clandestina de las normas citadas y de su ficticia subsistencia, es que legitima en el futuro todo tipo de irracionalidad interpretativa de los jueces con ocasión de los preceptos discutidos. El TC ha venido a decirles a estas instancias judiciales que todo puede ser obtenido por vía de interpretación, y que no hay barrera que impida a la jurisdicción ordinaria perseguir la consecución de los derechos fundamentales *malgré tout*. Esta subsistencia fantasmal de los preceptos hipotecarios es peor que su derogación, pues desaparece para la jurisdicción ordinaria la barrera que representaba el principio de legalidad y la frontera entre interpretación permitida por el art. 3 CC y la creación libre de derecho, excluida por los art. 1 CC y 9 CE en aras del principio de seguridad.

6. La subsistencia del arrendamiento

El TC, consciente de sus límites competenciales, advierte que no va a "terciar en la cuestión, que corresponde dirimir a la jurisdicción

ordinaria, de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca, o si, por el contrario la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca en razón de la protección que le otorga la legislación especial”.

Yo creo que esta declaración no expresa el proceder del Tribunal. A pesar de que el TC no “tercia” en este tema, el lector acaba la lectura de la sentencia con la sospecha de que existe en el entender del Tribunal una presuposición sobre este extremo, que larvadamente predetermina el curso de la argumentación. En primer lugar, porque no se adivina cuál otra puede ser la razón de la singularidad del arrendamiento frente a otras posiciones legítimas, sacrificadas merced al rigor de la ejecución hipotecaria. Sólo si el TC dispone de una determinada precompresión puede explicarse por qué este caso no entra dentro de la *ratio* de anteriores pronunciamientos constitucionales relativos al art. 131 LH. Sólo así se comprende también que el TC reclame del legislador alguna previsión específica en sede de la norma citada, para permitir que el arrendatario (¿por qué no también otros?) pueda litigar en igualdad de armas procesales.

Tampoco la simple mención *ilustrativa* de la jurisprudencia del TS relativa al problema cuestionado es inocente. Una vez que se evita la tentación de terciar en el tema, se recuerda (“por cierto”, son las palabras perturbadoras) que la más reciente doctrina del TS se pronuncia en favor de la subsistencia del arrendamiento.

La interpretación conforme a la Constitución que se pretende suministrar del art. 132 LH tiende a eliminar “sus efectos más chocantes con el derecho fundamental a la defensa”. Pero también chocantes con “normas de derecho necesarias”; y se cita entre paréntesis el art. 57 LAU, en relación con el art. 114.4 LAU. ¿Por qué se citan estas normas de rango legal, relativas a la prórroga arrendaticia urbana, que, por cierto deberían haberse relativizado con mención equivalente del RDL 2/1985? ¿Para quién son “necesarias” estas normas? Sólo se puede pensar que lo sean para el legislador ordinario si se les otorga un rango superior al de la norma que eventualmente las conculca (en el caso, la LH). Y sólo pueden elevarse de rango las normas de la LAU si se sostiene una especial relación entre derecho a la defensa y derecho a la prórroga arrendaticia.

Lo perturbador del caso es que el TC no afirma, ni podía razonablemente hacerlo, que exista una conexión siquiera lejana entre derecho de prórroga y derecho a la defensa. Dado que una fundamenta-

ción en el art. 47 CE (derecho a la vivienda) hubiera sido también improcedente en sede de amparo, la incursión en el país de la legalidad ordinaria resulta hecha sin una cobertura constitucional que la proteja. La mención al art. 57 LAU queda fuera de contexto en el marco del discurso constitucional.

Más aún, la insatisfacción que le produce al TC la consecuencia de que el arrendatario tenga que ser remitido a un declarativo ulterior para ser repuesto en la posesión de la “que ha sido unilateralmente privado” (Fundamento 6) sugiere la impresión de que el TC dispone de la seguridad de que en el declarativo ulterior se produciría un reconocimiento del derecho del inquilino a continuar en la posesión. Si esto es así, la estimación del recurso reviste nuevas perspectivas: la indefensión no vendría dada por la circunstancia del desalojo sin contradicción, sino por privar ahora de un derecho que tendría que ser reintegrado con posterioridad, obligando a un segundo litigio, que se antoja innecesario. A mí no me cabe duda de que si el TC hubiera creído en la extinción del arrendamiento, no habría estimado el amparo. El argumento sería reversible, en favor ahora del ejecutante: por qué impedirle obtener ahora en vía sumaria un derecho que *indefectiblemente* ha de obtener después en vía declarativa.

Deben hacerse aquí algunas aclaraciones de legalidad ordinaria. Cuando el art. 132 LH remite “todas las demás reclamaciones” que se puedan formular por el deudor o terceros al declarativo correspondiente, debe entenderse que esta remisión no alcanza a los extremos cubiertos por la cosa juzgada material, que se predica naturalmente del auto aprobatorio del remate o adjudicación. Es incorrecto minimizar la fuerza resolutoria de este auto, como hizo el TC en sentencia 148/1988, que negó que, por no ser sentencia, estuviera sometido a la preclusión de las acciones de nulidad a que se refiere el art. 240 LOPJ.

Dentro del ámbito cubierto por la cosa juzgada se halla la extinción de derechos y cancelación de cargas a que se refieren las reglas 8 y 17 del art. 131 LH. La subsistencia de los mismos no puede ser ventilada de nuevo en el declarativo posterior. La cancelación y extinción no es un efecto provisorio del auto, sino una consecuencia de la eficacia real de la hipoteca y del principio de rango. El titular de un derecho posterior no puede discutir en el declarativo posterior si su derecho subsiste o no. Naturalmente que sí podría discutir, por no estar cubierto por la eficacia de cosa juzgada del auto, si la hipoteca era válida o nula o si se realizó en fraude de derechos de terceros, o cualquier otra eventualidad. Pero la circunstancia misma de la subsisten-

cia en cuanto tal no forma parte de la contradicción procesal, en ninguna instancia. En otras palabras, queda excluido del segundo proceso el ventilar si los derechos posteriores a la hipoteca se extinguen o no en virtud del principio de rango.

Por tanto: si el arrendamiento se extingue con el auto de adjudicación, como cualquier otro derecho posterior a la hipoteca, no se puede decir que esta extinción sin contradicción es adecuada a la Constitución *sólo por el hecho* de que cabe declarativo ulterior. Pues no cabe en este particular, y procedería la excepción perentoria de cosa juzgada.

Que el arrendamiento subsiste, en la precomprensión del TC, se puede inferir de las líneas finales del Fundamento 6. Según el Tribunal, si el ejecutor se abstiene de lanzar a la familia ocupante “no se provoca en modo alguno una pérdida o disminución de su derecho de propiedad, que es lo adquirido, pues justamente se le da lo que el Ordenamiento jurídico permite, es decir, el dominio de la finca”. Si no se perjudica con ello, y por la razón dicha, al adjudicatario, tampoco se le perjudicará en el sentir del Tribunal si se le mantiene aun después del declarativo ulterior. Expresión ésta de “no provocar una pérdida de su derecho” que realmente testimonia una valoración inadecuada del sentido del derecho de hipoteca. Pues el acreedor no hipoteca para adquirir después del dominio de la cosa sino para cobrar su crédito con la venta de la misma. Y nadie puede dudar a estas alturas que sí vale menos la cosa si tiene inquilino dentro que si está libre de arrendatarios. ¿A quién puede vender la casa ahora el banco ejecutante, cobrándose con el precio, si al comprador le corresponde cargar con este arrendamiento, o, al menos, con los riesgos de litigar infortunadamente para extinguirlo?

II. LOS ARGUMENTOS DE DERECHO POSITIVO

1. Datos normativos

Han sido constantes los datos normativos utilizados tanto por quienes defienden la subsistencia del arrendamiento cuanto por quienes sostienen la extinción del mismo cuando se ejecuta la hipoteca. En favor de la subsistencia se ofrecen el art. 57 LAU, queriendo deducir aquélla de derecho de prórroga forzosa del inquilino, como consecuencia natural de ésta (TS 23-II-1991); en el art. 114, n.º 12 LAU,

interpretado por analogía, pues se entiende haber identidad de razón en el caso de arriendo concertado por usufructuario y en el celebrado por el propietario sometido a una carga hipotecaria (TS 9-VI-1990; ROCA SATRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, IV, 1165); el art. 219, n.º 2 RH, pues si el juez puede decretar medidas de protección en favor del acreedor hipotecario cuando se concierten arriendos que dañen su derecho, será debido a que el acreedor ha de pechar con ese arriendo en caso de ejecución, salvo que lo anule por fraude a través de esta acción de devastación (TS 9-VI-1990; DEL RIO, CCJC 17 § 434).

En favor de la extinción del arrendamiento se aporta el art. 131, regla 17 LH, pues si se extinguen y cancelan las cargas posteriores a la hipoteca, con más razón los derechos personales, inscritos o —*a maiore*— los no inscritos (TS 31-X- 1986, 17-XI-1989).

En la doctrina existe división de criterios. En primer lugar quienes admiten indubitadamente que el arrendamiento se extingue en estas condiciones (GARCIA, RCDI 1991, 2225 ss; CUESTA, CCJC 23 § 617); quienes sostienen que, en virtud de la excepcionalidad de la legislación protectora, el arrendamiento subsiste (ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, 1165); quienes sostienen que el arrendamiento se extingue, pero el arrendatario tiene reconocido derecho a retraer la finca frente al adjudicatario (DEL RIO, CCJC 17 § 434; BOLAS, RDP 1889, 126-128); los que creen que después de RDL 2/195 el arrendamiento se extingue por aplicación del art. 1571 CC, pero conservando al arrendatario el derecho de retracto (CASTILLO, *Supresión de la prórroga*, 171); por fin, quienes postulan de *lege ferenda* la extinción del arrendamiento y la conservación en favor del inquilino del derecho de retracto arrendaticio (MONSERRAT, RJC 1992, 723-724).

2. Posición personal

Desde la consideración de Decreto positivo, a mí no me cabe duda de que la solución correcta es la extinción del arrendamiento con la ejecución hipotecaria, perdiendo, además, el arrendatario el derecho de retracto. Más aun, creo que en verdad nadie puede pensar seriamente que con los datos positivos en la mano la solución pudiera ser otra. Esta creencia es la que me empuja a considerar la diversidad de opiniones como una disputa en el terreno de los principios, pues no

puede caber vacilación sobre cuál sería la respuesta si se disputara en el puro terreno de las leyes.

El argumento, repetido, en virtud del cual el art. 131, regla 17 LH no es concluyente al respecto, se basa en una omisión. Se dice que el precepto en cuestión se refiere a la cancelación de los asientos registrales, pero no atañe, por su carácter adjetivo, a la extinción de los derechos que el Registro publica. Naturalmente que esta construcción constituye una falacia: sin ir mas lejos porque omite el art. 131, regla 8 LH, donde queda claro que la cancelación de asientos es consecuencia de la extinción del derecho inscrito o anotado.

No tiene fuerza alguna el apoyo del art. 114, n.º 12 LAU, a cuyo tenor subsisten, extinguido el usufructo, los arrendamientos concertados por el usufructuario, salvo que resulten notoriamente gravosos para el dueño. El precepto en cuestión no es una norma que pueda servir como "modelo" a partir del cual deducir un principio generalizable. El legislador no pretendió con ella concretar un principio, sino solucionar un problema parcial planteado por el art. 480 CC. La norma de la LAU aparece con objeto de evitar la aplicación del precepto del CC, es decir, como excepción al derecho común, ahora restaurado en el ámbito de la legislación agraria por los arts. 13 y 78 LAR.

Pero hay más. Existen razones que se oponen a considerar como idénticas las *ratios* de ambos supuestos, razones que parecen no haber sido advertidas ni por quienes rechazan la analogía en el caso presente. El nudo propietario puede evitar la aplicación de la norma de la LAU no constituyendo el usufructo sobre su finca; pero el acreedor hipotecario no puede hacer nada por controlar el arrendamiento concertado por el deudor, ya que el derecho de propiedad en que éste se funda no deriva ni puede ser neutralizado por la hipoteca. Puede objetarse que acaso la nuda propiedad y el usufructo se constituyeron simultáneamente, y que ello será, además, lo normal, dado que el título sucesorio es el preeminente en la constitución del usufructo; entonces no deriva del dueño gravado con el arrendamiento. Tampoco esta objeción sería definitiva, porque la división *uno actu* de propiedad y usufructo ha nacido de un título gratuito, que por esa razón no aparece como merecedor de una protección de la confianza en la consolidación futura. Por el contrario, la confianza que adquiere a través de la primacía de rango el acreedor hipotecario es una confianza adquirida por él a título oneroso.

Queda el supuesto de que el usufructuario retuviera este derecho por vía de *deductio*, enajenando la nuda propiedad a título oneroso.

Prescindiendo ahora de que este supuesto es poco menos que irreal (lo real es que deduzca el usufructo y se transmita a título gratuito la nuda propiedad a los hijos del donante), tampoco sería idéntica la posición del nudo propietario y la del acreedor hipotecario de nuestro supuesto. Porque el art. 114, n.º 12 LAU no impide la consolidación en el horizonte del tiempo; solamente la retarda, hasta el momento en que se extinga el arrendamiento. A diferencia del interés del nudo propietario, con la subsistencia del arrendamiento no se pospondría la satisfacción del interés del acreedor hipotecario sino que se destruiría definitivamente. Al acreedor hipotecario no le importa si ese arrendamiento ha de extinguirse en el horizonte futuro del tiempo, puesto que su interés no radica en la propiedad sino en el valor en venta actual de la finca, valor que con la subsistencia del arrendamiento queda definitivamente destruido. Cierto que el adjudicatario que desee la adquisición de la propiedad del piso puede recuperar en el futuro este derecho pleno. Pero no es el interés del adjudicatario el que se protege con el art. 131, regla 17 LH sino el interés del ejecutante.

Al margen de su "derogación" por el RDL 2/1985, el art. 57 LAU es de improcedente alegación para justificar la subsistencia. Porque este precepto protege al arrendatario, mediante la prórroga forzosa, frente a las transferencias de dominio que el arrendador realice posteriormente a la constitución del arriendo. La norma excepciona y deja sin efecto en este punto los arts. 1571 CC y 34 LH. Pero *no deroga el principio de rango y prioridad*. El problema derivado del principio de rango no es parangonable con la cuestión de la fe pública registral (cfr. GONZALEZ CARRASCO, *Comentario*, 229 ss.). El art. 57 LAU establece que el adquirente posterior no puede desconocer el arriendo, pero no obliga a que adquirente de un derecho anterior al arriendo soporte los actos dispositivos que posteriormente realice el dueño. El error de mencionar en esta sede el art. 57 LAU viene de la creencia equivocada de que el conflicto que nos ocupa enfrenta al arrendatario y al adquirente adjudicatario posterior, cuando lo cierto es que el enfrentamiento tiene lugar entre el arrendatario y el acreedor hipotecario anterior. La adquisición del tercero por vía de adjudicación no trae causa de un acto dispositivo del deudor gravado con la hipoteca, sino de la resolución del derecho de éste con efectos retroactivos, merced a la realización de la hipoteca. El art. 57 LAU protege el principio de *prioridad*, que favorece al arrendatario. El mismo principio que ampara la regla registral de rango (cfr. sobre el concepto de "sucesión derivativa" GINOT LOBATERAS, ADC 1955, 1164 ss.; CUADRADO, *La Ley* 1991-3, 840 ss.).

El art. 219.2 RH no es apoyo tampoco de la regla de subsistencia. Este precepto se preocupa sólo de solucionar una eventualidad producida en la fase de pendencia de la hipoteca, sin prejuzgar cuál será el destino del arrendamiento en la fase de ejecución. Pues muy bien puede ocurrir que el acreedor hipotecario esté interesado en pedir la nulidad de un arriendo aun sabiendo que en el momento de ejecutar la hipoteca este arriendo se extinguirá; momento de ejecución que puede estar lejano, o no interesar, siendo en cambio cierto que la subsistencia actual del arriendo dañará los intereses futuros del acreedor, al devastar la finca o deteriorarla en punto tal que hace temer por la consistencia de la garantía o al haberse pactado una renta ínfima que, como fruto civil al que se extendería la hipoteca, no basta para cubrir las amortizaciones del préstamo.

3. *Exposición de la jurisprudencia*

La jurisprudencia del TS relativa al problema que nos ocupa ya ha sido expuesta por otros con detalle, lo que nos excusa de pormenorizar en ella (cfr. MONSERRAT, RJC 1992, 719 ss.; GARCIA, RCDI 1991, 2226 ss.; LASARTE, *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior*, 19 ss.). Pero haremos una mención somera de ella, reteniendo lo que importa a nuestros efectos.

La STS 5-II-1945 defendió la extinción del arrendamiento. Pero se trataba de arrendamiento rústico, y la solución especialmente se funda en el art. 25 LAR, vigente a la sazón. También se menciona el carácter resoluble del derecho concedido por el arrendador gravado con la hipoteca.

La STS 22-XII-1945 sostuvo con argumentos de enjundia la extinción del arrendamiento. Pero se trataba de un arrendamiento de explotación industrial, sometido al CC, y que además se hallaba inscrito en el Registro. En términos similares la STS 22-V-1963: se cita en ella el art. 131, regla 17 LH y se casa la sentencia de instancia, que había sostenido que la cancelación formal no comportaba extinción material. Se trata ésta de la única sentencia que parece sostener la extinción del arrendamiento sin necesidad del apoyo en las concretas circunstancias que concurrían en el caso.

La STS 19-II-1968 opta por la subsistencia del arrendamiento urbano. Es una sentencia de interés. No sólo porque hace una apelación a los *principios* arrendaticios, y entre ellos al *principio fundamen-*

tal de la prórroga, sino porque inaugura la práctica de “relativizar” la doctrina de la jurisprudencia anterior en contrario. De esta forma se excusa de la novedad diciendo que la primera sentencia de 1945 trata de rústicos, la segunda afecta a un arrendamiento del CC; otra de 4-V-1961, que se cita, no entró en el fondo del asunto; y, por fin, de la de 22-V-1963 se recuerda que, igual que una sola golondrina no hace verano, una sola sentencia no constituye jurisprudencia.

La STS 31-X-1986 es una de las recientes sentencias que se suele citar para postular la extinción del arrendamiento. Con todo, y como ocurre en otros pronunciamientos, se aprecia con dificultad cuál es la *ratio decidendi*. Ciertamente que la sentencia se apoya en una aplicación “lógica” del art. 131, regla 17 LH, y que recurre a la doctrina de la sentencia de 5-II-1945, que versaba de arrendamientos rústicos con norma específica. No obstante, lo que se revela como de mayor peso es la afirmación jurisprudencial de que el arrendamiento era inexistente por simulado, aunque en ningún momento se dice que la “mala fe” del arrendatario (hijo del deudor gravado) haya sido utilizada como criterio decisorio. Resulta curioso que cuando la jurisprudencia posterior cita ésta en apoyo de la extinción lo haga sin detenerse a considerar estas circunstancias de hecho con las que el TS ilustra su doctrina (cfr. así AP Palencia 11-VI-1990, La Ley 1990-4, 554).

La STS 23-XII-1988 opta por la extinción del arriendo. Lo curioso es que busca su apoyo en una norma como el art. 114, n.º 12 LAU; esto quiere decir que la extinción deriva no del carácter preferente de la hipoteca sino del notorio perjuicio que el alquiler causa al acreedor. Las circunstancias de hecho así lo avalan, pues menciona una “mala fe” consistente en el mero hecho de conocer la existencia de la hipoteca y un fraude inducido del montante ínfimo de la renta y de la constitución del arrendamiento en el momento en que ya se estaba ejecutando la hipoteca. Se cita también la STS 5-II-1945, que versaba de rústicos y, por ende, incompatible con la aplicación conjunta del art. 114, n.º 12 LAU.

La STS 17-XI-1989 sostiene que el arrendamiento se extingue. Es cierto que el TS quiere generalizar su solución particular con cita del art. 131, regla 17 LH y con referencias al carácter “real” de la hipoteca. Pero no deja de resaltar de los hechos ilustrativos la circunstancia de que el arriendo era simulado, por la baja renta en que se concierta y por el momento en que se constituye.

La STS 9-VI-1990 defiende la subsistencia del arrendamiento. Se trata de una resolución rica en paradojas. El caso versa sobre alquile-

res rústicos y además no se discute la subsistencia del arriendo sino la procedencia del retracto del arrendatario contra el adjudicatario. En este contexto, el TS destaca la irrelevancia del art. 131, regla 17 LH, y cita en apoyo de su tesis (¿) lo dispuesto para los urbanos en el art. 114, n.º 12 LAU, sin precisar hasta qué punto se hace un uso decisorio o ilustrativo de esta norma. La misma mención extraña se realiza ahora al art. 57 LAU, que se mezcla con la referencia a los art. 13 y 78 LAR. Estas normas, que preven la resolución del arriendo, son aplicadas malamente por el TS, que las interpreta de forma inadmisibles. El TS relativiza la existencia de una corriente jurisprudencial adversa, "restringiendo" la eficacia de la doctrina general de las SSTS 31-X-1986 y 28-XII-1988 a los casos en que ocurra simulación o fraude.

La *STS 23-II-1991* proclama la subsistencia del arrendamiento urbano. Se supone que el art. 114 LAU contiene una lista cerrada de causas de resolución, y se apela al art. 57 LAU. Se hace una interpretación *a contrario* del art. 131, regla 17 LH: se cancelan y extinguen los derechos inscritos, luego subsisten los no inscritos (!). Se recuerda que la existencia de una doctrina contraria es sólo aparente, pues las resoluciones de 23-XII-1988 y 17-XI-1989 se referían a casos de simulación y mala fe.

La *STS 6-V-1991* se reitera en los argumentos de las dos anteriormente citadas.

Las *RRDGRN 19 y 20-XI-1987* defienden que la ejecución de la hipoteca purga los arrendamientos posteriores, y que el arrendatario no dispone de derecho de retracto, efectos ambos que, parece, sólo se predicán con seguridad ("al menos") para los arrendamientos posteriores al RDL 2/1985.

4. Valoración de la jurisprudencia

La jurisprudencia del TS puede resumirse, a los efectos que nos importan, como sigue.

1) Nunca ha hecho el TS distinción de soluciones según se tratara de un problema de subsistencia del arriendo o de la pertinencia del derecho de retracto. Cuando el TS sostiene la extinción, ésta conlleva también la improcedencia del retracto arrendaticio. Que ambos temas encuentran la misma justificación se demuestra con la *continuatio* argumental entre *STS 9-VI-1990* (cuestión de retracto) y la *STS 23-II-1991* (cuestión de extinción).

Este tratamiento unificado de ambos extremos es correcto, como expondremos más adelante.

2) El TS desconoce la coexistencia de doctrinas contrarias dentro de su propia jurisprudencia. Las resoluciones que optan por la extinción se remiten a otras anteriores del mismo tenor, silenciando las contrarias. Las resoluciones que estiman la subsistencia relativizan la jurisprudencia contraria restringiendo la validez de su doctrina en función de circunstancias de hecho del caso concreto; restricción que por cierto nunca postuló la jurisprudencia que ahora se relativiza.

3) La referencia a la “mala fe” no puede servir como criterio decisorio. Cuando el TS hace mención a una mala fe que coincide con el conocimiento de la existencia de una hipoteca previa, esta mala fe en sentido subjetivo viene a significar lo mismo que eficacia de la publicidad registral. Si la opción favorable a la extinción se relativiza a los casos de “mala fe” subjetiva, la relativización pierde su efecto, pues la extinción sería pertinente para la mayoría de los casos. Y aquellos que desconocieran la existencia de la hipoteca podrían ser reprochados de que se valen de una buena fe inexcusable, pudiendo haber acudido al Registro.

5. *Leyes, principios y argumentos*

La valoración global de la jurisprudencia reseñada pone de manifiesto que realmente el TS no ha elegido como criterio de decisión unas determinadas premisas normativas. En ninguna sentencia, sea del signo que fuere, se ha utilizado una de las leyes en concurso para usarla como premisa bastante de la decisión adoptada. Parece más bien que estas normas —arts. 131 LH, 57 y 114 LAU, 13 y 78 LAR, etc.— son siempre utilizadas como meros hitos ilustrativos de una decisión cuya producción halla su fuente en un lugar distinto de estas normas. Esto es lo que explica la paradoja de que se citen indistintamente normas de la legislación de arrendamientos rústicos y urbanos. Y explica igualmente la inmunidad de que hace gala el TS cuando se le combate la doctrina con razones de legalidad ordinaria.

Sirva este ejemplo: la STS 19-II-1968 defiende la subsistencia del arrendamiento urbano con una doctrina que es repetida por la de 9-VI-1990, en la que se litigaba sobre arrendamiento rústico. Pues bien, resulta que la STS de 1968 advirtió que su doctrina sólo valía para urbanos (para rústicos regía la solución contraria, en méritos de

STS 5-II-1945), y que la STS 1990 no sólo utiliza en su apoyo un artículo de la LAU, sino que se trata ya en ese momento de un artículo que ha sido “derogado” por el RDL 2/1985.

Esto pone de manifiesto que la diversidad de doctrinas no se resuelve en una lucha por encontrar la norma definitivamente aplicable al caso. Como si se hallase agotada la posibilidad de decidir el litigio en base a leyes, como las expuestas, que encuentran rápidamente su contraria.

La diversidad jurisprudencial no es, pues, una disputa por la corrección técnica de la solución, sino un enfrentamiento de principios. La auténtica *ratio* de la jurisprudencia favorable a la extinción no es el art. 131 LH sino la “eficacia real” de la hipoteca (STS 17-XI-1989). El argumento decisivo para la línea de jurisprudencia que opta por la subsistencia no es el art. 114 LAU sino los principios propios de la legislación arrendaticia urbana. A la corrección técnica de las razones de legalidad ordinaria que hemos ofrecido personalmente arriba, el TS puede siempre oponer que “la legislación especial de alquileres no es un derecho positivo normal, sino excepcional, cuya finalidad es proteger en el grado máximo posible al inquilino o arrendatario, principios que no pueden quedar enervados por la consideración de aquellos otros que son propios del derecho privado tradicional, ni, en este caso, por la aplicación de la regla 17 del art. 131 LH” (SSTS 19-II-1968, 9-VI-1990). Ciertamente entonces la cuestión deja de ser un debate por el hallazgo de la ley aplicable y pasa a ser una disputa por el orden de prevalencia en la escala de las fuentes del Derecho. Una solución de “principios” es la que parece también hallarse en la base de la precompresión del TC en la sentencia 6/1992.

El uso argumentativo que la jurisprudencia hace de los apoyos legales es perfectamente banal. Esto explica que los argumentos sean de un lado reversibles y de otro infradeterminados.

Reversible es el uso del art. 114, n.º 12 LAU. Si aparece normalmente utilizado como argumento favorable a la no extinción, en STS 23-XII-1988 se cita como apoyo para estimar la purga del arrendamiento. El art. 131, regla 17 LH es igualmente reversible. Puede ser utilizado por la jurisprudencia que sostiene la purga del arrendamiento (SSTS 31-X-1986, 17-XI-1989) como por la que postula la subsistencia (STS 23-II-1991, AT Pamplona 3-XI-1987, *La Ley* 1988, 1773). En el primer caso se apela al argumento *a maiore*, en el segundo al argumento *a contrario*, el uso de los cuales es igualmente reversible.

Los argumentos aparecen como *infradeterminados* cuando su mera alegación no justifica el por qué debe servir de apoyo a la tesis expues-

ta más que a su contraria. En la STS 9-VI-1990, el art. 114, n.º 12 LAU es utilizado para restringir el alcance de los arts. 13 y 78 LAR, de modo que la resolución del derecho de arrendamiento, a que se refieren estos preceptos cuando se resuelve el derecho del concedente, se supedita a la "condición gravosa" del art. 114, n.º 12 LAU. ¿Y por qué no justamente lo contrario? Es decir, por qué hemos de generalizar a todo caso de derecho derivado la solución del art. 114 LAU en lugar de generalizar los arts. 13 y 78 LAR, que parecen referirse a supuestos menos marginales que aquél. Infradeterminado aparece el uso del art. 131, regla 17 LH cuando se aplica *a contrario*. ¿No es más adecuado un uso de esta regla que resuelva *a maiore ad minus* o, al menos, por analogía de lo inscrito? O también: por qué se hace un argumento *a contrario* del art. 131, regla 17 LH y no se realiza lo propio con el art. 114, n.º 12 LAU (es decir: si el arrendamiento se mantiene en caso de usufructuario, por exclusión no subsiste si se arrienda por deudor hipotecario).

Dado que todas las normas en concurso se aplican o se inaplican merced a la extensión o restricción de las mismas al supuesto de hecho discutido, la solución debe permanecer indecisa hasta que se acuerde cuál es la norma portadora de un principio que justifica la reducción teleológica de la ley contraria y la aplicación analógica de la favorable. ¿Cuáles son, pues, los principios que serían de recibo para dirimir la controversia?

III. SOBRE LA EXISTENCIA DE PRINCIPIOS ARRENDATICIOS

1. *Los propósitos de la LAU*

La LAU, en sus sucesivas versiones a lo largo del siglo XX, no se ha enfrentado al Derecho común desde la perspectiva de suceder en el tiempo a un modelo agotado. No se trata de una revolución de principios. Para la LAU el Derecho del Código civil no es un modelo superado desde consideraciones de justicia conmutativa. No es un conjunto de reglas injustas, para cuya corrección se promulga el derecho nuevo. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las condiciones generales de los contratos, la imagen que proyecta la LAU sobre el CC no es la de la existencia de unas reglas de derecho (normas, contratos) que se pretenden superar por haberse producido en una situación de no transparencia o por instaurar un modelo injusto de relación jurídica.

La LAU no se propone superar un modelo de derecho dispositivo injusto, el contenido en el CC, sino realizar una política de fomento de la vivienda a costa de los propietarios de éstas. En lugar de perseguir estos fines desde el empeño jurídico público de una distribución de renta, se postula la política de vivienda sin que ésta importe gasto alguno al poder público y sin que se generen en el terreno de la política los costes de todo tipo que supone practicar una economía de distribución. El fomento de la vivienda a costa del derecho privado, es decir, a costa del sacrificio de modelos consolidados y dispositivos de justicia conmutativa, cubre entonces las ausencias de una política pública de vivienda y de rentas. Pues en tal tesitura histórica, "la posibilidad de que haya de recaer exclusivamente sobre el Estado y las entidades públicas el peso económico de las nuevas construcciones necesarias, ha de merecer, a poco que se medite, la calificación de remota, cuando no de utópica" (Exposición de Motivos de la Ley 40/1964).

Será preciso entonces "contar con la colaboración" (sic) de la iniciativa privada. Gran problema éste. Por mucho que la ley citada repita obsesivamente la justificación de su proceder como derivado de la función social de la propiedad y la subordinación de la riqueza individual al bienestar nacional, lo cierto es que esta legislación pretende realizar a costo cero una política de vivienda, mediante el expediente de establecer reglas contractuales imperativas que trasladan a los propietarios el coste de la pobreza. No hay ninguna objeción en ello. Pero para utilizar con esta finalidad el derecho privado ha de saberse que, a pesar de la imperativización, lo que sigue quedando en manos del particular es la decisión de sacar al mercado el bien sobre cuyo tráfico han de aplicarse después las restricciones derivadas de la política de fomento.

En este orden de cosas, el derecho común permanece como en suspenso, en tanto en cuanto todavía "no se ha logrado satisfacer la necesidad de vivienda por importantes sectores de la sociedad española", como reza la Exposición de Motivos de la Ley 40/1964. Se pospone el regreso al derecho común, pero sólo se pospone, debido a que "aún no hemos alcanzado la madurez económica indispensable". Hasta tanto no se alcance esa madurez pervivirá el derecho de excepción, un derecho basado en las "necesidades sociales" (más datos en VALLADARES, RDP 1990, 761).

Si la LAU promete un futuro regreso al derecho común, por lejano que éste pueda ser, es que viene a reconocer que allí siguen estando los principios de los cuales la nueva ley supone un extrañamiento. Esto es

importante, porque no se trata de un problema de interpretación de una ley especial, sino de una autocalificación realizada por esta misma ley, lo que excluye el debate sobre la corrección de la calificación.

La LAU no supera un modelo de justicia. Simplemente suspende su vigencia en tanto en cuanto concurran ciertas “necesidades”. Se presenta a sí mismo como un derecho de excepción, un derecho que realiza políticas legislativas pero que, por lo mismo, *carece de principios*.

Esta afirmación puede resultar sorprendente. ¿Cómo puede hablarse de ausencia de principios cuando parece existir al respecto una apabulladora jurisprudencia en contra? Ciertamente es que esta jurisprudencia confunde principios, reglas políticas legislativas o finalidades de la norma. Pero habla de principios de la LAU. Sin ir más lejos, bástenos la mención de la SAP Sevilla 28-XII-1990 (*apud VALLADARES*, PJ 1991, 205). En ella se recuerdan las políticas de la legislación de arrendamientos. En primer lugar, la función social, que supone proporcionar y mantener el hogar de una familia; en segundo lugar la necesidad ética de evitar especulaciones; en tercer lugar la “moderna concepción jurídica” social o intervencionista del contrato; añádese también el derecho de todo español a gozar de una vivienda digna; y por último, la concepción “moderna” de un estado social de derecho. La consecuencia de esta concurrencia de principios será que “cualquier disposición normativa de rango legal que suponga disminución de la protección de los arrendamientos ha de ser interpretada restrictivamente”.

2. ¿Qué es un principio?

El TS suele llamar principio general del Ordenamiento a lo que no es más que una norma particular (importante, acaso) de ese Ordenamiento. Esta tendencia a confundir un principio con un precepto legal que incorpora una norma *importante* no es, empero, privativa del TS. Se habla así, por ejemplo, de un principio de nuestro Ordenamiento cuando se cita el derecho de resolución del art. 1124 CC, o cuando se trae a colación el art. 57 LAU, que son simplemente leyes de ese Ordenamiento.

Tampoco se hace ningún esfuerzo especial por distinguir lo que es un principio del Ordenamiento de lo que es una política legislativa para cuya realización se hace uso del Ordenamiento. Aunque la STS 21-III-1970 afirmó, correctamente, que la *protección del inquilino* no es un principio, sino un “criterio sociológico”, la afirmación contraria

es más abundante en doctrina y jurisprudencia. De hecho, toda la jurisprudencia relativa a las cláusulas de estabilización estaba sembrada de esta consideración sobre la eficacia del principio de protección. Valga también el ejemplo de la "función social" de la propiedad. Como veremos, esta institución no puede ser un principio sino una instancia legitimadora de una política legislativa determinada.

Tampoco se distingue entre un principio y un objetivo final del Ordenamiento. Sólo en base a esta confusión se explica que pueda llamarse principio a la "justicia social", o al "estado social de derecho". Que la justicia no es un principio del Ordenamiento se muestra, además de por lo que diremos luego, por su mención específica en el art. 3.2 CC.

Lo que no es *principio* sino política legislativa puede constituir la *ratio* de una o de muchas normas. Pero no puede "exceder" estas normas, en cuyo ámbito se queda reducida, acaso, a simple expediente de una interpretación extensiva de *esa* norma. Pero no "informa" el Ordenamiento ni integra sus lagunas.

En ningún momento se puede saber, de la lectura de la jurisprudencia, si un cierto *tema* está siendo utilizado como una regla de derecho que integra una laguna legal o si se trata de una regla de interpretación de una norma oscura (cfr. sobre esta intrínseca anfibología de los "principios" SALVADOR, *La Compilación*, 443-445). Esta esquizofrenia es especialmente cómica cuando es la propia ley la que proclama cuáles son sus principios inspiradores, como ocurre en multitud de leyes actuales. Al *legalizar* un determinado principio evita que pueda darse una laguna *legal* que obligue a acudir a un principio no contenido en la norma, pues la aplicación del eventual principio será siempre aplicación de la norma que lo reconoce o lo reclama. Por eso, estas leyes que suelen desvelar sus propios principios no son leyes que instauren propiamente principios sino que dicen qué es lo que pretendió el autor de la norma (el principio como autojustificación) o que prescriben un determinado modo en que deben ser interpretadas esas leyes en caso de duda.

Si no se hace distinción entre norma y principio, o entre éste y política legislativa, o entre principio y finalidad del Derecho, resulta que *todo es utilizable como criterio* de decisión. Y, lo que es más grave, que *todo se halla al mismo nivel*. Da lo mismo en estos casos fundarse en una ley o en un principio, en una regla de derecho de alcance supletorio o en un criterio de interpretación, en una finalidad o en una política. Esta es la sensación que produce la lectura de la jurisprudencia que se ha citado atrás. El art. 57 LAU se ensalza como principio,

pero de hecho se utiliza como ley, con objeto de "derogar" el art. 131, regla 17 LH, acomodándose para ello a la escala de las fuentes del art. 1 CC. El art. 114.12 LAU no se sabe cómo se utiliza: si como norma hallada por analogía o como principio. Todo resulta aprovechable entonces en una especie de amasijo discursivo en el que se pierde la noción de jerarquía normativa.

Para que se pueda hablar de principio, en el sentido en que este concepto parece ser utilizado en el art. 1 CC, creo que deben darse dos condiciones.

La primera de ellas, y la más importante, es que la regla de derecho que merezca el nombre de principio debe tratarse de una regla no infradeterminada. Debe tratarse de un *criterio que permita la decisión del caso* del cual se predica la existencia de una laguna. Una regla está infradeterminada cuando, en ausencia de otras condiciones adicionales, es incapaz de suministrar una resolución al caso litigioso.

La "justicia social" es un tema infradeterminado como regla. Pues su sola apelación es incapaz de suministrar una regla de decisión para el caso eventual para cuya resolución se buscará el principio; hace falta un criterio adicional, ajeno al propio principio, y que sería suministrado por el repertorio ideológico de cada uno. Tampoco puede utilizarse como principio, y por la misma razón, el tema de la "función social" de la propiedad. Pensemos en este caso: una persona abre hueco en pared medianera, creyendo que es suya, sin consentimiento del vecino; ¿tendrá que tirarla? El criterio de la función social nos sirve igualmente para una solución como para otra. Hay que añadir condiciones adicionales de decisión: por ejemplo, que el mantenimiento de las casas es un objetivo deseable o que el vecino podía haberse opuesto oportunamente. Pero en uno y otro caso ya son otros los criterios de decisión los que se suman al primero, para darle eficacia resolutoria del caso. Si con el uso de un pretendido principio se puede llegar igualmente a dos resultados contrarios entre sí, cada uno de ellos no puede decirse obtenido por aplicación de ese principio, sino por la agregación a este "principio" de una regla oculta que haya servido de auténtico criterio de decisión.

Un falso principio es un entimema; algo que se afirma como premisa de una conclusión pero que, para llegar a ésta, ha necesitado de sucesivas subpremisas explícitas o implícitas de las que depende en verdad la resolución. Por eso de un falso principio todo se sigue con razón, pues nada contiene de suyo.

La segunda condición para que se pueda hablar de principio deri-

va de la propuesta kantiana del postulado de universalización. Una regla sólo puede aceptarse como principio si la decisión que contiene pudiera ser generalizada, cualesquiera fueran las condiciones previas y particulares del interlocutor que las acepta como principio. Tienen que tratarse de reglas de decisión no elaboradas estratégicamente en función de restricciones particulares. Naturalmente que no puede conseguirse la unanimidad universal y por eso este criterio conserva sólo una precisión intuitiva. Con esta limitación podemos hablar entonces de principio cuando la regla que se proponga pudiera ser aceptada por “todos, o la mayoría, o los más prudentes” —como reza la regla aristotélica para la definición de tópicos— cuando estos pudieran decidirse con abstracción de la posición personal que ocupan en el juego, y desconociendo o minimizando la aplicación estratégica (ventaja o desventaja personal) de esta decisión. Naturalmente se trata de un juicio hipotético. Pero no inútil. Su debilidad no es mayor que la del procedimiento que permite extraer principios mediante el expediente de ponerse el juez en el hipotético lugar del legislador, para decidir como lo hubiera hecho él.

Nos hemos referido a posiciones estratégicas. Decimos que un interviniente en un determinado discurso actúa estratégicamente cuando, conocedor de la situación personal desde la que emite el juicio, y, por ende, de las opciones favorables o desfavorables a esta situación, sostiene un juicio que no estaría dispuesto a emitir de hallarse en la situación de intereses contrapuesta a la que se encuentra. Se falta entonces a la regla de fundamentación en virtud de la cual “quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de intereses de las otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también para el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas” (ALEXY, *Teoría de la argumentación*, 198).

La obtención del consenso en las circunstancias expuestas representa un simple modelo teórico, para cuya realización faltarán siempre las condiciones materiales. Pero constituye un juicio hipotético exigible a cada interviniente. Tendrá que decidir de forma que desde cualquier otra posición del sistema se pudiera llegar al mismo resultado.

Una regla, para cuya consecución es preciso *tomar en cuenta* las consideraciones particulares que derivan de la política que se quiere realizar con la norma, no es una regla que satisfaga el principio de universalización. Si entendemos como legislación excepcional aquella para cuyo entendimiento es preciso *tomar en cuenta* las concretas

finalidades perseguidas por el autor de la norma (norma orientada a la realización de fines) (cfr. sobre la terminología VALLADARES, RDP 1990, 760 ss.), estaremos de acuerdo entonces con la afirmación clásica de que las leyes excepcionales no pueden poseer Principios (cfr. CASTRO, *Derecho Civil*, 483). La razón es ésta: no podría haberse alcanzado nunca de modo hipotético la formulación de esa regla de no haberse tenido en cuenta con carácter determinante la política que se haya querido conseguir con la regla.

3. *Una aplicación arrendaticia de la definición*

Para ilustrar la definición que acabamos de ofrecer nos serviremos del ejemplo de un principio jurídico verdadero, contrapuesto a un pretendido principio arrendaticio, el *principio de la prórroga*.

Los artículos 1734 y 1738 CC contienen dos reglas de protección de la confianza generada en un tercero por la existencia de una situación representativa que se extingue sin ponerse en conocimiento de estos terceros. Es claro en la jurisprudencia y doctrina que estos preceptos, relativos a supuestos sólo particulares, expresan el principio de autorresponsabilidad por la creación de la confianza, y que, por lo mismo, dicho principio es aplicable a situaciones idénticas en las que se padezca de ausencia de norma.

Pensemos en este caso: un precepto exige forma escrita para la validez de un acuerdo; se omite tal forma, pero la parte en cuyo interés estaba puesta la exigencia de forma asiente al uso del derecho hecho por la otra parte, fomentando la confianza de que no tiene nada que oponer. En este caso el principio de autorresponsabilidad es un criterio resolutorio, no infradeterminado, en cuanto no exige la concurrencia de otras condiciones para servir de regla. También satisface la regla de universalización. La misma aplicación ha de hacerse de este principio para resolver la hipótesis de quien reconoce extrajudicialmente una personalidad que quiere negar en juicio. O la hipótesis de cónyuges separados de hecho de mutuo acuerdo durante años, cuando uno de ellos pretende derivar con daño de tercero un derecho vinculado a su condición de cónyuge.

Pasemos al pseudo principio de la prórroga forzosa. Imaginemos por un momento que no existe el art. 114, n.º 12 LAU. ¿Sirve este principio para colmar sin más el supuesto de un usufructuario que concede el arrendamiento cuando se pregunta por el destino de éste al extin-

guirse el usufructo? El pretendido principio está infradeterminado, pues no es posible reconocer el carácter de regla decisoria, salvo que se añadan condiciones adicionales. Y si se añaden estas condiciones es seguro que la regla dejará de satisfacer el requisito de la universalización. Prueba de ello es que ante un caso similar al expuesto, el legislador — en cuyo lugar debe ponerse siempre un enjuiciador racional— puede muy bien extraer una consecuencia contraria a la prórroga, como demuestran los arts. 13 y 78 LAR. Es decir: resulta posible más de una decisión racional en base al principio de la prórroga. Luego no es principio.

Lo mismo podíamos decir en el siguiente supuesto. Si no existiera el art. 58 LAU y hubiera que decidir sobre si la viuda del inquilino continúa o no en la vivienda. El “principio” de la prórroga forzosa es indecisorio en este caso: tendríamos que acudir a consideraciones adicionales, como la protección de la familia, y es seguro que en cualquier caso llegaríamos a una solución que no satisficiera el requisito de universalización. Basta que el dueño pueda negar que exista un principio que le obligue a mantener a su costa a las viudas de los inquilinos, y que esta negativa sea racional — al menos tanto como pueda serlo la propuesta contraria—, para darse cuenta que del *principio de protección no se podía seguir nada concluyente*.

Puede decirse lo mismo de otros casos.

Si se asciende todavía más en la escala de la vaguedad se pueden, con las consideraciones anteriores, dar por respondidas las dudas que pudieran surgir sobre si la *protección del inquilino* es un principio del Ordenamiento jurídico. Este tema nos permite concluir que el inquilino desahuciado puede oponerse al lanzamiento pagando antes de éste. Pero también serviría para concluir que aun en el caso de impago, el inquilino no puede ser desahuciado, o que el arrendador no dispone de un derecho a denegar la prórroga en caso de necesidad, o que el inquilino de más de quince años puede acceder gratis a la propiedad de la vivienda. Dado que de este postulado *omne sequitur*, dicho postulado no es regla, y, por lo mismo, no es regla contenida en un principio.

Cuando el postulado no es regla ni principio sino *política*, su capacidad de integración es nula. Hace falta, para obtener una regla decisoria, que el legislador concrete en leyes determinadas y preceptos determinados esa política, y que dichos preceptos se interpreten (¡pero no se integren sus lagunas!) de acuerdo a aquella política, acudiendo al criterio teleológico de la interpretación, admitido en el art. 3 CC. La

política legislativa pertenece al terreno de la interpretación y no al terreno de las reglas, ni menos al de los principios.

4. *El problema de la obtención de la regla*

Cuando todo se halla al mismo nivel, y todo vale al margen de los preceptos de ordenación jerárquica, se propicia que cualquier cosa pueda valer como regla, y que se excuse al aplicador que justifique por qué ha antepuesto dicha regla a otra que parece preferente. La selección de normas se realiza entonces de manera discrecional, al margen de las constricciones que imponen los arts. 1 CC y 9.3 CE. Se puede llegar a cualquier resultado, y cualquiera es justificable. Obtenemos entonces los principios "fuera de toda regla de reconocimiento, sin independencia fenomenológica distinta del acto del juez que la crea" (PRIETO, *Principios*, 88).

Hay que distinguir entre una aplicación analógica de determinada norma y la aplicación de determinada norma obtenida por vía del argumento de analogía (HERNANDEZ MARIN, *Metodología*, 442). No resulta legítimo proceder al uso de un argumento analógico cuando para ello se ha creado ficticiamente una laguna oculta que después se colma con ayuda de este argumento. El argumento en cuestión no es legítimo cuando se le hace prevalecer frente al resultado al que se llegaría por la vía del argumento *a maiore*. Quiere decirse con ello: cuando el argumento *a maiore*, obtenido por interpretación interna de una norma, es procedente conforme a las reglas de un consenso racional, resulta ilegítimo preterir este resultado mediante la creación de una laguna oculta y la posterior integración con la analogía de otra norma, respecto de la cual la primera se hallaba en una relación de contradicción valorativa. Se comprende que me estoy refiriendo de nuevo a los arts. 114, n.º 12 LAU y 131, regla 17 LH. En estos casos se puede, lo más, estar de acuerdo en que existe una contradicción de valores en el sistema. Pero esta contradicción no sería superable por vía de interpretación o de integración del Derecho.

Ha sido recientemente discutido con detalle el significado que pueda tener la admisión de la integración analógica admitida en el art. 8 LAU (cfr. VALLADARES, RDP 1990, 775 ss.). Radica el problema en cómo coordinar la aplicación analógica de unas normas con la predicación de su carácter excepcional, y, al mismo tiempo, determinar qué consecuencias tiene en la escala de las fuentes del derecho la admisión de aquella analogía.

Yo no veo inconveniente alguno en admitir la analogía en el seno de la LAU y seguir afirmando que esta ley, como excepcional, carece de principios. Creo que para ello no es preciso acudir al procedimiento de VALLADARES (RDP 1990, 764, 776), que entiende que esta analogía es sólo cauce de aplicación de la ley (analogía *legis*) y no el vehículo de aplicación de un principio general del derecho (analogía *iuris*). De manera, tal es el pensamiento de la autora, que la aplicación analógica de la LAU no supone que se apliquen *antes* los principios de la LAU que las leyes del Código civil como derecho supletorio de primer grado, conforme al art. 4 CC.

Para proceder a una elevación *principialista* de la política proteccionista de la LAU serían precisas dos condiciones. La primera de ellas sería que la LAU fuera una regulación proteccionista, de modo que la aplicación analógica de aquélla, en abstracto, supusiera una irradiación de reglas proteccionistas. La segunda condición precisa sería que la analogía supusiera la atracción al ámbito de aplicación de la LAU de supuestos cuya inclusión fuera dudosa.

La LAU no es un cuerpo de normas proteccionistas del inquilino. Sin perjuicio de que disponga de señaladas normas que sí son proteccionistas. La LAU, como cuerpo de normas, dispone de una variedad de preceptos que son de muy diverso tipo. Existen en ella disposiciones neutrales, como son las propias reglas de inclusión-exclusión, la regulación de la cesión del derecho arrendaticio (en cuanto exige consentimiento del arrendador), las normas sobre la fianza arrendaticia, la regulación de la renta para los contratos celebrados después de su promulgación, el régimen de gastos y mejoras, etc. La aplicación analógica de estas normas no implica nada sobre la existencia de la protección del inquilino como principio. Y es cierto que también estas normas neutrales se pueden aprovechar igualmente de la admisión de la analogía del art. 8 LAU. Como también pueden hacerlo las normas que en la LAU resultan *proteccionistas del propietario*, como es el régimen del subarriendo, más gravoso para el inquilino en la LAU que en el art. 1550 CC; también el art. 56 LAU es norma proteccionista que excede de lo que al arrendador se le reconocería conforme al derecho común. Dado que también estas normas están admitidas a la aplicación analógica del art. 8, LAU se concluye que la admisión de la analogía nada dice sobre la existencia de un principio propio de la LAU, cual es la protección del inquilino en orden a la duración del contrato.

La segunda condición tampoco se cumple. El art. 8 LAU no dice que si hay algún supuesto dudoso relativo a la inclusión o exclusión en

la LAU, se entiende incluido en la LAU. El art. 8 no es una norma de inclusión para caso de duda o laguna. Al contrario: la jurisprudencia viene estableciendo que si no se sabe con certeza si determinado arrendamiento está incluido o excluido de la LAU, hay que pronunciarse por la exclusión, y su sumisión al derecho común, debido a la “naturaleza atrayente y general” de éste (SSTS 16-I-1987, 13-V-1992).

Con estas restricciones, a mí me parece fuera de duda que lo que el legislador ha querido decir en el art. 8 LAU, aun con palabras equivocadas, es que en materia de interpretación de la ley ha de primar el principio de efectividad de la política que se quiso realizar con ella. Que la norma de excepción se interprete de forma tal que produzca el máximo efecto. *Se trata de una norma de interpretación.* Sólo así tiene sentido que se haga una referencia a lo “expresamente previsto” en esta Ley. Porque si se trata de un “caso” en que la “cuestión debatida” se “refiere” a “materias que esta ley regula” es dudoso que pueda hablarse de laguna, pues al menos implícitamente, se habrá “prescrito” algo sobre esta cuestión debatida. Quizá porque la cuestión sea un falso problema de analogía es por lo que se pueda explicar que el TS rechace normalmente la aplicación analógica de esta ley (cfr. jurisprudencia en VALLADARES, RDP 1990, 802).

5. *Los principios reversibles: el caso del retracto*

El retracto de los arts. 47 y ss. LAU ha sido una de las figuras más problemáticas de esta ley desde que la institución del retracto arrendaticio fue reconocida. A ello haremos referencia más adelante desde una consideración más general.

Ahora importa detenerse en el retracto desde el punto de vista de los principios. La cuestión se ciñe a saber si existe un principio *pro retracto*, como explanación de un valor más general de protección al arrendatario. En un principio, el TS abogó por una interpretación extensiva de este derecho de retracto, como derivado de la “tendencia social y en muchos aspectos proteccionista” de esta legislación (SSTS 27-XI-1947, 18-XII-1954 y 26-III-1960; cfr. COCA, *Tanteo, retracto*, 254-256).

Sin haber cambiado la legislación al respecto, y sin que, como ocurre en otros ámbitos, haya sido citado aquí el efecto subversivo del RDL 2/1985, el TS mantiene por contra, en su más reciente jurisprudencia, que el retracto arrendaticio cae bajo la infamia de la regla

odiosa sunt restringenda, como limitativa del dominio y de la libre contratación (STS 6-II-1991). La aplicación más interesante de esta corriente ha sido la de reducir teleológicamente el retracto del art. 47, merced a lo dispuesto en el art. 50 LAU, hasta el punto de negar que el inquilino pueda retraer cuando la cosa común arrendada es adjudicada en la división a uno de los comuneros (SSTS 24-III-1988, 27-III-1989; RDGRN 17-I-1989). A partir de ahí se excluye también el retracto cuando se enajena la vivienda a cambio de renta vitalicia (STS 22-XII-1989), o cuando la comunidad ordinaria se transforma en comunidad horizontal, mediante el cambio de cuota por piso (STS 6-X-1989); o cuando se adjudica finca como consecuencia de disolución de una sociedad (STS 6-II-1991).

¿Puede decirse que existe un cambio de valoración? Seguramente sí. Lo que niego es que exista una variación de principios. Simplemente, nunca hubo un principio *pro retracto*, que ahora deba ser superado. La reversibilidad de los argumentos en pro y en contra viene a decir que nunca se actuó bajo consideraciones de principio. De esta forma cabe concluir que el retracto será concedido hoy cuando, de acuerdo con la interpretación adecuada de las normas, el supuesto quepa ser contemplado como incluido en el art. 47 LAU. Y que no habrá lugar a retracto cuando, interpretando adecuadamente la norma, se concluya que el retracto no está contemplado en el caso concreto por la LAU. Sostengo entonces que la cuestión ha de decidirse al margen de la apelación a los principios, merced, tan sólo, a la interpretación adecuada de las normas. Existe, pues, una neutralidad valorativa. Y todo lo demás es un exceso lingüístico de la jurisprudencia.

Más aún, sostengo que la *ratio* de las normas del retracto no tiene un alcance distinto de la letra de los artículos en que se recoge en la LAU. No hay en la LAU lugar a una interpretación restrictiva o extensiva del retracto arrendaticio.

6. La superioridad del sinalagma

Muchos, y los más interesantes, de los litigios arrendaticios que llaman la atención se suelen presentar como una cuestión de principios arrendaticios específicos (i.e., la protección del inquilino), cuando el resultado práctico al que se llega con su resolución puede, y debe, explicarse perfectamente como una aplicación adecuada de las reglas del sinalagma contractual y del principio de equilibrio obligatorio en un contrato oneroso.

El TS considera nulo un pacto de prórroga indefinida a voluntad del arrendatario (STS 17-XI-1984). Carece de fuerza entonces el pretendido principio arrendaticio, pues el proceso se plantea y resuelve conforme a las reglas de derecho común; el art. 1256 CC en concreto, que sí expresa y contiene un principio del derecho de contratos.

La sentencia de 14-X-1991 resuelve en contra del arrendador. Este no puede ampararse en la regla de autorización escrita para subarrendar con objeto de pretender la resolución, cuando ha consentido verbalmente el subarriendo. Mas no hay aquí ningún principio pro arrendatario o subarrendatario, sino la aplicación congruente de la regla de derecho que prohíbe, contradiciendo los propios actos, destruir una confianza generada en terceros. Se resuelve, pues, por medio de consideraciones ajenas a la propia LAU (cfr. LLEDO, CCJC 27 § 724).

La STC 159/89 (cfr. BERCOVITZ, CCJC 21 § 553) pudiera traerse a colación como una resolución igualmente basada en un principio de protección específico. Mas no hay tal. La resolución del TC — con la que no estoy de acuerdo, pero por razones que no vienen al caso— se argumenta a partir de consideraciones técnicas; a saber, si puede hablarse de cesión entre cónyuges cuando el arrendamiento es ganancial; y en razones de discriminación encubierta en contra de la mujer: como mujer separada, en el caso, no como arrendataria.

Una cuestión siempre atractiva en la jurisprudencia del TS fue la de saber si la revalorización de las rentas, por aplicación de las cláusulas de estabilización, opera sobre la renta base o sobre la renta ya actualizada. Naturalmente que la respuesta sólo puede ser la segunda. En alguna ocasión el TS ha fundamentado este criterio en un principio arrendaticio, como es “el cambio de rumbo legislativo marcado por el art. 9 del RDL 2/1985” (STS 10-II-1989). Esta apelación es inconsistente, pues la doctrina en cuestión ya se aplica por el TS antes de 1985 (STS 22-VI-1984, y HUALDE, CCJC 6 § 156), como fundamentada en las reglas de sinalagma y equilibrio contractual (cfr. también STS 7-XII-1989). El principio aludido sólo es, pues, un falso principio. Ni tan siquiera hacía falta apelar a la política legislativa del RDL para llegar a la interpretación correcta, la cual se deriva de los principios del derecho común de contratos.

La STS 3-VII-1990 (cfr. VALLADARES, CCJC 23 § 621) pudiera ser leída con la tentación de encontrar en ella un principio pro arrendatario, en virtud del cual se justificara la restricción que se hace del art. 56 LAU. Mas no hay tal. Aunque la interpretación que el TS hace de esta norma es incorrecta, lo cierto es que al menos fundamenta su cri-

terio en el principio de equilibrio contractual, según el cual el inquilino no pagará la renta cuando ya no disfruta de la cosa.

En conclusión, no procede referirse a determinados principios de protección *pro arrendatario* cuando la resolución del conflicto es congruente con un principio más amplio que contempla al arrendatario como acreedor o deudor en un contrato bilateral o desde otra suerte de posición jurídica general (vgr. cónyuge) que resulta factualmente más decisiva que la propia condición de inquilino.

7. *Un falso principio pro inquilino*

¿Contiene el art. 58 LAU un principio pro arrendatario? Si así fuera sería de aplicación extensiva. Pero este precepto no protege al arrendatario sino a su familia cuando aquél fallece. No hay una protección de los inquilinos sino, en su caso, de las viudas y los niños, que ciertamente tampoco es un principio sino una política a seguir por el legislador. La realización de este principio no está conectada con el problema de la prórroga, sino con la más general de procuración de la vivienda a personas que lo necesitan.

El Proyecto de la LAU recientemente aprobado por el Gobierno mantiene el derecho de subrogación *mortis causa* de ciertos familiares del inquilino. Pero esta subrogación ya no opera por vía de concreción de un determinado principio social sino por aplicación estricta del derecho de contratos. Si se pacta una duración determinada del contrato, este pacto — por un período mínimo de 4 años, según el Proyecto— es vinculante. A la muerte de un contratante se subrogan en su posición ciertas personas naturalmente llamadas a su herencia. Si se extinguiera por la muerte del inquilino, el contrato se extinguiría por causa no prevista en el CC. La subrogación *mortis causa* es, pues, la derivación natural del derecho de contratos, no la realización de otro principio protector.

En conclusión, o bien la subrogación no es un principio de protección al inquilino, o bien no es más que la consecuencia natural de un principio de derecho común.

Según la jurisprudencia, no cabe interpretación extensiva del art. 58 LAU. No se podrá aplicar, pues, al concubino del arrendatario (AP Madrid 13-V-1991, *La Ley* 1992-2, 514). Esta interpretación ha sido rechazada por la STC 222/92, que extiende la subrogación a la pareja de hecho. Pero no por un principio arrendaticio, sino por la equiparación *ex art. 14 CE* del concubino y el cónyuge.

8. *Un falso principio: la ecuación renta-prórroga*

La jurisprudencia más antigua del TS declaró la nulidad de las cláusulas de elevación de renta, por considerar que un aumento continuo de renta suponía una quiebra del principio de la prórroga, pues obligaría al inquilino a desistir de continuar en el contrato por virtud de aquella progresión constante de precio. La doctrina "intermedia" del TS superó este rechazo inicial, considerando válidas dichas cláusulas, siempre entendiendo que, a pesar del silencio del contrato, también se hallaba admitida la referencia a la baja, para el improbable caso de que el índice de precios al consumo resultara decreciente (cfr. TS 31-X-1983, 22-VI-1984, 23-I-1985). La jurisprudencia más reciente se mantiene en la línea argumentativa de esta doctrina intermedia; línea que actúa ciertamente como una simple cobertura verbal, pues a su amparo se vienen admitiendo cláusulas contractuales que o bien se refieren *inequívocamente* a subidas unilaterales, o bien se remiten a criterios de actualización que, por definición, sólo pueden imaginarse como constantemente crecientes (como el salario mínimo) (cfr. TS 21-X-1985, 13-V-1986, 9-III-1987, 14-V-1987, 22-I-1988; más detalles en VALLADARES, PJ 1987, 69 ss.).

¿Existía realmente un principio *arrendaticio* en virtud del cual se pudiera predicar esa ecuación entre la renta y la prórroga? Sostengo que no.

Pensemos en la doctrina "intermedia" del TS. Si bien se observa, se trata de una interpretación integradora del contrato que no se realiza en beneficio del arrendatario, sino en ventaja exclusiva del dueño. Si se parte de una consideración inicial de nulidad de este tipo de cláusulas, la citada interpretación integradora es un expediente para salvar al arrendador de una nulidad que perjudicaría sus intereses. ¿Le perjudica también o le resulta gravosa la imposición de esa integración del contrato con previsión a la baja? Eso es algo que el arrendador no se preguntará nunca. Dará por bien venida semejante integración del contrato, pues nadie cuenta con que en el horizonte del tiempo aquella hipótesis pueda llegar a tener lugar. La interpretación integradora del contrato que el TS realiza merced a un principio *arrendaticio* de protección no confiere protección alguna al arrendatario sino al dueño. Desde luego que la doctrina intermedia sitúa al propietario en posición más cómoda que la que resultaría de seguir declarando simplemente nulas las cláusulas de elevación. Pero lo que entonces resulta inconsistente es que esta brillante doctrina interme-

dia se justifique en los principios arrendaticios de protección y en la doctrina resultante de la ecuación entre la renta y la prórroga.

Con todo, no es esto lo más significativo. La paradoja aparece cuando, en un momento en que parece madura la ocasión para que el TS declare sin ambages la validez pura y simple de las cláusulas de elevación unilateral de la renta, resulta que el propio Tribunal viene ahora a declarar nula una cláusula de elevación pura en un contrato de arrendamiento de industria, plenamente sometido al Código civil (TS 2-XI-1990 y VALLADARES, CCJC 24 § 646). Naturalmente que esta nulidad no puede fundarse entonces en un pretendido principio de protección del derecho de prórroga, que no existe. El TS realoja ahora su doctrina sobre estas cláusulas de elevación pura en un nuevo contexto: una cláusula de elevación pura de renta rompe el principio de conmutatividad del contrato bilateral. No importa considerar ahora si ello es o no cierto. Lo que importa es hacer mención que la doctrina protectora de la expectativa razonable del arrendatario sobre la renta se basa en un principio propio del derecho común de los contratos.

9. Interpretación adecuada versus principios: las causas de resolución

Ha sido común en la jurisprudencia la afirmación de que la finalidad de protección arrendaticia impelía a considerar taxativas las causas de resolución del art. 114 LAU.

En realidad esto no expresa nada. Pues lo que procede entonces averiguar es la amplitud con la que se interpreta cada una de las causas de resolución.

La interpretación que hoy hacen los Tribunales de las causas de resolución puede considerarse neutral. No hay extensión o restricción de acuerdo a la eficacia de determinado principio. Procede interpretar simplemente el enunciado legal en el que se formula la causa de resolución con el uso de los medios ordinarios de interpretación.

Pongamos un ejemplo. En la cuestión relativa a las "tragaperras" no se puede afirmar que el TS sea restrictivo o extensivo sobre la causa de resolución por subarriendo. En la sentencia de 21-II-1991 se falla en favor del arrendatario. Pero con base en argumentos de pura razonabilidad, atendida la naturaleza del negocio que se instala en el local arrendado. En la de 10-X-1991 se decide por la resolución del contrato. Mas tampoco porque haya de considerar la existencia de un

principio favorable al dueño, sino por la ponderación entre renta pagada e ingresos obtenidos con las tragaperras.

En este orden de cosas vuelve a carecer de sentido la jurisprudencia que postula una interpretación “amplia” del art. 114, n.º 5 para “compensar las ventajas” que la legislación arrendaticia concede al arrendatario (STS 25-X-1988). No hay tal uso táctico de principios y contraprincipios; simplemente ocurre que, con los medios ordinarios de interpretación, el TS considera que el cambio de forma societaria supone un traspaso incontestado.

Debemos sostener algún tipo de diferencia entre principios del derecho y reglas de interpretación, si queremos que normas como los arts. 1,3 y 4 CC posean algún sentido. La tan a menudo traída por los pelos “interpretación extensiva” de alguna norma o conjunto de normas no es un problema que tenga que ver con la existencia de principios propios del Ordenamiento. Como ha sido ya explicado (VILLAR PALASI, *La interpretación* 178-179, 214; SALVADOR, *Comentario*, 525), la dicotomía entre una interpretación extensiva y otra restrictiva deriva de la concurrencia dialéctica de dos criterios de interpretación antagónicos, ambos mencionados en el CC: el criterio gramatical y el finalista. O en otros términos, la letra y el espíritu de la ley. Una norma habrá de interpretarse extensivamente en este contexto cuando su finalidad “vaya más allá” del alcance de la letra de la ley. Que esto deba ocurrir sólo dice que semejante ley tiene una determinada finalidad, pero no que la misma disponga de un principio que coincida con aquélla, ni que la interpretación extensiva sea la resultancia lógica de una norma que deriva de la razón natural y los valores universales de Derecho. Las normas excepcionales, las más contrarias al tenor de la razón, deberán ser interpretadas extensivamente si puede comprobarse la existencia de un hiato entre su letra y su espíritu, siempre que este espíritu resulte claro y haya sido sostenido por quien es legítimamente el autor de la norma.

Con estas disgresiones pretendo poner de relieve que la LAU es una ley que dispone sin duda de una marcada orientación de política legislativa, que constituye la *ratio* de algunas de sus normas (pues no todas, ni la mayoría de las normas de la LAU son proteccionistas). Ciertamente que no pocas instituciones y reglas de resolución de conflictos arrendaticios deben remitirse a reglas de resolución del derecho común. Pero allí donde la norma sea indudablemente propia de la LAU y de alcance proteccionista, procederá una interpretación extensiva cuando la letra de la ley sea de alcance menor que su espíritu,

pero no procederá la integración supletoria por vía de principios, pues dicha ley seguramente carece de principios propios. Todavía más, la consecución de resultados "externos" a la norma no está justificada en todo caso, sino cuando su letra dice menos que su espíritu. Cuando la norma dice exactamente lo que quiere decir, *por muy importante que sea eso que se quiere decir*, no hay lugar siquiera a interpretación extensiva.

10. *El Proyecto LAU y los principios*

Durante el período de vigencia de la LAU de 1964, esta ley ha servido de ejemplo modélico para la discusión sobre las diferencias entre el derecho especial y el derecho excepcional. Aunque el sentido de las expresiones no es siempre coincidente entre los autores, parece prevalecer la tesis de que el derecho arrendaticio era derecho especial mas no excepcional (VALLADARES, RDP 1990, 763 ss; ROCA, *Comentario*, 615).

Si el derecho especial aparece definido como una regulación especializada de determinada materia jurídica, el derecho arrendaticio es especial, y seguramente lo seguirá siendo en el futuro. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el problema que nos ocupa sino con la "topografía" del sistema legal. También la regulación de la compraventa en el CC es "especializada" frente a la general de los contratos, pero ello está privado de toda transcendencia en lo relativo a nuestro tema.

El Proyecto de la LAU, recientemente aprobado por el Gobierno, demuestra, por si quedaba alguna duda, que el derecho arrendaticio de la LAU ha sido siempre un derecho excepcional. Las discusiones sobre la transitoriedad o permanencia de las normas medulares de la LAU quedan resueltas con la certidumbre de su pronta desaparición. Ya antes quedó esto demostrado con el RDL 2/1985. Lo que importa para la calificación como excepcional no es la mayor o menor permanencia en el tiempo de una ley, sino la precariedad derivada del hecho de que, habiendo sido instaurada por mor de una determinada política legislativa orientada a satisfacer particulares fines públicos, se halla expuesta siempre a ser barrida del sistema con el advenimiento de una política contraria, que igualmente utilice la legislación arrendaticia como un instrumento para ensayo del efecto de la política buena sobre el mercado.

Ni el RDL 2/1985 ni el Proyecto LAU deben saludarse como una especie de retorno del derecho común. Pues ni uno ni otro se han fun-

damentado en principios de justicia —como tampoco lo hizo la LAU. El retorno parcial al derecho común no responde a consideraciones de principios sino a una razón de mercado, que el propio autor del Proyecto se cuida de advertir: la política de viviendas no ha funcionado con el sistema de la LAU, hasta el punto de que el arrendamiento no tiene un mercado que le sitúe como alternativa a la propiedad. La existencia de un mercado no opaco de arrendamientos se estima eficiente, y se entiende que este mercado es imposible con la legislación actual.

Pero por esta misma razón critica el Proyecto los resultados obtenidos con el Decreto “Boyer”. Este RDL ha fomentado contratos de corta duración, con una tendencia a la inestabilidad, lo que le hace poco atractivo, unido todo ello a un efecto paralelo, no controlado por el RDL, de aumento de rentas. Frente a la alternativa de la LAU, que conduce a la ausencia de mercado, la alternativa del RDL convierte en inestable este mercado. La razón, aunque el Proyecto no la señala, es clara, desde perspectivas de economía de mercado. El RDL ha convertido el arrendamiento en un derecho muy debilitado sobre un bien. La noción de exclusividad, propia de todo derecho subjetivo, y el monopolio de explotación en el tiempo de ese derecho, apenas se daban en los derechos arrendaticios posteriores a 1985. Los particulares no pueden prever este derecho como alternativa razonable a la propiedad, y sólo acudirán a él en circunstancias de necesidad. El mercado no puede estabilizarse por la simple concurrencia libre de oferta y demanda, pues la demanda acude a este mercado en busca de bienes de primera necesidad, y no puede retraerse ni ante las condiciones menos ventajosas de esta oferta. La demanda de arrendamientos es, en este sentido, inelástica.

El Proyecto carece de pretensión de reinstaurar principios. Sólo aspira a realizar una política. “La finalidad última que persigue la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos”. Es el mismo propósito que alentaba el RDL 2/1985. Dado que es ésta la *ratio* de la norma, procederá conforme a ella la eventual interpretación extensiva de sus preceptos. Lo que no quiere decir que esta *ratio* constituya un principio del derecho.

La referencia que el Preámbulo hace al art. 47 CE no es decisoria. Ciertamente que el Estado se halla obligado a promover el acceso de la población a una vivienda digna. Lo que el art. 47 CE impone no es ciertamente una política proteccionista sino una legislación que permita un mercado practicable. Además, esta “obligación” se impone a los poderes públicos, no a los particulares. Una legislación protectora

“horizontal” desplaza sobre los particulares contratantes el coste de la política que corresponde realizar a los poderes públicos.

En este orden de cosas, la duración mínima del inquilinato (4 años) no aparece como un compromiso de justicia sino como una transacción; merced a esta transacción, el legislador espera que haya un mercado de alquileres, y que éste sea contemplado como una alternativa atractiva frente a la propiedad.

Por lo demás, el Proyecto adopta una exquisita neutralidad en todo lo que no atañe a la realización de su política. Así ocurre, por ejemplo, con la supresión del retracto. El retracto nada tiene que ver con la política de viviendas ni con el mercado de alquileres (nadie alquila con la perspectiva de retraer). En este orden de cosas, la neutralidad del Proyecto se muestra en que no se opta por preferir a nadie (adquirente o inquilino). Se aplica entonces el derecho común, y no habrá retracto. Lo que demuestra que la protección del inquilino — si es que se puede hablar de ello— se realiza exclusivamente en la medida en que esta protección es instrumento del mercado. En último extremo, la consideración implícita de que la justicia, si se produce, ha de producirla el propio mercado.

La “limpieza” de falsos principios, operada por este Proyecto, hace aflorar paradójicamente nuevos principios de protección, que antes estaban ocultos o eran irrealizables dentro de la maraña tejida por la legislación de excepción. El ejemplo más claro es el de la indemnización por clientela al arrendatario del local cuando desaloje su establecimiento; esta indemnización es un principio de derecho común, que con la LAU ahora vigente no pudo ser reconocido por hallarse superado por la protección que ofrecía el derecho de prórroga ilimitada.

Lo mismo se puede decir en lo que atañe al art. 1571 CC. Una vez que desaparece el lastre de la prórroga perpetua, en el cual quedaba embebido, se hace manifiesta ahora la justicia de derogar el art. 1571 CC. Este artículo era una equivocada aplicación del art. 1257 CC. La explicación de por qué sostengo esto no puede darse aquí, pues exige un desarrollo más extenso de lo que yo entiendo por obligación y efecto real de los contratos. Baste decir al respecto que la injusticia, contraria a derecho común, del art. 1571 CC era comparable a la injusticia en el tratamiento que en muchas ocasiones ha propiciado el TS al comprador bajo reserva de dominio, que es desposeído de la cosa por los acreedores del vendedor cuando éste es embargado, aun en el caso de que el comprador venga cumpliendo correctamente sus obligaciones. Por eso no puede asentirse a la propuesta de algún autor (CASTI-

LLO, *Supresión de la prórroga*, 171) de considerar que la supresión de la prórroga por el RDL 2/1985 dejó expedita la resurrección de este precepto del CC.

Más aún, el derecho del arrendatario a continuar en el arriendo por todo el tiempo contratado, aunque la cosa se enajene a un tercero (incluso a un tercero registral, en el Proyecto, y con razón, a mi entender), constituye hoy derecho común de este contrato. La derogación de este derecho por pacto a través de condiciones generales estaría sometido a la tacha de ilicitud derivada de una ruptura injustificada de la reciprocidad.

IV. SUPRESION DE LA PRORROGA Y PRINCIPIOS ARRENDATICIOS

1. *La eficacia expansiva del RDL 2/1985*

Para el TS ha sido siempre el art. 57 LAU la razón decisiva con la que sostener su jurisprudencia favorable a la subsistencia. Y sin embargo, lo que no deja de ser curioso, la “derogación” parcial de este precepto por el art. 9 RDL 2/1985, que suprimió la prórroga forzosa de los contratos arrendaticios urbanos posteriores a la fecha de su publicación, no ha conllevado una ruptura de esta jurisprudencia. Después de esta fecha se encuentran sentencias que apelan con énfasis a este precepto para sustentar la doctrina de la subsistencia (cfr. SSTS 9-VI-1990, 23-II-1991). Ahora bien, si dicho precepto se halla derogado, parece entonces que la doctrina de la subsistencia sólo podría aplicarse para los contratos anteriores a 1985, dado que la prórroga es la razón decisiva de esta subsistencia (GARCIA, RCDI 1991, 2255-2257). ¿O es que sobrevive la prórroga forzosa como una especie de *principio*, resistente a la supresión del vehículo normativo por cuyo medio se expresaba?

Si se estudia la jurisprudencia posterior a 1985, se aprecia por término general que el TS ha dejado de considerar la prórroga forzosa como un principio arrendaticio, y esta caída ha arrastrado la de otras normas de protección. Esto es, *al menos*, lo que la propia jurisprudencia confiesa estar haciendo.

Para el TS se ha tratado de algo más intenso que una simple supresión puntual. El RDL no sólo deroga una norma, sino que instaura un nuevo régimen. Se habla entonces de la convivencia de dos regímenes radicalmente incompatibles, “el régimen general y limitativo de los derechos del arrendador, que en todo caso se mantiene, y no ha sido

objeto de derogación” y el régimen de libertad de contratación en cuanto a la duración del contrato (STS 18-III-1992).

La capacidad de instaurar un nuevo “sistema” arrendaticio deriva de la fuerza expansiva que tiene la supresión de la prórroga. Con todo, la misma doctrina de los “dos sistemas” parece incierta, desde el momento en que el TS sostiene una capacidad de expansión del RDL, no por vía de norma, sino por vía de interpretación. Es decir, lo que el RDL no podría hacer, como consecuencia de la eficacia no retroactiva de las normas, puede conseguirlo por medio de su aceptación como principio interpretador de los contratos, anteriores o posteriores, a la fecha señalada.

La escala que ha ascendido el art. 9 RDL hasta convertirse en un principio de interpretación se expresa en este orden semántico: “cambio de rumbo legislativo” (STS 10-II-1989); “cambios de la realidad socioeconómica a que responde el RDL” (STS 13-XII-1986, 22-I-1988); “alteración de la que no puede prescindirse, como elemento sociológico de la exégesis normativa” (SSTS 13-XII-1986, 14-V-1987); “prevención contenida en el art. 3.1 CC” (STS 10-II-1989); “el sentido del RDL ha de ser acogido por los Tribunales en la interpretación de las normas, para evitar el anquilosamiento de la jurisprudencia” (SSTS 13-V-1986, 9-III-1987).

Cuando una norma deviene “principio” y actúa por vía de interpretación, entonces puede decirse que no hay límites a su eficacia. La “realidad social” no se detiene en la prórroga. También ha de afectar al régimen de rentas, a la valoración de las causas de denegación de la prórroga o de resolución del inquilinato, o en el ámbito del retracto. No es ya que para el futuro haya de valer un “nuevo sistema”, sino que se postula una interpretación conforme a los nuevos valores de los contratos anteriores a 1985. Sería precisamente la interpretación de estos contratos anteriores la que debería ser, consecuentemente, revisada.

Todo esto es muy confuso. Las opciones relativas al valor del RDL son muy variadas. Podemos pensar en primer lugar en un cambio de la realidad social, del que el RDL es un índice. Pero entonces no se puede predicar eficacia expansiva de esta norma, sino la simple adecuación de la interpretación de toda norma arrendaticia a una realidad social que es distinta de la existente en años anteriores. Yo dudo que la “realidad social” como tal haya cambiado a este respecto. Podemos pensar en segundo lugar en una interpretación extensiva de la norma, en función de la “excedencia” de su *ratio* respecto de la escueta letra de la ley: la *ratio* de la norma (liberalización de los arrendamientos) no se detendría en la simple supresión de la prórroga forzosa. Pero en este caso queda-

ría por explicar cómo la interpretación extensiva de una norma dispone de capacidad para variar la interpretación de otras normas (las de la LAU), que no están inspiradas en la misma *ratio*. En efecto, ¿es que tendremos que declarar válidas ahora, para contratos anteriores a 1985, las cláusulas de revisión constante de renta, reinterpretando las normas en cuya virtud se prohibían? (cfr. ROJO, CCJC 13 § 347; VALLADARES, CCJC 24 § 646). ¿Es que la prórroga forzosa no es ni tan siquiera un *valor* para los contratos celebrados con anterioridad al RDL?

Podríamos pensar en tercer lugar en la actuación por vía de principio. La supresión de la prórroga no sería en sí un principio, sino la restauración del principio de libertad de contratación. Este principio "informa" todo el Ordenamiento jurídico, sin barreras temporales, descubriéndose, gracias a su restauración, que la legislación anterior era un derecho de excepción. Pero en este caso hemos de aceptar que la relación entre LAU y RDL no es la de dos simples normas que se suceden en el tiempo, formalmente equivalentes en rango y cuyas respectivas vigencias se resuelven con los criterios de derecho intertemporal. Aun en ese caso, la legislación anterior conservaría su validez. De esta forma, por ejemplo, podría tildarse de contraria a los principios la negativa a admitir la validez de una cláusula de subida constante de rentas para los contratos anteriores; pero ello no impediría que para los contratos anteriores al RDL hubiera que seguir sosteniendo su nulidad, pues la prórroga no ha sido retroactivamente derogada, y las normas que instauran el principio de la prórroga disponen de una *ratio*, que tampoco ha sido derogada, y que puede exigir para su ámbito de aplicación temporal una interpretación eventualmente extensiva.

Existen, con todo, argumentos como para hacer pensar que el TS no ha considerado *realmente* que el RDL contenga una restitución de los principios *naturales* del Derecho arrendaticio. La jurisprudencia que cita el RDL y alienta su eficacia expansiva se produce en un contexto retórico escasamente comprometido. Pero allí donde realmente la doctrina debe ser comprometida, se aprecia una total falta de resolución; más aún, una sospecha de que para la jurisprudencia la excepcionalidad sigue estando del lado del RDL y de la libertad de mercado. Me estoy refiriendo a la cuestión relativa a saber si para los contratos posteriores a 1985 es la prórroga un elemento natural del contrato que puede ser excluido por pacto, o si el tipo natural del contrato es el de una duración pactada, mientras que la prórroga forzosa sería un acuerdo que las partes podrían introducir para modificar la imagen típica del contrato. Naturalmente, el problema se halla en los contratos

posteriores a 1985 que silencian toda referencia a la prórroga: ¿se aplica ésta por no haber sido excluida convencionalmente o se excluye la aplicación de la prórroga forzosa por no haberse pactado explícitamente?

Hasta la fecha no puede asegurarse que el TS haya tomado una decisión ante este dilema. Pero creo que es legítimo sospechar que el TS acabará cediendo en favor de la tesis que considera la prórroga forzosa como *elemento natural* — *si antes no se reforma enteramente la LAU*—. Es algo que se desprende de cierta retórica confusa, como la que recorre la STS de 18-III-1992 o de la ambivalencia con que se expresa la STS, 12-V-1989, o, sobre todo, de la arriesgada deducción que hace la STS 4-II-1992, por la que se concluye que las partes quisieron la *prórroga forzosa*, *dado que se pactó una cláusula de estabilización en un contrato en que no se hacía referencia a plazo cierto* (¡debería haberse aplicado entonces el art. 1581 CC!). Por lo que hace referencia a la jurisprudencia de instancia, puede verse la proclividad en favor de esta tesis en la recopilación que hace VALLADARES en PJ 1991, 205 ss., o en la AP Segovia de 26-VI-1991 (*La Ley* 1992-1, 511). Con todo, las oscilaciones son continuas: véase cómo una Audiencia anteriormente proclive a “comprometerse” en la causa arrendaticia, como la de Sevilla, ahora recoge velas y sostiene (¡con cita de STS 4-II-1992!) que la prórroga tiene que pactarse expresamente (AP Sevilla, 29-IX-1992, *Aranzadi Civil*, n.º 1, marginal AP 1217).

2. *Las distintas aplicaciones expansivas*

Hasta el presente, el TS ha “aplicado” el RDL en tres frentes que exceden de lo que es propiamente el supuesto de hecho de la norma.

a) El TS ha utilizado el art. 9 RDL para solucionar de una forma definitiva la duda sobre si la revisión de rentas ha de operar a partir de la renta base o de la renta ya actualizada. Esta segunda alternativa ha sido justificada por la STS 10-II-1989 como amparada en la eficacia expansiva del art. 9 RDL. Con todo, esta solución ya había sido sostenida con anterioridad, deducida del principio de reciprocidad de las prestaciones (STS 22-VI-1984, y HUALDE CCJC 6 § 156).

b) Como ya se ha explicado, la jurisprudencia “intermedia” del TS aceptó la validez de las cláusulas de elevación de renta conforme a índice, mediante el expediente de integrar el contrato de forma que también incluyera la hipótesis de una modificación a la baja. Esta jurisprudencia es anterior al RDL. Después del RDL se sostiene explí-

citamente esta misma doctrina, y a su amparo se está decretando la validez de auténticas cláusulas de elevación. Pero de esta nueva jurisprudencia no se puede apreciar si la validez a que nos referimos se sostiene ahora en función exclusiva del apoyo del RDL o si es una consecuencia natural de la doctrina jurisprudencial anterior al RDL. Si esto fuera lo cierto no tendría valor adicional alguno la referencia al "cambio en la realidad social" (cfr. STS 22-I-1988), salvo que este "cambio" se hubiera producido ya con anterioridad a la fecha del RDL (cfr. más jurisprudencia en VALLADARES, PJ 1987, 69).

La STS 2-XI-1990 hace ostensible que el RDL en cuestión no ha servido para modificar ciertos prejuicios relativos a la incardinación de cláusulas de elevación pura en contratos de arrendamiento.

c) La STS 25-X-1988 ha mencionado el RDL como justificación de una interpretación amplia de la causa de resolución del art. 114.5 (en el caso, transformación de sociedad mercantil). La contrastación con otra abundante jurisprudencia en este mismo sentido prueba que a la solución deseada se hubiera llegado igual sin la existencia del RDL.

Concluyendo sobre el valor de esta jurisprudencia:

1) Existe una aceptación a nivel retórico de la eficacia expansiva del art. 9 RDL 2/1985, ya por vía de principio ya por vía de interpretación sociológica.

2) En la realidad, el RDL no ha servido como criterio decisorio en ningún punto ajeno a su supuesto de hecho. La solución para cuya obtención se cita el RDL se podría haber obtenido, y se habría obtenido, igualmente al margen de la existencia de esta norma.

3) El TS todavía no ha resuelto, en la concurrencia que se produce entre la LAU y el RDL, cuál de los dos es el derecho normal y cuál el derecho excepcional.

3. *El valor sistemático de la prórroga*

La "supresión" de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamiento no sólo constituye una derogación (parcial) del art. 57 LAU. Su efecto reflejo ha sido mucho mayor, hasta el punto de poder afirmarse que toda la estructura de la LAU ha quedado afectada por esa supresión.

a) En primer lugar, tenemos aquellas normas que sin haber sido específicamente derogadas, pierden su razón de ser al desaparecer su supuesto de hecho, que era la prórroga forzosa. Nos encontramos, así, con los arts. 62 ss., relativos a las causas de denegación de la prórroga.

Por extensión, el art. 53, referido a la acción para impugnar el precio de venta.

b) En segundo lugar, existen normas de la LAU que regulan instituciones que subsisten, a pesar de la supresión de la prórroga, pero con una reconducción de la *ratio* de estas normas. Se trata de aquellas instituciones “protectoras” cuya finalidad de tutela derivaba de su oposición al principio de la prórroga. La supresión de ésta obliga a reconsiderar la *ratio* de estas instituciones, cuya eficacia no ha sido afectada. Esta reorientación de la *ratio* conduce a sostener que las referidas instituciones pierden la función de protección de determinada parte contractual, para pasar a convertirse en simples normas protectoras del contrato como justo intercambio de prestaciones.

Ejemplo de esta naturaleza lo constituye la subrogación *mortis causa*; esta subrogación no es una concreción, ahora, del principio de prórroga, y, *por ende*, no es ya una “norma de protección”, sino que es la resultancia natural de un principio general del derecho, relativo a la inextinguibilidad de las deudas y créditos por fallecimiento de su titular. Otro tanto ocurre con el derecho de traspaso o con la cesión de vivienda del art. 24 LAU. Ya dejan de ser instituciones protectoras de la continuidad del derecho — supuesta la inexistencia de prórroga— . La singularidad del traspaso *ahora* se reduce a que el Ordenamiento ha tratado un supuesto de cesión de contrato (que exigiría consentimiento del arrendador) como si fuese un supuesto de cesión de créditos (que no requería este consentimiento).

c) Nos referimos en tercer lugar a instituciones que no sufren una reducción material de su campo de aplicación, porque no dependen del supuesto temporal del contrato, pero cuya *ratio* ha de ser considerada como extinguida, por sostenerse en un principio de protección incompatible con la supresión de la prórroga forzosa.

Los casos probablemente más emblemáticos lo constituyan el retracto arrendaticio y las causas de resolución del inquilinato. En un sistema en el que —con razón— el art. 1571 CC no ha sido restaurado, carece del menor sentido un derecho de retracto arrendaticio cuando el inquilino no tiene asegurado el derecho de permanencia indefinida en la vivienda.

Otro tanto cabe decir de las causas de resolución del art. 114. El sistema de causas taxativas no encuentra otra justificación que la de servir de apéndice al principio de la prórroga, y como complemento necesario a la restricción en la posibilidad de denegar la prórroga. No hay ahora razón alguna que impida que, en este terreno, rijan las normas generales de los contratos.

d) Por último, una vez desaparecida la prórroga, deben ser desechadas aquellas *interpretaciones* sobre extremos determinados de la relación arrendaticia que sólo se explican presuponiendo un principio de prórroga forzosa.

Aquí es donde todavía se echa en falta una construcción jurisprudencial decidida. En concreto, el efecto reflejo de la supresión ha de hacerse ostensible por vía de interpretación en dos ámbitos hoy polémicos. En primer lugar, no tiene sentido negar la validez (para contratos sin prórroga) de cláusulas de elevación pura de la renta: el arrendador podría, de considerarse nulas, arrendar por un año y novar el contrato al siguiente por la renta que quisiera (cfr. también VALLADARES, CCJC 24 § 646). Negar la validez de estas cláusulas no puede hoy justificarse en consideraciones de justicia del precio de los contratos, lo que al juez no le está permitido fuera del derecho de usura.

Ademas ocurre esto: en un sistema donde las rentas son de fijación libre y el tiempo contractual se conviene libremente por las partes, la negativa a considerar válidas las cláusulas de aumento constante de renta comportan un efecto negativo para el arrendatario. Pagará más por renta o su contrato durará menos.

Lo mismo puede decirse sobre otro extremo polémico cual es el de la consideración de la prórroga forzosa como un elemento natural del contrato excluible por las partes o como un simple pacto accesorio que sólo rige en caso de acuerdo expreso. Esta duda sólo puede resolverse en el segundo sentido; los tribunales que todavía apuestan por el primero adolecen de una nostalgia de la prórroga forzosa, de la que tendrán que liberarse cuando resulte manifiesto que el sistema camina irremisiblemente a la supresión de la prórroga como estatuto normal del inquilinato. El RDL inicia el camino de "regreso" y yerra quien lo considera como un simple obstáculo pasajero en el camino, cada vez mas firme, de entronización de los "principios arrendaticios".

V. COSTES Y JUSTICIA DE PROTECCION

1. *El principio de la justicia*

La mejor parte de la *Teoría de la Justicia* de RAWLS la constituyen sus esfuerzos por tratar de encontrar un procedimiento que asegure la existencia de principios de justicia a los que se pueda llegar por un consenso de todos los miembros de un universo dado. Una regla de

justicia sólo puede ser obtenida con garantías de consenso si el pacto se realiza desde una *posición original* en el que todos los intervinientes en el mismo decidan desde un *velo de la ignorancia*:

“Nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase, *status* social; nadie conoce tampoco cuál es su suerte respecto a la distribución de ventajas y capacidades naturales... Supondré incluso que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien... Los principios de la justicia se escogen tras el velo de la ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su posición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un acuerdo o de un convenio justo” (p. 29).

Y más adelante:

“Se excluye el conocimiento de aquellas contingencias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les permiten que se dejen guiar por sus prejuicios. De esta manera se llega al velo de la ignorancia de un modo natural” (p. 36).

Naturalmente, nosotros no estamos interesados en desenvolver aquí los principios generales de la justicia en toda sociedad civil, y abandonamos en este punto a RAWLS habiéndonos apropiado del concepto de acuerdo tomado desde el velo de la ignorancia. Imaginemos ahora dos personas, arrendatario y acreedor hipotecario, que tienen intereses contrapuestos y mutuamente incompatibles sobre un mismo bien. Les pedimos que acuerden entre ellos cual será la regla que estiman apropiada para satisfacer la incompatibilidad que produciría la concurrencia simultánea de estos dos intereses contrapuestos.

El velo de la ignorancia de nuestra fábula es la ausencia de un derecho legislado y la ausencia de toda doctrina jurisprudencial que permitiese a las partes hacer una predicción sobre el resultado a que se llegaría con probabilidad si la discusión se remitiera a un foro contencioso. Naturalmente, hemos de aceptar que ya en el momento en que se deciden a pactar, cada una de las partes sabe cuál es su papel, arrendatario o acreedor hipotecario, aunque desconoce la regla de derecho o la predicción sobre el resultado o sobre las preferencias del juez.

Naturalmente, sólo podrían llegar a un acuerdo si éste tuviera como resultado una regla formal, convenientemente abstracta, que pudiera, de no hallarse tras el velo de la ignorancia, satisfacer a ambos contendientes, aunque no al mismo tiempo. Partimos obviamente de

que son partes interesadas, que se guían sólo por su egoísmo y no se les supone vocación altruista. Ninguno pactaría una regla cuya preferencia depende de condiciones que sólo concurren en uno de ellos.

En situación como la descrita, las distintas partes pactarían la regla de la prioridad temporal. Puesto que ignoran cuál de ellos se encuentra en este rango prevalente, la regla de prioridad, extraordinariamente formal, satisface las expectativas posibles de ambos, y será tomada por ambas partes porque el acuerdo sobre la misma no requiere condiciones previas ni valoraciones particulares. La regla de prioridad temporal sería pactada, dado que ambos tienen lo mismo que ganar y que perder con dicha regla, y su aplicación ulterior, cuando se levantara el velo de la ignorancia, podría realizarse de un modo lo suficientemente automático como para evitar la necesidad de un nuevo acuerdo de concreción de la regla.

Por esto último no pactarían una regla cargada de connotaciones valorativas. Por ejemplo, nunca se pactaría racionalmente la regla de preferencia según el grado de necesidad (ignorando cada uno cuál es su grado de necesidad). En primer lugar porque ya en el momento inicial del acuerdo, esta regla presupone condiciones ideológicas de los concurrentes, que no pueden ser aseguradas. Quiero decir con ello: se puede asegurar que si los dos contendientes son racionales actuarán por criterios egoístas, pero no se puede asegurar que dispongan de una riqueza moral que les convenza de que en cualquier caso es preferible la situación del más necesitado. Pero, sobre todo, esta regla sería ineficaz porque, levantado el velo de la ignorancia, tendrían que volver a pactar sobre quién de los dos es el más necesitado. Como en este momento las partes disponen de la información necesaria para conocer estratégicamente lo que les conviene, es seguro que no se producirá el nuevo acuerdo por el que hay que concretar *ad casum* la regla de necesidad.

La regla de prioridad contiene en su seno un concepto de justicia que, en términos de RAWLS (*Teoría*, 107 ss.) hemos de llamar *justicia meramente procesal*. La corrección, la equidad, no se encuentra en el resultado producido sino en el procedimiento de obtención de ese resultado, cualquiera que éste sea. Un procedimiento justo garantiza *siempre* que el resultado es justo, y no hay lugar a correcciones ulteriores cuando se constate que el resultado puede haberse apartado de un cierto criterio que a juicio particular del intérprete sería el óptimo. La preferencia concreta en nuestro caso, la determinación del ganador conforme a nuestra regla de prioridad, no podrá ser ulteriormente contrastada con criterios de equidad, distintos del único criterio de

equidad sobre el que las partes hubieran llegado a un acuerdo: la equidad de la regla de procedimiento.

Cierto que puede tacharse de liberal esta teoría. Pero sobre la contraria cabría el reproche no mejor de arbitraria, y, por tanto, de opresiva, como todas las que dependen del buen criterio o de la buena conciencia de un tercero que se estima poseedor de la verdad.

Naturalmente que podrían pactar antes incluso de que se hubiesen adquirido respectivamente las posiciones de arrendatario y acreedor hipotecario. Se podría pactar que se prefiere siempre al arrendatario. Pero esta situación es intrascendente, pues esta regla, en lugar de resolver el conflicto lo evitaría: nadie querría en el futuro ser acreedor hipotecario, y no habría crédito. Ciertamente, esta regla no serviría cuando las posiciones iniciales de cada uno ya han sido adquiridas antes del acuerdo.

Esto es algo que ha sido verificado desde análisis de economía del Derecho en situaciones de concurrencia de acreedores garantizados sobre un mismo bien del deudor. La regla más eficiente es precisamente la de la prioridad temporal, pues ésta es la que pactarían libremente los acreedores interesados si no existiera la regla (JACKSON/KRONMAN, *Secured Financing*, 1164). La prioridad, acompañada de un sistema simple y no costoso de publicidad, constituye el procedimiento de internalización más eficiente de las colisiones entre acreedores (DORNDORFF, *Kreditsicherung*, 36). El primer acreedor en el tiempo puede estar seguro, merced a este principio, de que las actividades de terceros (el deudor y otros acreedores) no acabarán deteriorando la consistencia de su derecho sin consentimiento del primero y sin que los costes de ese daño sean soportados por quienes lo producen. El segundo acreedor puede conocer las condiciones y gravámenes previos del derecho que se le transfiere, e internalizarlo en forma de precio; además de que gozará frente a un tercer acreedor de la misma seguridad de que el primero goza frente a él.

2. El coste de inseguridad

Las diversas soluciones ofrecidas por la jurisprudencia al conflicto entre inquilino y acreedor hipotecario nos alertan sobre el incremento de costes que ha de traer consigo la pérdida de seguridad jurídica. Hablamos de una inseguridad en los criterios de decisión y de una inseguridad de la misma garantía.

Los criterios de decisión elaborados por el TS remiten a factores difícilmente comprobables de modo sumario, y, desde luego, imposibles; de constatar sin un aumento de costes. Son criterios de colisión difusos. La jurisprudencia habla de mala fe, de simulación, de fraude, para tender con ello una línea entre los casos en los que se extingue y los casos en que no se extingue el arriendo. Ambos derechos en conflicto padecen con esta falta de definición. Un criterio difuso no es una solución eficiente de conflictos de colisión (DORNDOKFF/FRANK, *Reform*, 81). Ninguno de los dos derechos en concurso se halla bien definido. Su valor en el mercado adolece de este particular; no habrá atractivos para adquirir en el mercado un derecho cuyas posibilidades y límites de explotación son inciertos. No menos les perjudica el criterio difuso de solución. Se trata de un criterio que, aun cuando su resultado fuese favorable, supone un coste de obtención que desestimula su adquisición. La inversión en este derecho no resulta atractiva cuando la renta que produzca puede externalizarse en manos de tercero a través de conductas no controlables del propietario del bien. Da igual que en determinado supuesto se tenga razón: el coste terciario derivado de litigar arruina las ventajas del derecho y de los procedimientos, como el art. 131 LH, entronizados para su defensa.

El derecho de garantía mismo deviene inseguro. Una garantía que puede ser socavada por conductas posteriores del deudor y un tercero conduce al acreedor a una posición similar a la de quien hubiera prestado sin garantía. Con la solución jurisprudencial, el derecho español de hipotecas retrocede a la misma situación primitiva que se intentó resolver con la Ley de 1861. Las palabras con las que la Exposición de Motivos de aquella Ley desmerece el sistema de hipotecas ocultas son el mejor reproche que se le puede hacer a resoluciones judiciales como las ya expuestas. Ha de hacerse entonces realidad la predicción de que una institución está condenada a desaparecer cuando los costes internalizados (incluidos los costes que genera la inseguridad) superan a las ganancias internalizadas (ADAMS, *Ökonomische Analyse*, 126). Lo más enervante para el acreedor hipotecario no es esta pérdida del valor neto de la garantía, sino la circunstancia de que no está en sus manos hacer nada para impedirlo. Ni aunque estuviera dispuesto a invertir en gastos suplementarios de control o de información sobre la conducta del deudor. Esta es la gran diferencia de este supuesto con el supuesto de arrendamiento anterior a la hipoteca, que el acreedor hipotecario tiene que soportar a pesar de su condición de tercero registral (oponibilidad del arrendamiento que se mantiene en

el Proyecto de la LAU). La oponibilidad del arrendamiento en este caso puede estar justificada porque el legislador valora que sería muy escaso el coste adicional que tendría que sufragar el acreedor para comprobar si la vivienda está alquilada, de forma que pueda evitarse, si le conviene, dar crédito en estas condiciones.

En el caso ahora debatido, el acreedor se limitaría a observar inerte cómo se arruina el valor de la garantía por obra de terceros a los que no puede controlar, ni tan siquiera a mayor coste. Esta es la particularidad de un atentado al principio de rango, frente a lo que pueda ser un atentado al principio de fe pública registral.

3. *Contra el retracto*

Sabemos ya que un sector no despreciable de la doctrina, partidario de la extinción del arriendo por la ejecución de la hipoteca, defiende que el arrendatario dispone, empero, del derecho a retraer la finca por el precio de adjudicación al tercer postor o al acreedor ejecutante. Con todo, la jurisprudencia ha decidido siempre considerando desde el mismo punto de vista el derecho a continuar en la finca y el derecho a retraer.

Desde consideraciones técnicas, que me parecen evidentes, creo que el arrendatario no puede disponer de un derecho de retraer la finca por el precio de adjudicación. Falta el requisito de reunir la condición subjetiva que hace lícito el retracto (en este caso, la condición de inquilino) en el momento en que se pretende ejercitar el derecho. El arrendatario no puede retraer porque ha dejado de serlo precisamente en el mismo momento (la adjudicación) en el cual habría de nacer esta facultad de adquisición, momento en el cual resultaba imprescindible la continuación de la cualidad arrendaticia.

Podría reputarse excesivamente formal esta explicación. La abonaremos desde consideraciones más sustanciales. El sentido del retracto arrendaticio se halla en favorecer la posición del inquilino, y precisamente por su condición de tal. Se entiende por el legislador que la venta a un tercero es un medio que permite al arrendatario dejar de serlo, para acceder a la propiedad de la vivienda. Nace el retracto en consideración a que el inquilino puede dejar de serlo, eximiéndose de soportar también el dominio de un tercero. El retracto es pues, y a la vez, un medio de liberación del gravamen que supone la propiedad y un recurso de que se dota, para acceder a la propiedad, al inquilino,

que de otra forma continuaría siéndolo, acaso contra su voluntad de convertirse en dueño del piso que habita. Esto es lo que no se da en nuestro caso: si el inquilinato se extingue, deja de concurrir cualquier razón de política legislativa protectora de los arriendos por la que hubiera de concederse el retracto. La política de protección al arrendatario no sería suficiente para cubrir esta extensión del retracto. La *ratio* de este retracto no podría ser la del art. 47 LAU, pues ahora dispondría de este derecho precisamente *porque ya no es inquilino*.

El retracto arrendaticio no es sólo un gravamen ineficiente del mercado, sino que constituye un atentado a ponderaciones evidentes de justicia.

La posición del arrendatario no es el resultado de una imperfección del mercado. A diferencia de lo que pueda ocurrir con el condueño o con el colindante de alguien que compra parcela de ínfima extensión (arts. 1522 y 1523 CC), el Ordenamiento no valora negativamente la figura del arrendamiento. ¡Todo lo contrario! El legislador se ha esforzado a lo largo del tiempo en introducir este derecho posesorio como una opción atractiva en el mercado de la vivienda, para inquilinos y para dueños. Para el ordenamiento jurídico, la situación del arrendatario — frente a la del condueño o colindante— no es una situación que se desee superar con objeto de maximizar la utilidad social. Es incongruente valorativamente proteger al arrendatario y hacer al mismo tiempo todo lo posible para que deje de serlo.

A diferencia de ciertas formas de comunidad pro indiviso —quizá los casos más numerosos— el arrendamiento es un derecho para el que *hay mercado*. La base del retracto (la condición de inquilino) se halla en una posición libremente elegida por su titular (me refiero a la “libertad” exigida para que se entienda producido un contrato, en el sentido del art. 1261 CC). Es el Ordenamiento el que, por medio del retracto, “rectifica” una elección tomada por el titular del derecho. En la comunidad no suele accederse a la posición compartida por medios de mercado, sino normalmente por circunstancias, como la herencia, independientes de la voluntad de los condueños. Estos no han elegido hallarse en comunidad.

Aun en situaciones de retracto admitidas por la legislación común, y aceptando que la posición base haya nacido de la voluntad de los intervinientes, la razón del retracto puede hallarse en una valoración negativa del Ordenamiento frente a modos de explotación que considera antieconómicos. No los prohíbe, pero reacciona ante ellos permitiendo que los interesados puedan, sin necesidad de acuerdo entre sí,

llegar sin costes de negociación a una situación de dominio exclusivo y no “compartido”. No nos corresponde ahora objetar si es procedente que el legislador haga este tipo de valoraciones. En el caso del retracto de colindantes, la ley opera creando la posibilidad de reparcelar en vía privada a un coste menor que el que habría que afrontar mediante una reparcelación pública. En cualquier caso, esta valoración negativa no sólo deriva de la presunción de que sería costoso un acuerdo individual para reestructurar “razonablemente” el derecho “compartido”, sino también de la sospecha de que no serán realizadas inversiones eficaces en este tipo de bienes cuando las ganancias esperadas se difuminan entre terceros.

Ninguna de estas condiciones concurren en el arrendamiento.

Todavía podemos mencionar una tercera diferencia. Frente al tercero que adquiere una cuota en comunidad o una porción escasa del terreno colindante, el arrendatario que retrae y el adquirente retraído obtienen la misma cosa: la propiedad plena de la vivienda (recuérdese que partimos de que el adquirente lo es en virtud de subasta por ejecución de hipoteca anterior al arrendamiento). En cambio, no hay identidad entre lo que obtiene el adquirente de cuota (la cuota) y lo que obtiene el condueño retrayente (la cosa entera); o entre lo que adquiere el comprador de parcela de escasa dimensión y lo que obtiene el colindante que retrae. En estos dos últimos casos el Ordenamiento puede permitirse una valoración no neutral. Pero no puede hacer lo mismo en el retracto arrendaticio. El legislador no está legitimado para valorar si apreciará el ex-inquilino la propiedad de la vivienda más que lo que pueda hacerlo el comprador. Sus posiciones son equivalentes, y por tanto sus preferencias pueden ser resueltas en función exclusiva de precio pagado por uno y otro, no de optimizaciones de distribución realizadas por la norma.

El retracto arrendaticio en la hipótesis que venimos discutiendo desestimula a terceros para concurrir a las subastas. Aunque supiera que el inquilino no permanecerá en la vivienda, la sola posibilidad de que retraiga desincentiva la puja. Pues el arrendatario no puja con los demás, quedando excluido con ello un procedimiento público. El postor no dispone de posibilidad de articular ninguna estrategia — que sería buena para todos, por cuanto aumenta el precio de la subasta—, dado que la postura del arrendatario es definitiva: ya no puede ser superada, es precisamente la *repetición* de la puja del mejor postor. Aunque quisiera este adjudicatario “volver a pujar” una vez que se anuncia el ejercicio de retracto, ya no habría procedimiento para

hacerlo valer. Podemos hablar de un ciclo de “comunicación patológica”. El retrayente no tiene por qué responder, subiendo la pujas de terceros, y el adquirente tiene que llegar hasta el momento de la adjudicación para adivinar si el precio que ofreció es bastante para desincentivar a terceros. Este adjudicatario tiene que “recorrer” todo el camino, pues en ningún momento se le indicará que debe marcharse. Esta comunicación patológica produce pérdidas de bienestar. El arrendatario, por efecto de este monopolio que le confiere la norma, paga por la cosa menos de lo que hubiera podido estar dispuesto a ofrecer en circunstancias de mercado, y tampoco puede el adjudicatario probar que es el mejor postor, demostrando que es quien pagaría más. En efecto, si el adjudicatario ofrece 10, el retrayente no tiene que ofrecer 11 y le basta ofrecer esos 10 para quedarse con la cosa; a su vez, resulta que a partir de este momento el adjudicatario no puede mejorar su postura a 12, cosa que sí podría hacer si el retrayente hubiera sido un postor que hubiera ofrecido 11. El retracto baja el precio de la cosa a 10 cuando el mercado podía ofrecer cuando menos 12.

Cuando el tanteo precede al retracto, la circunstancia no es mejor. El comprador no puede estar seguro de que, pasado con éxito el trámite de tanteo, el arrendatario ya no podrá retraer. Porque siempre podrá el arrendatario reclamar el retracto alegando la circunstancia tan normal de que el precio ofrecido en el tanteo no coincida con el efectivamente pagado.

¿Quién es el perjudicado por el retracto arrendaticio? A diferencia de lo que ocurría con la subsistencia del derecho, el mero retracto no daña al ejecutante. Este siempre cobra, como poco el montante de sus créditos con los intereses y costas, ya que no se le adjudicará nunca por menos que esto. Se perjudica ciertamente al propietario de la cosa — que no siempre es un tramposo que simula con su hijo el arriendo para desesperar al acreedor— y se perjudica sobre todo a los terceros que, después del arrendamiento, hayan adquirido algún derecho sobre la cosa o hayan anotado un embargo, pues la desincentivación de la subasta se traduce en inexistencia del resto a repartir. Esto es lo que no aprecia la jurisprudencia del TS que concede el retracto en estos casos, jurisprudencia que parece trabajar con el molde tópicamente de un pobre arrendatario y un acreedor ejecutante usurero.

Pero todavía más. El retracto arrendaticio, en cualquiera de sus circunstancias de ejercicio, se convierte en un modo injusto de permitir que el inquilino pueda capturar todas las plusvalías y ventajas que producen las imperfecciones del sistema jurídico. Me refiero al retrac-

to realizado por el precio escriturado, cuando este es inferior al real, debido a una simulación que obedece a razones fiscales. Esta simulación es fruto de una imperfección del sistema jurídico en su conjunto (no sólo, ciertamente, de los compradores). Pero las imperfecciones de este sistema resultan convertirse en un regalo para los retrayentes si, como sostiene el TS en la desafortunada sentencia de 28-VI-1991 (debidamente criticada por COCA en CCJC 27 § 709), el retrayente puede limitarse a pagar el precio escriturado, aunque conste el real, como castigo al fraude fiscal imputable a los contratantes. ¡Como si la Ley del Impuesto de Transmisiones o la Ley de Tasas hubieran sido dictadas con el designio de favorecer a los retrayentes! Naturalmente, los retrayentes conocen estas imperfecciones del sistema y juegan siempre a lucrarse de la probabilidad de que en el proceso no pueda probarse el precio real, o que el juez del caso estime que este extremo no es relevante. El resultado es el aumento de costes procesales instrumentalizados a la búsqueda de una *ganga* de ínfimo precio.

El Proyecto de LAU suprime el derecho de retracto arrendaticio. Sin duda por considerar que si el mercado de la propiedad es un mercado abierto, el Ordenamiento no debe privilegiar a nadie para el acceso a ese mercado.

4. *El efecto perverso*

El concepto de *efecto perverso* lo tomo de HIRSCHMAN, en la forma en que el autor lo expone en su *Retóricas de la intransigencia* (pp. 21 ss.). Según este argumento, la tentativa de empujar o haver avanzar a la sociedad en determinado sentido guiado por el criterio de progreso y tutela de intereses más débiles resulta, en efecto, que se traduce en un movimiento en la dirección opuesta a la pretendida. Para el autor, se trata de un típico argumento de las ideologías reaccionarias. A este argumento, las doctrinas "progresistas" sólo podrían oponer el predicado de la *desesperación*, en méritos del cual el viejo orden debe ser aplastado y uno nuevo reconstruido, sin tener en cuenta ninguna consecuencia contraproducente que pueda derivarse de ello.

El efecto perverso es un argumento que sólo admite esta contrastación cuando las disfunciones del efecto opuesto al pretendido puedan compensarse dentro de un sistema global con un avance general de la sociedad en una dirección de progreso. Pero cuando tratamos de pequeñas parcelas del sistema jurídico político, el resultado adverso al

pretendido no puede compensarse con nada, pues la reforma, que resulta disfuncional en un punto, no se enmarca en un contexto más amplio en el que el resultado global pueda resultar compensado y, pese a algunas reacciones contraproducentes, positivo.

La jurisprudencia relativa a la subsistencia del arrendamiento, en los términos que venimos exponiendo, produce el resultado perverso que ya denunció MAURA en 1893, y que sirvió de estímulo para crear legislativamente el proceso de ejecución judicial sumario, en los términos que hoy conocemos en el art. 131 LH: o se retraerá el capital o se prestará bajo especies de usura, utilizándose de nuevo la venta fiduciaria o el alto interés que cubran los riesgos derivados de la conducta del propietario- arrendador (cfr. en ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, IV, 1101).

El aumento de riesgo que para el acreedor supone la posibilidad de quedar expuesto a las resultas de conductas de terceros ha de plasmarse en mayor coste del dinero prestado, si es que el prestamista ha de decidirse a prestar en estas condiciones. En cualquier caso será también necesaria una "sobregarantía", pues el acreedor ha de amortiguar con ella el efecto de descontrol que le supone la actividad arrendaticia de su deudor; por la misma cifra de crédito el deudor ha de pagar más e inmovilizar en garantía de su deuda porciones mayores de su patrimonio.

Otra opción para el acreedor es la de prestar únicamente en condiciones en las que al deudor "hipotecario" se le prive de la posesión inmediata o del poder de disposición sobre la cosa. En el primer caso buscará una garantía "pignoratícia" a su favor. Opción que no parece realizable si se consideran los altos costes que para el acreedor conllevaría un control posesorio de la cosa dada en garantía. En el segundo caso hay que pronosticar un auge de las ventas en garantía: el acreedor adquirirá la propiedad del bien, que arrendará al deudor, el cual no podrá subarrendar a tercero. No voy a detenerme en destacar la devastación de riqueza que supone este procedimiento, no sólo para el deudor, sino para otros potenciales acreedores que éste pueda tener. Así como el mercado mismo de alquileres padecerá de esta práctica, pues la opción por la venta en garantía supone imposibilidad simple de "subarrendar" y no la posibilidad de dar en arriendo sujeto a la eventualidad de una resolución por la ejecución hipotecaria.

Lo que queda claro es que un acreedor que actúe con criterios racionales y posea la información sobre las reglas de derecho que se aplican en los tribunales, hará, con éxito, todo lo posible por encon-

trar un medio por el que sea el propio deudor hipotecario el que “absorba” el riesgo acumulado por la regla de protección al arriendo. Para las hipotecas no habrá pues mercado, o lo habrá a un coste más alto. Al propio deudor le vendrá a resultar preferible aceptar una garantía “salvaje” — como es la venta en garantía— que soportar el coste de la hipoteca que quiera imponerle el acreedor.

Si se duda de ello, valga el ejemplo que suministran las reglas de contenido similar en materia de régimen económico matrimonial. Si se introduce una regla restrictiva sobre la capacidad que un cónyuge tiene para endeudar individualmente al consorcio (cfr. art. 1365 CC), los acreedores que dispongan de poder de negociación y de información suficiente se cubrirán de las resultas de esta regla exigiendo que las deudas matrimoniales sean contraídas por ambos consortes. De donde se obtiene que, en lugar de obligar los bienes gananciales, como ocurría antes de establecerse la regla, ahora se obligan también los bienes privativos del cónyuge (la mujer normalmente) en cuyo interés se instaura la regla protectora.

Este tema incide de modo directo en la eficacia de las prohibiciones de arrendar. Tradicionalmente la jurisprudencia registral ha sido contraria a la admisión de estas prohibiciones, por entender que imponían una prohibición de disposición, excluida por el art. 27 LH, y por carecer tal prohibición de sentido protector del acreedor, toda vez que éste podía ejecutar la hipoteca barriendo las cargas posteriores, y la presencia de un tercero en la posesión sólo le gravaba, a lo sumo, con la carga de requerirle para el pago. La jurisprudencia registral no sólo excluía la eficacia real de la prohibición sino incluso, por razones de interpretación finalista de la norma, también las que preveían un vencimiento anticipado del crédito (RRDGRN 16-VI-1936, 18-XI-1960, 4-XI-1968). Quedan ahora las dudas de cómo hay que interpretar los términos de la R. de 27-I-1986, que estima “racional” que en los contratos de hipoteca pueda pactarse “alguna prevención adecuada” respecto de aquellos arrendamientos que puedan no estar sujetos al principio de purga y que por la renta estipulada puedan disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, “como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización, aunque contengan, o si la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por ciento más, no cubre la responsabilidad total asegurada” (cfr. sobre el valor de esta Resolución, respectivamente PRADA, *La Ley* 1989-2, 1122 ss. y GARCIA, RCDI 1991, 2251 ss.).

Sobre ello creo que se puede afirmar lo siguiente. Si el Ordenamiento legitima las actividades de un tercero que pueden poner en entredicho la eficacia de un derecho ajeno, sin consentimiento del titular, y sin que él pueda ejercitar el derecho de veto, el mismo Ordenamiento no puede prohibir que el titular de este derecho pueda protegerse por vía contractual de las resultas de este riesgo. Este contrato ha de ser válido, pues constituye la única forma de evitar la repercusión de actividades de terceros no consentidas por el titular del derecho. Lo que el Ordenamiento puede prever ahora es cuál es la sanción adecuada para el caso de aquellos acreedores hipotecarios que, como consecuencia de unos déficits estructurales de información, ni tan siquiera podrían tener la posibilidad de precaverse de estos efectos mediante acuerdos contractuales. Los acuerdos de vencimiento anticipado no son además clandestinos. De la misma forma que ocurre con el propio contrato de hipoteca, el arrendatario no puede defenderse mediante la alegación de que la obtención por su parte de semejante información — que suministra el Registro de la Propiedad— sería tan costosa que debe renunciar a ella a cambio de buscar en el Ordenamiento una regla protectora que neutralice este déficit de información cuya obtención es de coste tan escaso (500 pts. cuesta una nota simple registral expedida por fotocopia). No hay, por tanto, justificación para alegar una ausencia de información por parte del arrendatario, como razón para pretender una regla especialmente protectora en derecho.

Si esto es cierto, y si los pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca son válidos, entonces la solución jurisprudencial que aquí se critica incurre en el efecto perverso de dañar a propietarios e inquilinos. Cuando al acreedor hipotecario le resulta indiferente que el deudor arriende, habrá un mercado de alquileres, cuyo coste no se grave con el coste de seguridad de la hipoteca. Y es cierto que un mercado de este tipo es razonable. Existen muchas ocasiones en que la hipoteca no dificulta el desarrollo normal de un inquilinato. Pensemos en el arrendamiento de vivienda de reciente promoción, sobre la cual existe una hipoteca que grava el crédito de construcción; los plazos de arriendo pueden ser inferiores al período de amortización de la hipoteca, y, si se paga puntualmente el crédito, los intereses de acreedor hipotecario e inquilino nunca colisionarán. Pero con la solución aquí criticada no hay ni tan siquiera mercado, pues la simple existencia del arrendamiento es ya una colisión con la hipoteca. Es decir, cuando de la otra forma podrían darse muchos casos de concurrencia no contra-

dictoria de derechos, ahora esta concurrencia es por definición incompatible. Se produce una pérdida general de bienestar, ya que éste depende de la coexistencia pacífica de cuantos más derechos posibles y compatibles sobre un bien, cada uno de ellos con una zona determinada de exclusividad bastante para justificar la inversión que su titular hizo para adquirir el derecho.

Por mi parte dudo incluso que la prohibición de arrendar, o el vencimiento anticipado de la hipoteca en estos casos, satisfagan al acreedor por la pérdida de garantía que le ocasiona la solución jurisprudencial. La efectividad de este derecho, suponiendo su validez, depende de la inversión de altos costes de vigilancia por parte del acreedor hipotecario. Tratándose de bancos, no se estará dispuesto a asumir este coste. Luego resulta que la propia eficacia del pacto en cuestión no suplirá la debilidad a que quedan expuestas estas hipotecas, dado el alto coste de efectividad de esta prohibición de arrendar.

5. La solución del Proyecto de LAU

El Proyecto en cuestión establece que el arrendamiento concertado por quienes tengan un derecho de goce resoluble se extinguirá cuando se extinga éste. Sin embargo, si el arrendamiento se concierta por un deudor hipotecario durará cuatro años, aunque con anterioridad se ejecute la hipoteca, y se resolverá con la resolución del derecho de propiedad cuando en el momento de la ejecución el arrendatario lleve en la posesión más de cuatro años.

Hay que agradecer que se haya ofrecido una solución al problema. Al menos se excusa con ello la inseguridad existente y se conocen por las partes los límites de lo que se puede esperar de su respectivo derecho.

Con todo, la solución del Proyecto participa de las críticas vertidas a la solución jurisprudencial. Bien es verdad que con un efecto negativo más reducido, pues los interesados pueden realizar el valor de su derecho transcurrido este plazo. Pero la crítica más severa versa sobre los comportamientos que esta norma estimulará en el futuro. Con esta redacción, será preferible la condición del arrendatario que haya accedido a la posesión justamente antes de la ejecución. Es decir, precisamente la del arrendamiento sobre el cual recaigan más sospechas de fraude.

El Proyecto confunde la condición del arrendatario que concurre con un tercer poseedor de finca hipotecada, y la del arrendamiento que se celebra después de inscrito un derecho en el Registro. En el pri-

mer caso será razonable proteger al arrendatario, pues él no puede hacer nada por evitar el conflicto con un adquirente posterior, que podría haber evitado la concurrencia mediante una información no costosa. Justamente la situación inversa es la del arrendatario posterior a la hipoteca. Quiero decir con ello: *por la misma razón* que cabe proteger al arrendatario frente al tercer adquirente posterior amparado por la fe pública registral, no cabe proteger al inquilino que celebra el contrato después de inscrita la hipoteca. La *ratio* de la primera protección es incongruente con la de la segunda.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ADAMS, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte. Ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten*, Baden Baden, 1980.
- ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989.
- BERCOVITZ, *Comentario a STC 6-X-1989*, CCJC 21 § 553.
- BOLAS, *A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca*, RDP 1989, 122 ss.
- CASTILLO TAMARIT, *Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos*, Homenaje a Vallet de Goytisolo, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 1989, 169 ss.
- CASTRO, *Derecho civil de España*, reimpr., Madrid, 1984.
- COCA, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencias autonómicas*, Bolonia, 1988.
- COCA, *Comentario a STS 28-VI-1991*, CCJC 27 § 709.
- CUESTA SAEZ, *Comentario a la STS 9-VI-1990*, CCJC 23 § 617.
- CUADRADO, *Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución*, La Ley 1991-3, 836 ss.
- DORNDORFF, *Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung*, Heidelberg, 1986.
- DORNDORFF/FRANK, *Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten unter besonderen Berücksichtigung der ökonomische Analyse der Sicherungsrechte*, ZIP 1985, 65 ss.
- GARCIA GARCIA, *La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991)*, RCDI 1991, 2225 ss.
- GONZALEZ CARRASCO, *Comentario a STS 9-VI-1990*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 10, 1991, 229 ss.
- GINOT LLOBATERAS, *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, ADC 1955, 1167 ss.
- HERNANDEZ MARIN, *Metodología General del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989.
- HIRSCHMAN, *Retóricas de la intransigencia*, trad. T. Segovia, México, 1991.

- HUALDE, *Comentario a STS 22-VI-1984*, CCJC 6 § 156.
- JACKSON/KRONMAN, *Secured financing and priorities among creditors*, Yale Law Review 88 (1977), 1143 ss.
- LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980.
- LASARTE, *La jurisprudencia constitucional sobre el lanzamiento del ocupante tras la ejecución hipotecaria*, Derecho de los Negocios 1992, n.º 2/3.
- LASARTE, *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Colección de jurisprudencia práctica, Tecnos, 1992.
- LLEDO, *Comentario a STS 14-X-1991*, CCJC 27 § 724.
- MONSERRAT VALERO, *La ejecución de la hipoteca y la extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a su constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, RJC 1992, 719 ss.
- OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1988.
- PRADA, *Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios*, La Ley 1989-2, 1115 ss.
- PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico* (en prensa, Centro de Estudios Constitucionales).
- DEL RIO, *Comentario a RDGRN de 20-XI-1987*, CCJC 17 § 434.
- RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. M.ª Dolores González, México, 1985.
- ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1979, vol. IV.
- ROCA TRIAS, *Comentario al art. 4 CC*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, I, vol. 1, 2.ª edic., Madrid, 1992.
- ROJO, *Comentario a la STS 9-III-1987*, CCJC 13 § 347.
- SALVADOR CODERCH, *Comentario al art. 3.1 CC*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, I, vol. 1, 2.ª edic., Madrid, 1992.
- SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia*, Barcelona, 1985.
- VALLADARES, *Principios generales y ley especial: el problema de las fuentes en la legislación de arrendamientos urbanos*, RDP 1990, 760 ss.
- VALLADARES, *La jurisprudencia sobre cláusulas de estabilización después del Real Decreto Ley 2/1985, sobre medidas de política económica*, PJ 1987 (diciembre), 69 ss.
- VALLADARES, *La prórroga forzosa y el Real Decreto Ley 2/1985*, PJ 1991 (junio), 205 ss.
- VALLADARES, *Comentario a STS 3-VII-1990*, CCJC 23 § 621.
- VALLADARES, *Comentario a STS 2-XI-1990*, CCJC 24 § 646.
- VILLAR PALASI, *La interpretación y los apotegmas jurídicos*, Madrid, 1975.