

Id Cendoj: 28079110012006101169  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 5351/1999  
Nº de Resolución: 1151/2006  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Retractoretracto

## **SENTENCIA**

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo integrada por los Magistrados arriba indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación, en fecha 22 de noviembre de 1999, en el rollo número 937/98, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dimamante de autos de juicio de **retracto** de finca urbana, seguidos con el número 469/96 ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gijón; recurso que fue interpuesto por doña Cristina , representada por el Procurador don Gabriel de Diego Quevedo, siendo recurrida la entidad mercantil "WILOCAL, S.A.", representada por el Procurador don José- Ignacio de Noriega Arquer.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- 1º.- El Procurador don Pablo Otero Fanego, en nombre y representación de doña Cristina , promovió demanda de juicio de **retracto** de finca urbana, turnada al Juzgado de Primera Instancia número NUM000 de Gijón, contra "WILOCAL, S.A.", en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: " (...) Se dicte sentencia por la que se declare haber lugar al **retracto** del piso sito en la PLAZA000 , nº NUM001 , condenándose al demandado a otorgar la escritura de venta del referido piso a favor de mi representada, con arreglo al precio y condiciones que figuran en el auto de fecha 1 de abril de 1996 y los demás gastos de legítimo abono que se justifiquen, con el apercibimiento de que si no lo verifica, será otorgada escritura de oficio, condenándosele asimismo al pago de las costas".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don José Ramón Fernández de la Vega Nosti, en nombre y representación de "WILOCAL, S.A.", se opuso a la misma, y, suplicó al Juzgado: " (...) Dictar sentencia por la cual se absuelva a mi mandante de las pretensiones deducidas en su contra, imponiendo las costas a la parte demandante".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gijón dictó sentencia, en fecha 1 de septiembre de 1998 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador don Pedro Pablo Otero Fanego, en nombre y representación de doña Cristina , contra la entidad mercantil "WILOCAL, S.A.", que fue representada por el Procurador don José Ramón Fernández de la Vega Nosti, y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la contraparte. Se impone a la actora el pago del total de las costas causadas".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia, en fecha 22 de noviembre de 1999 , cuyo fallo se transcribe textualmente: "Desestimar el recurso de apelación interpuesto por doña Cristina contra la sentencia dictada por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 (sic) de Gijón con fecha 1 de septiembre de 1998, en los autos de que dimana, confirmando dicha resolución, sin hacer imposición de las costas del recurso".

SEGUNDO.- El Procurador don Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y representación de doña

Cristina , interpuso, en fecha 27 de enero de 2000, recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, por los siguientes motivos: 1º) Al amparo del *artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por inaplicación del *artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en relación con los *artículos 524, 542 y 548* del mismo Cuerpo legal, así como de la doctrina contenida, entre otras, en SSTS de 26 de mayo de 1982, 20 de junio de 1981 y 7 de marzo de 1946 ; 2º) al amparo del *artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 48* en relación con el *artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964* y, de la doctrina contenida, entre otras, en las SSTS de 31 de enero de 1992 y 6 de febrero de 1991, y, terminó suplicando a la Sala : " (...) Dikte en su día sentencia casando y anulando la recurrida y pronuncie otra más ajustada a Derecho acordando haber lugar al **retracto** del piso sito en la PLAZA000 , número 3, 3 Centro, condenándose a la mercantil demandada "WILOCAL, S.A." a otorgar la escritura de venta del referido piso a favor de doña Cristina con arreglo al precio y condiciones que figuran en el auto, de fecha 1 de abril de 1996 y los demás gastos de legítimo abono que se justifiquen, con el apercibimiento de que si no lo verifica, será otorgada la escritura de oficio, con expresa imposición de las costas de primera instancia y con la devolución del depósito constituido a esta parte recurrente".

TERCERO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, el Procurador don José- Ignacio de Noriega Arquer, en nombre y representación de "WILOCAL, S.A.", lo impugnó mediante escrito de fecha 7 de marzo de 2002, suplicando a la Sala: " (...) Dictar sentencia desestimando el recurso, con la consecuente condena en costas a la recurrente".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso el día 25 de octubre de 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ROMÁN GARCÍA VARELA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación, precisados en la sentencia de instancia, los siguientes:

1º.- Mediante documento privado, aparentemente fechado el día 1 de enero de 1989, "Inmobiliaria Campo Astur, S.A." arrendó a don Benjamín las fincas tercero centro y tercero izquierda y dos departamentos ubicados en la planta bajo cubierta, señalados con los números NUM002 y NUM003 , del edificio numero NUM001 de la PLAZA000 , de Gijón, por una renta única de 120.000 pesetas anuales, para constituir los cuatro predios fincas registrales independientes, según resulta de las escrituras públicas de fechas 14 de enero de 1989 y 1 de marzo de 1993, unidas a los folios 632 y siguientes de los autos, así como de las diversas notas registrales aportadas.

2º.- Las fincas de la planta tercera fueron ocupadas por don Benjamín y su esposa doña Cristina , y ambas constituyeron una sola vivienda en la que residen el matrimonio y su familia.

3º.- La entidad "Bankinter, S.A.", que había concedido un crédito de hasta 10.000.000 de pesetas a "Inmobiliaria Campo Astur, S.A.", garantizado mediante hipoteca constituida sobre las viviendas de la planta tercera centro (finca registral número NUM004 ) y de la planta tercera izquierda (finca registral número NUM005 ), según resulta de la escritura pública de 1 de marzo de 1993, promovió frente a la entidad deudora procedimiento judicial sumario del *artículo 131 de la Ley Hipotecaria* , en el que salieron a pública subasta las fincas referidas que, tras los correspondientes trámites, fueron adjudicadas a la entidad "WILOCAL S.A." en la suma de 6.100.000 pesetas la finca registral número NUM004 y en la de 16.200.000 pesetas la finca registral numero NUM005 , según resulta del testimonio aportado respecto a dicho procedimiento.

4º.- Doña Cristina demandó a la entidad "WILOCAL, S.A." e interesó, entre otros pronunciamientos, que se dictara sentencia con la declaración de la pertinencia del **retracto** del piso sito en la PLAZA000 número NUM001 , de Gijón, con la condena al demandado a otorgar la escritura de venta de esta finca a favor de la demandante, con arreglo al precio y condiciones que figuran en el auto de fecha 1 de abril de 1996 y los demás gastos de legítimo abono que se justifiquen, con el apercibimiento de que si no lo verifica, será otorgada la escritura de oficio, de manera que ejercitó la acción de **retracto** , no respecto a ambos inmuebles que, como antes se ha señalado, integraban la vivienda familiar arrendada, sino sobre el departamento más pequeño, es decir, sobre el piso NUM001 , cuya superficie útil aproximada es de sesenta y tres metros noventa y dos decímetros, con arreglo a los títulos aportados.

El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la

Audiencia, aunque por razonamientos distintos de los de la resolución de primera instancia.

Doña Cristina ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia por los motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso -al amparo del *artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por inaplicación del *artículo 540* de de este ordenamiento, en relación con los *artículos 524, 542 y 548* del mismo Cuerpo legal, y la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias de 26 de mayo de 1982, 20 de junio de 1981 y 7 de marzo de 1946 , por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada, que ha confirmado la sentencia de instancia, desestimó la demanda en base a las alegaciones efectuadas de contrario en el escrito de alegaciones acerca de las diligencias para mejor proveer y en el acto de la vista de la apelación, que no habían sido integradas en el escrito de contestación a la demanda-se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

La sentencia recurrida ha argumentado que la defensa de la demandada "WILocal, S.A.", tanto en el escrito a que se refiere el *artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , como durante el acto de la vista del recurso, alegó que el **retracto** intentado era, en todo caso, improcedente, al no ejercitarse sobre la totalidad del inmueble subastado; manifestación que, aunque no fue formulada en el escrito de contestación a la demanda, debía no obstante ser examinada por afectar a uno de los requisitos constitutivos de la pretensión ejercitada, desde la perspectiva de los antecedentes antes indicados en el fundamento de derecho primero de esta resolución.

También, la sentencia de la Audiencia ha declarado que la doctrina, al analizar cual sea el objeto del tanteo y del **retracto** , ha determinado que éste debe coincidir con la vivienda ocupada por el arrendatario, con independencia de que la misma aparezca o no inscrita en el Registro de la Propiedad como finca independiente, y la STS de 26 de mayo de 1988 ha declarado, en relación con el **retracto** , que la individualidad o independencia de la cosa arrendada hay que deducirla de sus condiciones físicas, de su naturaleza, límites, destino y del contrato de arrendamiento, no obstante la unidad registral de la finca, pues en definitiva el derecho de adquisición preferente tiende a facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad de la vivienda que ocupa, y, en esta línea las SSTS de 24 de mayo de 1982 y 27 de marzo de 1989 manifestaron que el retrayente ha de serlo de toda la finca transmitida, de modo que, cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tenía arrendada, no resulta posible el derecho de **retracto** ; asimismo, las SSTS de 24 de junio de 1994 y 6 de abril de 1995 han sentado la inviabilidad de la acción de **retracto** si no hay coincidencia entre lo vendido y lo que se intenta retraer; conclusión que también se desprende del tenor del *artículo 25, apartado 6, de la vigente Ley arrendaticia*, expresivo de que si la venta recayese, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios por el mismo arrendador, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente sólo sobre la vivienda, de cuyo texto claramente se desprende que si el arrendatario quiere ejercitar su derecho de adquisición preferente debe adquirir el conjunto de las cosas transmitidas y no una parte de ellas, según le convenga, interpretación que debe mantenerse no sólo respecto a los objetos alquilados como accesorios, tales como trasteros o garajes, sino incluso con mayor rigor respecto a lo que es objeto principal del contrato, es decir la vivienda arrendada, que, en consecuencia, debe retraerse conjuntamente como una unidad, según fue objeto del arrendamiento, con independencia de que constituyan una o más fincas registrales.

Por último, dicha sentencia ha razonado que la pretensión de la actora de retraer solamente el piso tercero centro, de sesenta y tres metros cuadrados, con la exclusión de la acción sobre el piso tercero izquierdo, de ciento treinta y seis metros, que junto con el primero constituían la vivienda alquilada, cuando ambos habían sido subastados y adjudicados, no puede prosperar, en razón a la falta de coincidencia entre lo arrendado y enajenado, por una parte, y lo que es objeto de la acción de **retracto** , por otra; por lo cual debe desestimarse la demanda formulada y confirmarse la sentencia del Juzgado, aunque sea por razones distintas de las contenidas en dicha resolución, sin que sea preciso entrar en el examen de la alegada simulación del contrato de arrendamiento.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque configura el recurso de apelación como simple revisión del procedimiento primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite, sin embargo, al Tribunal "ad quem" conocer y resolver sobre todas las cuestiones planteadas en el pleito y, consiguientemente, si la parte actora ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado y no ha concretado cuales eran las pretensiones que excluía de tal recurso, resulta evidente que la Audiencia puede valorar íntegramente el proceso en cuanto a las que en él se habían actuado por dicha Demandante (por todas, STS de 6 de julio de 1962 ), pues cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Juzgador que de ella entienda el total conocimiento del litigio

en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia (STS de 23 de marzo de 1963 ), por lo que formulada por la actora recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que apreció la falta de legitimación activa de doña Cristina y la simulación del contrato suscrito por su esposo don Benjamín y "Campo Astur, S.A.", y sin que conste que en el escrito en que fue promovido el recurso se excluyera materia alguna del conocimiento del Tribunal de apelación, es obvio que éste, en uso de las facultades que las normas de procedimiento le concedían, tenía la facultad, y aún la obligación, de conocer plenamente de cuantos puntos se hallaban planteados en el proceso, para resolverlos según su criterio, dentro de los límites del principio de congruencia, y, por ende, la de valorar cuantas probanzas se habían practicado ante el Juzgado, sin que ello pudiera provocar indefensión (STS de 13 de mayo de 1992 ).

Está admitido por esta Sala que el Juzgador pueda, en atención al principio "iura novit curia", en relación con el de "da mihi factum, dabo tibi ius", aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, pero, en ningún caso, la observancia de estos principios puede entenderse de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al "componente fáctico de la acción ejercitada" y a "la inalterabilidad de la causa petendi", pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho de defensa.

En el supuesto debatido, la acción de **retracto** fue planteada en la demanda con base en el Texto refundido de la *Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre*, y en los antecedentes de hecho del escrito inicial, se ha expuesto que, por el elevado precio alcanzado en la segunda subasta, le resultaba imposible a la demandante el **retracto** legal sobre ambos inmuebles, por lo que sólo lo ejercitó sobre el piso tercero centro, y continuaba en régimen de alquiler sobre el tercero izquierda, que también tiene alquilado; y en los fundamentos de derecho del escrito inicial sólo se mencionan, en cuanto al fondo, los *artículos 48, 51.1 y 149 de esta Ley, 1518 del Código Civil y 1618.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*.

Esta Sala tiene declarado que, respecto a la regulación contenida en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el ejercicio del derecho de **retracto** exige los siguientes requisitos: a) que se trate de una venta o cesión solutoria de vivienda o de local de negocio, siempre que se hagan con la concurrencia de todos los requisitos legales; b) que la acción del arrendatario se ejercite dentro del plazo legal a partir de la notificación fehaciente o cuando se tenga conocimiento cabal y completo por el retrayente de la operación y sus condiciones; c) que la acción se ejercite por el arrendatario, cuyo carácter debe tenerlo en el momento de producirse la transmisión onerosa; d) el retrayente ha de serlo de toda la finca transmitida, de modo que cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor de la que el arrendatario disfrutaba, no resulta posible el derecho de **retracto**; y e) el retrayente habrá de reembolsar al comprador el precio de la venta y, además, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles efectuados en la cosa vendida (STS de 25 de mayo de 1982 ).

En el caso que nos ocupa, falta el presupuesto de que la acción de **retracto** había de ejercitarse sobre toda la finca vendida, pues la Ley niega al arrendatario la posibilidad de escoger la cosa que podrá ser objeto del ejercicio del derecho de adquisición preferente en caso de venta, y lo limita a la vivienda arrendada, independientemente de que conste o no como una unidad registral en el Registro de la Propiedad (STS de 26 de mayo de 1988 ), y obra acreditado que la misma estaba compuesta por las fincas tercero centro y tercero izquierda del edificio número 3 de la PLAZA000 , de Gijón, con la constancia de que la actora pretende permanecer en régimen de inquilinato en la parte de su domicilio que no ha sido objeto de **retracto**, lo cual, indudablemente, abunda en la demostración de que, con la del tercero centro, constituye la morada de ella y su familia.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso -al amparo del *artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por inaplicación del *artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964*, en relación con el *artículo 47* de este Cuerpo Legal, y la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias de 31 de enero de 1992 y 6 de febrero de 1991 , relativas a que el derecho de **retracto** se integra en la categoría de los derechos reales de adquisición preferencial, y pretende consolidar en situaciones de propiedad las que son meramente posesorias, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que, si bien los dos inmuebles referidos han sido arrendados en el mismo documento, ambos constituyen unidades diferentes, tanto física como en el Registro de la Propiedad, hasta la particularidad de que en el propio contrato de arrendamiento se han fijado rentas distintas para cada uno de ellos a partir del 1 de enero de 1997, e, inclusive, fueron subastados en actos y pujas separadas y adjudicados por sumas diferentes, lo que en modo alguno posibilita el ejercicio simultáneo del **retracto** - se desestima porque el citado *artículo 48, en su apartado 1*, establecía que, en los mismos casos a que se refiere el *artículo 47*, podrá el inquilino o arrendatario ejercitar el derecho de **retracto**, con sujeción a lo

dispuesto en el *artículo 1518 del Código Civil*, cuando no se le hubiere hecho la notificación prevenida en el artículo precedente o se omitiera en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior el precio efectivo de la transmisión, menos onerosas las restantes condiciones esenciales de ésta o la transmisión se realizase a persona distinta de la consignada en la notificación para el tanteo; y en su apartado 2, hace mención a la caducidad del derecho de **retracto**; por lo que el contenido de dicho precepto no incide en el contenido de la sentencia de instancia; de manera que basta lo argumentado en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, donde se ha dado respuesta al motivo precedente, para el perecimiento de éste.

Por demás, la Ley no regula expresamente el ejercicio del tanteo a favor del arrendatario de vivienda vendida en pública subasta, y cuando se da este supuesto, hay que afirmar que la venta por este medio permite también el **retracto** y que, como no hay posibilidad de acudir al tanteo porque la celebración de la subasta impide conocer el precio y condiciones, así como el nombre de la persona del rematante, sólo cabe o aplicar por analogía lo dispuesto en el *artículo 33* o permitir directamente el **retracto** como dice el *artículo 48* para los casos en que no existió la notificación prevista en el *artículo 47*, no siendo correcto afirmar que la participación en la subasta entraña perder el derecho a retraer en las mismas condiciones que el retrayente, pues eso no se desprende de la ley ni de la jurisprudencia (STS de 30 de junio de 1994 y, en idéntico sentido, SSTs de 30 de octubre de 1990, 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992); e, igualmente, con independencia del ejercicio de la acción referida, tampoco es procedente la declaración de **retracto** si no existe una plena identidad entre lo retraído y lo transmitido, que, en este caso, se concreta en la vivienda que residen la actora y su familia.

CUARTO.- La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el *artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* respecto a las costas.

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

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Cristina contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo en fecha de veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo 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. Román García Varela, 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.