



Roj: **STS 37/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:37**

Id Cendoj: **28079110012020100023**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2020**

Nº de Recurso: **1281/2017**

Nº de Resolución: **11/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 533/2017,**  
**STS 37/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 11/2020**

Fecha de sentencia: 15/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1281/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/12/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 14.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1281/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 11/2020**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 15 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Buildingcenter S.A.U., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D.ª María Victoria Martín de Lara, contra la sentencia dictada en fecha 23 de enero de 2016 por la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 827/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 660/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Colmenar Viejo, sobre acción de retracto sobre vivienda. Ha sido parte recurrida D.ª Noelia, representada por la procuradora D.ª María Bajón García y bajo la dirección letrada de D. Eduardo José Andrés González.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.ª Noelia interpuso demanda de juicio ordinario contra Buildingcenter S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la cual se declare haber lugar al EJERCICIO DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE POR EL ARRENDATARIO DE LA VIVIENDA sita en DIRECCION000 n.º NUM000 de Moralarzal (Madrid), y se condene a Buildingcenter S.A. a estar y pasar por dicha declaración, procediendo al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de retroventa, dejando la vivienda a disposición del actor".

2.- La demanda fue presentada el 8 de septiembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Colmenar Viejo y fue registrada con el n.º 660/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Buildingcenter contestó a la demanda fuera de plazo, siendo declarado en situación de rebeldía procesal mediante diligencia de ordenación de fecha 11 de febrero de 2015.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Colmenar Viejo dictó sentencia de fecha 22 de abril de 2016, con el siguiente fallo:

"Que debo estimar la demanda interpuesta por D.ª Noelia, representada por la procuradora de los tribunales D.ª María Bajón García, contra Buildingcenter S.A., representado por el procurador Sr. Montero Reiter, y declaro que la demandante tiene derecho a retraer la finca sita en C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Moralarzal (Madrid), subrogándose en el lugar de los compradores, en el mismo precio y condiciones en que se verificó la transmisión, (181.000 euros, mediante subrogación hipotecaria) y abonando los demás gastos y pagos de legítimo abono a tenor del art. 1518 del Código Civil que se liquidarán en ejecución de sentencia, y condeno al demandado a que otorgue a favor de la demandante la correspondiente escritura de retroventa, bajo apercibimiento de ser otorgada de oficio por el Juzgado si no lo verificaran con imposición de costas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Buildingcenter S.A.U.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 827/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de enero de 2017, con el siguiente fallo:

"Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Buildingcenter S.A.U., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, contra la sentencia dictada el día 22 de abril de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Colmenar Viejo en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 660/2014, debemos CONFIRMAR la citada resolución en todos sus extremos, con condena a la apelante en las costas causadas en esta alzada".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- Buildingcenter S.A.U. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Infracción procesal por vulneración del artículo 266.2.º LEC (antes artículo 266.3 LEC), al amparo del artículo 469.1.3.º".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Primero.- Recurso de casación por infracción de los artículos 1518, 1521 y 1525 del Código Civil y del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y al amparo del artículo 477.1 y 2 apartado 3.º y 3 LEC, por interés casacional por oponerse a doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo y por interés casacional, por existir además, jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

"Segundo.- Recurso de casación por infracción del artículo 1205 del Código Civil, al amparo del artículo 477.1 y 2 apartado 3.º y 3 LEC en el motivo por interés casacional por oponerse a doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Buildingcenter S.A.U. contra la sentencia dictada el 23 de enero de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), en el rollo de apelación n.º 827/2016, dimanante del juicio ordinario 660/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Colmenar Viejo".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 5 de noviembre de 2019 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de diciembre de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

La cuestión jurídica que se plantea en este recurso es si es admisible el ejercicio del retracto por el arrendatario mediante la subrogación en la deuda hipotecaria que grava la finca retraída sin contar con el consentimiento del acreedor hipotecario.

En las dos instancias se ha estimado la demanda de la arrendataria y se ha reconocido su derecho a retraer la finca "subrogándose en el lugar de los compradores, en el mismo precio y condiciones en que se verificó la transmisión (181.000 euros, mediante subrogación hipotecaria)", por considerar que así lo exige el art. 1521 CC. Recurre en casación la compradora retraída.

Son hechos probados o no discutidos por las partes, necesarios para la resolución del recurso los siguientes.

1.- El 1 de noviembre de 2013, Fegar Sierra De Madrid S.L. (en lo sucesivo, Fegar) cedió en arrendamiento una vivienda unifamiliar en Moralarzal (Madrid), de la que era propietaria, a D.ª Noelia .

2.- El 7 de agosto de 2014, y en virtud de carta remitida notarialmente a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 25 LAU, se comunicó a D.ª Noelia que Fegar había transmitido a la sociedad Buildingcenter S.A.U. (en lo sucesivo Buildingcenter), entre otras, la finca NUM001 del Registro de la Propiedad de Moralarzal, arrendada por D.ª Noelia .

En la "escritura de compraventa y subrogación hipotecaria" otorgada el 24 de julio de 2014 entre Fegar y Buildingcenter se establecía un precio global de la venta y se declaraba que el precio se satisfacía por la compradora a la vendedora mediante su reserva por la compradora para hacer frente a los créditos/préstamos con garantía hipotecaria a favor de CaixaBank S.A. que gravaban las fincas, cantidad en la que se subrogaba la compradora y a la que se hacía referencia en el apartado "cargas" de la parte expositiva de la escritura, convirtiéndose así en deudora de los citados créditos/préstamos garantizados con hipoteca, quedando subrogada en la obligación personal e hipotecaria y liberando de responsabilidad a la parte deudora. A la matriz de la escritura se incorporaba el certificado acreditativo del saldo en el que se subrogaba la compradora y que, para la finca NUM001 , se cuantificaba como precio de la compra en 181.000 euros más un 10% de iva. Se adjuntaba también un certificado de CaixaBank, fechado a 24 de julio de 2014, en el que se identificaba la deuda correspondiente a la operación reseñada en 939.221,92 euros (capital pendiente más intereses) y se certificaba que, para el caso de que Fegar transmitiera a Buildingcenter la finca con subrogación de la deuda hipotecaria, CaixaBank reduciría el importe exigible con renuncia y condonación del exceso.

3.- D.ª Noelia se dirigió a Buildingcenter comunicando su intención de adquirir la finca NUM001 del Registro de la Propiedad de Moralarzal "por el precio de 181.000 euros mediante la subrogación en la hipoteca actual vigente que grava el inmueble indicado".



Al no recibir respuesta sobre su propuesta, D.<sup>a</sup> Noelia interpuso demanda contra Buildingcenter en la que alegó que el precio de la transacción era la subrogación de la hipoteca y solicitó que se declarase haber lugar al ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario de la vivienda y la condena a Buildingcenter a pasar por dicha declaración.

4.- La demanda fue estimada por el juzgado y la Audiencia desestimó el recurso de apelación de la demandada.

Por lo que aquí interesa, la Audiencia declara que procede estimar la demanda, "sin que pueda efectuarse objeción alguna a la subrogación en el préstamo hipotecario, pues mediante el ejercicio de la acción de retracto el arrendatario se subroga "en las mismas condiciones estipuladas en el contrato" en el lugar del adquirente, tal y como se deriva del artículo 1521 CC, pues el derecho que al arrendatario otorga el artículo 25 LAU es un supuesto de retracto legal".

5.- Recurre en casación la demandada.

**SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- *Formulación del recurso.*

El recurso se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 469.1.3.º LEC, Buildingcenter, la demandada recurrente, denuncia infracción del art. 266.2.º LEC (antes artículo 266.3 LEC).

En su desarrollo alega que Buildingcenter no se opone al retracto mediante el pago del precio, pero que la actora lo que pretende es una subrogación hipotecaria, lo que resulta incompatible con el derecho de retracto legal que, conforme a lo dispuesto en el art. 1521 CC, es el derecho a subrogarse en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago. Añade que la sentencia le ha generado indefensión porque Buildingcenter no tiene potestad alguna para realizar una subrogación hipotecaria.

Por lo que decimos a continuación procede la desestimación del motivo.

2.- *Desestimación del recurso.*

El recurso va a ser desestimado porque, realmente, bajo la apariencia de denuncia de una infracción procesal, lo único que plantea, delimitando así el ámbito de respuesta de este Tribunal, es una cuestión jurídica de fondo, relativa al reconocimiento del derecho a ejercitar el retracto mediante una subrogación hipotecaria sin consentimiento del acreedor. Esta es precisamente la cuestión que la parte recurrente plantea en el recurso de casación y a lo que digamos allí nos remitimos.

**TERCERO.** *Recurso de casación*

1.- *Planteamiento y oposición.*

1.1. El recurso se funda en dos motivos y se interpone por la vía del interés casacional. El primero denuncia infracción de los arts. 1518, 1521 y 1525 CC y 25 LAU y el segundo infracción del art. 1205 CC.

En su desarrollo explica que la sentencia declara la procedencia del retracto, no mediante el pago del precio, sino mediante la subrogación hipotecaria, y ello sin el consentimiento del acreedor que concedió el préstamo hipotecario.

1.2. En cuanto a su admisibilidad, a la que se opone la parte recurrida, no concurren causas absolutas de inadmisibilidad y el recurso resulta admisible por las siguientes razones: (i) se identifican correctamente los preceptos legales que atañen directamente al caso y se consideran infringidos; (ii) se invocan diversas sentencias de esta sala que exigen, de una parte, el pago del precio o la consignación para el ejercicio del retracto y, de otra, el consentimiento del acreedor para la sustitución del deudor. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés de que la sala se pronuncie sobre la posibilidad de que proceda el ejercicio del derecho de retracto mediante la subrogación hipotecaria es evidente. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

El recurso va a ser estimado por las siguientes razones.

2.- *Estimación del recurso.*

Los dos motivos están íntimamente relacionados porque plantean la procedencia del ejercicio del retracto mediante la subrogación del retrayente en la deuda hipotecaria sin contar con el consentimiento del acreedor hipotecario.

La sentencia recurrida ofrece una respuesta positiva y declara el derecho a retraer mediante la subrogación hipotecaria por considerar que así lo exige el art. 1521 CC. Esta sala considera que tal interpretación no es



correcta, porque se da lugar a una efectiva transmisión de la deuda sin que el acreedor hipotecario lo haya consentido.

El hecho de que la finca vendida esté hipotecada no excluye, en principio, la posibilidad de ejercitar el retracto legal. Sin embargo, en atención a la particularidad de la venta de una finca hipotecada y a la existencia de una deuda asegurada, deben tenerse en cuenta todos los intereses en juego. Junto al interés del retrayente están también el del acreedor hipotecario (por lo que se refiere a las cualidades personales del deudor, o a la procedencia, en su caso, de un pago anticipado); el del comprador, que adquiere la finca gravada y que, además, se convertirá en deudor si asume la deuda; y el del deudor enajenante, que solo dejará de ser deudor si lo consiente el acreedor.

### 2.1. Marco normativo.

i) La adquisición de una finca hipotecada no comporta que el adquirente asuma la deuda garantizada y que el primitivo deudor quede liberado frente al acreedor.

El adquirente tendrá que soportar la afección real, pero el enajenante sigue siendo deudor. Incluso en el caso de que comprador y vendedor pacten que el primero asume la deuda pendiente, tal pacto produce efectos entre ellos, pero el vendedor sigue estando obligado frente al acreedor a no ser que este último consienta su liberación.

Tampoco queda liberado el deudor enajenante sin el consentimiento del acreedor hipotecario cuando la venta de la finca se haga con retención o descuento del importe asegurado por la hipoteca, a pesar de la evidente intención de que sea el comprador quien pague el préstamo hipotecario.

Así resulta con claridad de lo dispuesto en el art. 1205 CC con carácter general y en el art. 118 LH, en particular, para la deuda garantizada con hipoteca:

" Art. 1205 CC: "La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor".

" Art. 118 LH: "En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.

"Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado".

El consentimiento del acreedor es preciso porque se crea un nuevo vínculo en el que el nuevo deudor responderá con todos sus bienes, presentes y futuros. A la idea tradicional de que al acreedor no le resulta indiferente la persona del deudor, ni siquiera cuando existe una hipoteca, debe añadirse ahora, desde una perspectiva más amplia, que las actuales exigencias legales de concesión de crédito de forma responsable imponen a las entidades financieras la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario.

ii) Partiendo de lo anteriormente expuesto debe tenerse en cuenta que, con carácter general, si la finca retraída está gravada con una hipoteca, el retrayente necesita el consentimiento del acreedor para poder subrogarse en la deuda.

Si, como sucede en el caso, la finca hipotecada se vende, y el comprador se subroga en la deuda con consentimiento del acreedor, el deudor enajenante habrá quedado liberado y el comprador se habrá convertido en nuevo deudor. Si, como es el caso, la finca está arrendada, la sola voluntad del arrendatario de ejercer el retracto "mediante la subrogación en la hipoteca" no puede liberar al comprador retraído de su condición de deudor. Para ello sería preciso el consentimiento del acreedor.

Por eso, es evidente que "el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato" ( art. 1521 CC) no implica la facultad unilateral del retrayente a subrogarse en la deuda garantizada por la hipoteca sin el consentimiento del acreedor hipotecario, tal y como exigen los arts. 1205 CC y 118 LH. No está prevista una subrogación "ex lege" en la deuda. Sin el consentimiento del acreedor no hay "subrogación hipotecaria" ni, por tanto, la voluntad del retrayente de "subrogarse en la hipoteca" puede cumplir la función que persigue el reembolso ( art. 1518 CC) de dejar indemne al comprador retraído.

iii) En el caso, partiendo de los hechos probados, Buildingcenter compró a Fegar la finca que esta última había arrendado a D.<sup>a</sup> Noelia y, además, con el consentimiento de CaixaBank, acreedora hipotecaria, Buildingcenter se subrogó en la deuda de Fegar frente a CaixaBank. D.<sup>a</sup> Noelia , en condición de arrendataria, y una vez



que se le había notificado la venta a los efectos del art. 25 LAU, se dirigió a la compradora Buildingcenter comunicándole su voluntad de adquirir la finca "por el precio de 181.000 euros mediante la subrogación en la hipoteca actual vigente que grava el inmueble indicado". CaixaBank no ha dado su consentimiento para que la arrendataria retrayente se convierta en deudora en sustitución de Buildingcenter. Por lo dicho, en ausencia de norma que imponga ese cambio de deudor, puesto que no hay una subrogación "ex lege" en la deuda, sin el consentimiento del acreedor hipotecario no puede declararse el derecho a retraer mediante la subrogación en la deuda asegurada.

Frente a las alegaciones de la demandante ahora recurrida de que si pagara el precio estaría comprando la vivienda por 181.000 euros más la carga, que no se extinguiría, resulta oportuno señalar que el abono total del precio por su parte hubiera quedado supeditado, en su caso, a la cancelación de la hipoteca sobre la finca retraída, de acuerdo con todas las condiciones exigibles para ello en función de las condiciones de la hipoteca.

No favorecen a la pretensión de la demandante recurrida sus alegaciones de que la operación de compraventa con subrogación enmascaraba una dación en pago, pues en el caso de que se admita que el retracto arrendaticio regulado en el art. 25 LAU es aplicable también a la dación en pago, lo que es discutido, el precio sería el importe de la deuda que el arrendador extingue mediante la transmisión, sin que, por lo dicho, pudiera declararse como forma de pago la subrogación hipotecaria sin consentimiento del acreedor.

Por todo lo anterior, procede estimar el recurso de casación y, al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación de la demandada y la desestimación de la demanda.

#### **CUARTO.- Costas**

La desestimación del recurso por infracción procesal determina que se impongan a la recurrente las costas de este recurso. La estimación del recurso de casación comporta que no se impongan las costas de este recurso.

La estimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada comporta que no se impongan las costas de este recurso.

La desestimación de la demanda comporta que se impongan a la demandante las costas de la primera instancia.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Buildingcenter S.A.U. contra la sentencia dictada el 23 de enero de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), en el rollo de apelación n.º 827/2016, dimanante del juicio ordinario 660/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Colmenar Viejo.

**2.º-** Casar dicha sentencia y, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto por Buildingcenter S.A.U. contra la sentencia dictada el día 22 de abril de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Colmenar Viejo en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 660/2014, desestimar la demanda interpuesta en su día por D.ª Noelia .

**3.º-** Imponer a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

**4.º-** Imponer a la demandante las costas de la primera instancia y no imponer las costas de la apelación.

**5.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida del recurso para la interposición del recurso por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.