



Roj: **STS 7270/2006 - ECLI:ES:TS:2006:7270**

Id Cendoj: **28079110012006101185**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2006**

Nº de Recurso: **5229/1999**

Nº de Resolución: **1073/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, San Sebastián, Sección 2ª, 16-11-1999,
STS 7270/2006**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía 756/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número seis de San Sebastián, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador Don José Manuel de Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de Don Cesar, Doña Encarna y Don Rafael y Doña Araceli, y como parte recurrida la Procuradora Doña María Luisa Gavilán Rodríguez, en nombre y representación de Odriozola y Berridi S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador Don Eugenio Arreitia Zatarain, en nombre y representación de Odriozola y Berridi S.A., interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra Don Cesar y Doña Encarna y contra sus hijos Doña Araceli y D. Rafael y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia declarando que por la parte actora se ha ejercitado el derecho de retracto que establece el art. 48 de la L.A.U. de 1964 en tiempo y forma legales y se condene subsidiariamente a los codemandados a resolver y dejar sin efecto alguno el usufructo constituido sobre el local de negocio objeto de la presente litis, así como también a otorgar escritura de retroventa del mismo a favor de la actora por el precio total y conjunto de 12.000.000 ptas o bien, subsidiariamente, se condene solidariamente a los codemandados a resolver y dejar sin efecto alguno el usufructo constituido sobre la misma finca objeto del presente pleito mediante el pago por parte de la actora de la cantidad de 3.720.000 ptas y se declare el derecho de esta parte demandante a ejercitar sobre la nuda propiedad de la misma finca el derecho de retracto legal prevenido en el art. 48 de la L.A.U. dentro de los sesenta días siguientes al alzamiento del usufructo y mediante el pago del precio de 8.280.000 ptas en el caso de optar por ejercitarlo. En ambos supuestos, con imposición de costas a los codemandados.

2.- La Procuradora Doña María Aranzazu Urchegui Astiazaran, en nombre y representación de D. Cesar, Doña Encarna, Don Rafael y Doña Araceli, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime en su totalidad la demanda formulada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas estas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Seis de San Sebastián, dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Estimando la demanda



de retracto formulada por el Procurador D. Eugenio Areitio en nombre y representación de ODRIUZOLA Y BERRIDI S.A., contra DON Cesar , DOÑA Encarna , DON Rafael y DOÑA Araceli , debo dejar sin efecto el usufructo constituido sobre el local descrito en el hecho primero del Fundamento Segundo, CONDENANDO a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a otorgar Escritura de venta en favor de la actora, por el precio de 12.000.000 de pesetas, más los gastos del contrato de venta anterior celebrado y los pagos necesarios y útiles que se hubieran realizado, a determinar en ejecución de sentencia. Las costas del procedimiento se imponen a los demandados.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D. Cesar , Doña Encarna y D. Rafael y Doña Araceli , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián , dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 1999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: La Sala dispone desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Urchegui en nombre y representación de DON Cesar , DOÑA Encarna , DON Rafael Y DOÑA Araceli contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 1999 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número seis de San Sebastián , en autos de Cognición seguidos con el núm 756/98, confirmando dicha resolución en sus propios términos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

TERCERO.- 1.- El Procurador Don José Manuel de Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de D. Cesar , Doña Encarna y D. Rafael y Doña Araceli , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS : PRIMERO.- Por infracción por aplicación indebida del artículo 48.1, en relación con el artículo 47.1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos , así como de las Sentencias de la Sala de 21 de enero de 1959, 18 de diciembre de 1959, 19 de mayo de 1961, 17 de marzo de 1985, 7 de mayo de 1985 y 8 de octubre de 1998 . SEGUNDO.- Por infracción por inaplicación el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 , así como de la doctrina jurisprudencial referida al abuso de derecho, consagrada a partir de la Sentencia de 14 de febrero de 1944 . TERCERO.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial referida al principio de respeto a los actos propios, y a la renuncia táctica del derecho de retracto establecida en las Sentencias de 26 de junio de 1962, 11 de mayo de 1966, 5 de enero y 15 de Marzo de 1968. CUARTO.- Por infracción, por inaplicación de los artículos 523 párrafo primero y 896 párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina jurisprudencial, referida a la no imposición de costas, cuando concurren circunstancias excepcionales (entre otras, la sentencia de 1 de octubre de 1998) .

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, a la Procuradora Doña María Luisa Gavilán Rodríguez, en nombre y representación de ODRIUZOLA Y BERRIDI S.A presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de octubre del 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión jurídica que se plantea en casación es si el arrendatario que tiene subarrendado un local de negocio arrendado, tiene derecho a ejercitar el derecho de retracto, con amparo en el artículo 47.1 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al cual el inquilino o arrendatario podrá utilizar el derecho de tanteo o retracto sobre el piso o locales que ocupare. La sentencia de la Audiencia, confirmando la del Juzgado, reconoce el derecho de la arrendataria a retraer y contra ella se alza el primer motivo por aplicación indebida del artículo 48.1 , en relación con el artículo 47.1, ambos de la Ley de Arrendamientos Urbanos , y de las sentencias de esta sala que cita en el motivo.

SEGUNDO.- Si bien la doctrina de este Tribunal anterior a la Ley de 1964 venia exigiendo para la efectividad del retracto la demostración de que quien lo ejercita no solo ostentaba la condición de inquilino de la vivienda o arrendatario del local de negocio arrendado, sino también la prueba de que real y efectivamente lo ocupaba, negando el derecho a retraer cuando lo subarrendaba, fuera el subarriendo total o parcial (SSTS 21 de enero 1.958; 2 de noviembre de 1959; 7 octubre 1.960, entre otras), tal doctrina se estableció con el fin de evitar el acceso a la propiedad a quienes los utilizaban no para satisfacción de una necesidad vital digna sino para fines de especulación ajenos a la esencia propia del contrato de arrendamiento. Este requisito de la ocupación se mantiene en el artículo 47 de la Ley de 1.964 , que inspira la normativa vigente, contenida en el artículo 25 de la ley 29/1.994, de 24 de noviembre , al que se remite el artículo 31 , para los arrendamientos distintos del de vivienda, en el que desaparece. Antes y ahora, es al arrendatario, y no al subarrendatario, a quien se le reconoce el derecho de adquisición preferente, en cuanto conserva la situación posesoria característica del arrendamiento, mediata o inmediata, según los casos, con presencia en dos relaciones distintas y coexistentes con el arrendador y con el subarrendatario, y esta especial relación con la vivienda o local es lo que le permite



disfrutar de los derechos y de las obligaciones propias de la Ley, entre otros, el de poder retraer para el supuesto de enajenación de la vivienda o local arrendado durante la vigencia del arrendamiento. Es cierto que las sentencias de 7 de mayo de 1.985 y 12 de junio de 2002 exigen el requisito de la ocupación efectiva del inmueble arrendado, más esta ocupación es la física o material, no la jurídica que vincula al arrendatario con la cosa arrendada, razón por la cual niegan el derecho a ejercitar el retracto cuando esta no se da "ni de hecho, ni jurídicamente", como se dice en la primera de ellas, de forma similar a la Sentencia de 3 de diciembre de 1.970 en la que se niega el derecho a quien dispuso de forma incontestada el local objeto de retracto. Es evidente, por tanto, que manteniéndose el derecho de adquisición preferente, en la vieja y nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que no es posible, sin una referencia expresa, es reconocer al arrendatario un derecho -subarriendo- y negarle otro -retracto- cuando lo ejercita y mantiene en legal forma, siendo así que en estos momentos se trata de una institución que nada tiene que ver con las medidas excepcionales que provocaron su incorporación a la ley, y que, aun imponiéndose una interpretación restrictiva para preservar el derecho de disposición del propietario, encuentra su fundamento en la necesidad de mantener la continuidad de la actividad empresarial o profesional, condición esta que en la nueva ley se exige para el subarriendo (art. 32), desde la idea de que se protege de forma más efectiva a partir de esta relación que de la que resulta de la venta. Por lo demás, es hecho probado de la sentencia, que la entidad demandante "cumple el requisito de la ocupación pues el negocio de pastelería-panadería está funcionando desde hace más de treinta años, habiendo generado una importante clientela en el barrio".

TERCERO.- El segundo y tercer motivo se analizan conjuntamente para desestimarlos, pues no existe abuso de derecho ni acto propio que suponga renuncia tácita del derecho de retracto. Por lo que respecta al abuso de derecho (art. 9 LAU 1.964), el motivo no expresa la doctrina jurisprudencial que considera infringida, como es exigible en adecuada técnica casacional. Por el contrario, la recurrente se limita a citar una sentencia, sin expresar cual es la doctrina que contiene y por qué entiende que la misma ha sido infringida por la que recurre, lo que basta para desestimarlos, teniendo en cuenta, además, el carácter excepcional de la doctrina del abuso del derecho como remedio extraordinario (SSTS 6 de febrero de 1999; 13 de junio 2003) y el hecho de que no se advierte en el arrendatario que, aun con algunas vacilaciones iniciales, decide finalmente ejercitar su derecho.

En cuanto a los actos propios y consiguiente renuncia, el motivo vuelve a incidir en la misma falta de técnica casacional al no expresar la doctrina jurisprudencial que contiene y por qué considera que la misma ha sido infringida. En cualquier caso, el hecho de que la entidad arrendataria haya abonado las rentas con posterioridad a haber ejercitado su derecho de retracto, no implica en ningún caso renuncia tácita al ejercicio de tal derecho pues el arrendatario debe pagar la contraprestación pactada por el uso que hace del local para evitar el desahucio, sin que tal actitud tenga carácter de acto propio y concluyente que por su trascendencia suponga sin ningún género de dudas la renuncia a que alude la parte recurrente.

CUARTO.- El cuarto motivo denuncia infracción por inaplicación de los artículos 523 párrafo primero, y 896, párrafo tercero, ambos de la LEC , sobre costas. El motivo contiene una explicación pormenorizada sobre la actuación de quien recurre, reclamando de la Sala una valoración de todas estas circunstancias para no imponerlas, con cita del artículo 896.3 y no del artículo 710, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , como sería procedente al haberse seguido juicio de menor cuantía. Se rechaza, como los anteriores puesto que la Sala aplica ambas normas conforme a los criterios que resultan de las mismas, como es el vencimiento, en la primera instancia, y la desestimación del recurso, en la alzada, siendo criterio de éste Tribunal que la excepción a la regla del vencimiento objetivo pertenece a la soberanía del juzgado de instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Don José Manuel de Dorremocha Aramburu, en la representación que acredita de Don Cesar , Doña Encarna , Don Rafael y Doña Araceli , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de fecha dieciséis de Noviembre de mil novecientos noventa y nueve ; con expresa condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el recurso.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de Apelación, en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .Román García Varela. José Antonio Seijas Quintana. Pedro González Poveda. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos,



estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ