

Id Cendoj: 28079110012009100315
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1724/2004
Nº de Resolución: 313/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Derecho de adquisición preferente de carácter voluntario -pactado en un contrato de arrendamiento de industria o negocio para el caso de venta de la cosa arrendada-. Naturaleza de derecho real según la doctrina jurisprudencial actual. No hay obstáculo a tal caracterización al estar determinado el plazo para su ejercicio y no ser necesaria la constancia registral. Imposibilidad de hacerlo efectivo al venderse la totalidad del edificio en cuyo sótano se halla la industria y no estar determinado el precio de ésta. No cabe pedir la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta cuando al tiempo del ejercicio de tal acción el contrato ya está resuelto por haberse ejercitado la facultad resolutoria "ad nutum", sin oposición del arrendatario. Reclamación de rentas: solo procede por tal concepto por el periodo de vigencia del arrendamiento.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, como consecuencia de autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Sesenta de Madrid, sobre reclamación de cantidad y resolución de contrato de arrendamiento; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad ELZASO, S.L., representada por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto; siendo parte recurrida, la entidad TUCANA, S.A., representada por el Procurador D. Jaime Briones Mendez. Autos en los que también ha sido parte la entidad OIKOS, S.A. y BANCO SABADELL, que no han comparecido ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. José Luis Pinto Maraboto, en nombre y representación de la entidad Elzaso, S.L., interpuso demanda de Juicio Declarativo de Menor Cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Sesenta de Madrid, siendo parte demandada las entidades Oikos, S.A. y Tucana, S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: -Se declare el derecho de retracto de mi representado, la mercantil ELZASO, S.L., sobre la finca objeto del contrato de arrendamiento en su día suscrito con OIKOS, S.A. y consistente en el negocio conocido como "La Boite del Pintor". -Se declare haber lugar al retracto que por medio del presente escrito se interesa y se condene a la mercantil TUCANA, S.A. a estar y pasar por la anterior resolución, otorgando escritura de retroventa del local "Boite del Pintor" a favor de mi mandante y dejándolo libre y expedito a disposición de la actora. -Se condene a OIKOS, S.A. y a TUCANA, S.A. a indemnizar a mi mandante de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la ocultación de la existencia del derecho de retracto a favor de ELZASO, S.L. y de la constitución de hipoteca sobre la finca objeto del mismo; indemnización cuya exacta cuantificación quedará determinada en fase de ejecución de sentencia. -Asimismo, se condene a OIKOS, S.A. y a TUCANA, S.A. a las costas originadas por el presente procedimiento."

2.- El Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de la entidad Tucana, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: a) estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, desestime la demanda sin entrar en el fondo del asunto; y

subsidiariamente, b) si hubiere lugar a entrar en el fondo, desestime igualmente la demanda absolviendo a mi representada de todos los pedimentos declarativos y de condena deducidos contra ella; c) con condena a ELZASO, S.L., en ambos casos, de las costas causadas."

3.- El Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de la entidad Tucana, S.A., presentó escrito solicitando la acumulación a los autos número 256/98 de los seguidos con el número 709/99 ante el Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, como consecuencia de la demanda planteada por la entidad Tucana S.A., frente a la entidad Elzaso, S.L., en la que suplicaba al Juzgado se dictase Sentencia "por la que: 1.- Declare haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta, y consiguientemente ordene el desalojo de la demandada del local comercial sito en la planta sótano menos uno del edificio con frente a la calle Goya, núm. 79 de Madrid. 2.- Condene a la demandada a abonar a mi representada la cantidad de cuarenta y tres millones novecientos cincuenta mil pesetas (43.950.000 ptas.) en concepto de principal de las rentas adeudadas, más las que se devenguen sucesivamente durante la sustanciación de este procedimiento, y todo ello con los intereses legales desde la reclamación judicial. 3.- Todo ello con expresa imposición en costas a la entidad demandada."

4.- El Procurador D. José Manuel Pinto Maraboto, en nombre y representación de la entidad Elzaso, S.L., contestó a la demanda interpuesta por la entidad Tucana, S.A., suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia desestimándola íntegramente.

5.- Por Auto de fecha 11 de enero de 2.000, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número Sesenta de Madrid , se acordó la acumulación solicitada.

6.- El Procurador D. José Manuel Pinto Maraboto, en nombre y representación de la entidad Elzaso, S.L., amplió la demanda interpuesta a la entidad Banco de Sabadell, S.A., suplicando al Juzgado que dicte Sentencia conforme a los pedimentos de la demanda , además de revocar y rescindir la hipoteca realizada por TUCANA, S.A. sobre la finca objeto del contrato de arrendamiento del local "La Boite del Pintor" a favor del BANCO DE SABADELL, S.A.

7.- El Procurador D^a. Blanca M. Grande Pesquero, en nombre y representación de la entidad Banco de Sabadell, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicable para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se desestimen los citados pedimentos de la actora y se le impongan las costas procedimentales por su temeridad y mala fe."

8.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia número Sesenta de Madrid, dictó Sentencia con fecha 8 de abril de 2.002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: 1.- Respecto de la demanda planteada por ELZASO, S.L. contra OIKOS, S.A. y TUCANA S.A.: a) Declarar el derecho de retracto de Elzaso sobre la finca objeto del contrato de arrendamiento en su día suscrito con Oikos, S.A. y consistente en el negocio denominado "La Boite del Pintor"; b) Declarar haber lugar al retracto que se interesa por Elzaso y condenar a Tucana a estar y pasar por la anterior declaración y a otorgar escritura pública de retroventa del local "Boite del Pintor" a favor de la actora dejándolo libre y expedito a disposición de la misma; c) Condenar a Tucana por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la ocultación de la existencia del derecho de retracto a favor de Elzaso y de la constitución de hipoteca sobre la finca objeto del mismo a liquidar en ejecución de sentencia, imponiendo a Tucana el pago de las costas ocasionadas a la actora, y sin expresa imposición de costas en cuanto a la demanda planteada contra Oikos S.A.; 2.- Desestimando la demanda planteada por Elzaso, S.L. contra Banco de Sabadell absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas por la actora imponiendo a esta el pago de las costas ocasionadas a dicha demandada en el procedimiento. 3.- Desestimando la demanda por el Procurador Jaime Briones Méndez en nombre y representación de Tucana contra Elzaso S.L. absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas por al actora imponiéndose a ésta el pago de las costas causadas a dicha demandada en el procedimiento."

9.- La anterior resolución fue aclarada por Auto de fecha 26 de abril de 2.002 , concretándose que el fallo de la sentencia de 8 de abril de 2.002 , se refiere al local donde está situado el negocio "La Boite del Pintor".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de la entidad Tucana, S.A., la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, dictó Sentencia con fecha 26 de febrero de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Jaime Briones Mendez, contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones por la Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 60 de los de

esta Capital de fecha 8 de abril de 2.002 a que el presente rollo se contrae, debemos dar lugar al mismo, y en consecuencia con revocación de la meritada resolución debemos absolver y absolvemos a la mercantil TUCANA de los pedimentos contra ella deducidos; y estimando la demanda interpuesta por dicha mercanti, y acumulada a los presentes autos, debemos declarar y declaramos la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta, condenando a la demandada ELZASO, a estar y pasar por dicha resolución ordenando el desalojo de la misma del local sito en la planta sótano menos 1 del edificio con frente a la calle Goya nº 79 de Madrid, condenando asimismo a la demandada ELZASO al pago de la cantidad de 43.950.000 en concepto de renta adeudadas, más la que se vayan devengando, más el interés legales correspondiente. Respecto de las costas estese a lo dispuesto en el fundamento de derecho cuarto de la presente."

TERCERO.- El Procurador D. José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de la entidad ELZASO, S.L., interpuso ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, recurso de casación respecto la Sentencia dictada en apelación de fecha 26 de febrero de 2.004 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** **PRIMERO.-** Se alega vulneración de los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y concordantes en relación con los arts. 7, 1089, 1090, 1091, 1254, 1255, 1256, 1258, 1278 y 1281 y concordantes del Código Civil. **SEGUNDO .-** Al amparo del art. 3 de la Ley 40/1964 de Arrendamientos Urbanos en relación con los arts. 3, 4, 1089, 1090, 1091, 1254, 1255, 1256, 1258, 1278, 1281 y 1518 y siguientes. **TERCERO .-** Se alega infracción de los arts. 6, 7, 1089, 1101, 1107, 1108, 1109, 1254, 1255, 1256, 1258, 1281 y siguientes, y 1542 y siguientes del Código Civil.

CUARTO.- Por Auto de fecha 13 de julio de 2.004, la Audiencia Provincial de Madrid , acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones ante esta Sala, comparecen, como parte recurrente, la entidad Elzaso, S.L., representada por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto; y como parte recurrida, la entidad Tucana, S.A., representada por el Procurador D. Jaime Briones Méndez.

SEXTO.- Por Auto de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2.007 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto por la representación de Elzaso, S.L., contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, de fecha 26 de febrero de 2.004.

SEPTIMO.- Dado traslado, el Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de la entidad Tucana, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de abril de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso versa sobre el ejercicio de un derecho de retracto -derecho de adquisición preferente-, voluntario, en cuanto que pactado en un contrato de arrendamiento de industria o negocio para el caso de que el arrendador vendiera el objeto del arrendamiento, suscitándose la controversia como consecuencia de que, vendido el edificio (finca registral) en cuyo sótano se hallan el local y negocio, las partes vendedora y compradora no reconocen el derecho de retracto ejercitado por el arrendatario.

Por la entidad mercantil ELZASO, S.L. se formuló demanda el 18 de marzo de 1.998 contra las entidades mercantiles OIKOS, S.A. y TUCANA, S.A. en la que solicita: Se declare el derecho de retracto de mi representada, la mercantil ELZASO, S.L., sobre la finca objeto del contrato de arrendamiento en su día suscrito con OIKOS, S.A. y consistente en el negocio conocido como "La Boite del Pintor"; se declare haber lugar al retracto que por medio del presente escrito se interesa y se condene a la mercantil TUCANA, S.A. a estar y pasar por la anterior resolución, otorgando escritura de retroventa del local "Boite del Pintor" a favor de la actora y dejándolo libre y expedito a disposición de la misma; y se condene a OIKOS, S.A. y a TUCANA, S.A. a indemnizar a mi mandante de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la ocultación de la existencia del derecho de retracto a favor de ELZASO, S.A. y de la constitución de hipoteca sobre la finca objeto del mismo; indemnización cuya exacta cuantificación quedará determinada en fase de ejecución de sentencia.

Por escrito de 28 de noviembre de 2.000 ELZASO, S.L. amplió la demanda contra el Banco de Sabadell, S.A. interesando se acuerde revocar y rescindir la hipoteca constituida por TUCANA, S.A. sobre la finca objeto del contrato de arrendamiento del local "La Boite del Pintor" a favor de dicha entidad bancaria.

Por la entidad mercantil TUCANA, S.A. se entabló demanda el 5 de noviembre de 1.999 contra ELZASO, S.L. en la que solicita se declare la resolución del contrato de arrendamiento de la entidad demandada por falta de pago de la renta, y consiguientemente se ordene el desalojo de la misma del local comercial sito en la planta sótano menos uno del edificio con frente a la calle Goya núm. 79 de Madrid, y se condene a Elzaso a abonar a la actora la cantidad de cuarenta y tres millones novecientas cincuenta mil pesetas -43.950.000 pts.- en concepto de principal de las rentas adeudadas, más las que se devenguen sucesivamente durante la sustanciación del procedimiento, con los intereses legales desde la reclamación judicial.

Los respectivos procedimientos (autos núm. 256 de 1.998 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 60 de Madrid, y núm. 709 de 1.999 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 41 de la misma Capital) se acumularon por autos de 11 de enero de 2.000, del primer tribunal, y de 8 de junio del mismo año, del segundo.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 60 de Madrid de fecha 8 de abril de 2.002 acuerda: 1.- Respecto de la demanda planteada por ELZASO, S.L. contra OIKOS, S.A. y TUCANA S.A.: a) Declarar el derecho de retracto de Elzaso sobre la finca objeto del contrato de arrendamiento en su día suscrito con Oikos, S.A. y consistente en el negocio denominado "La Boite del Pintor"; b) Declarar haber lugar al retracto que se interesa por Elzaso y condenar a Tucana a estar y pasar por la anterior declaración y a otorgar escritura pública de retroventa del local "Boite del Pintor" a favor de la actora dejándolo libre y expedito a disposición de la misma; c) Condenar a Tucana por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la ocultación de la existencia del derecho de retracto a favor de Elzaso y de la constitución de hipoteca sobre la finca objeto del mismo a liquidar en ejecución de sentencia, imponiendo a Tucana el pago de las costas ocasionadas a la actora, y sin expresa imposición de costas en cuanto a la demanda planteada contra Oikos S.A.; 2.- Respecto de la ampliación de demanda contra el Banco de Sabadell: absolver a la demandada de las pretensiones formuladas por la actora imponiendo a ésta el pago de las costas ocasionadas a dicha demandada en el procedimiento; y, 3.- Respecto de la demanda formulada por TUCANA, S.A. contra Elzaso S.L., absolver a la demandada de las pretensiones formuladas por la actora imponiéndose a ésta el pago de las costas causadas a dicha demandada en el procedimiento.

La Sentencia dictada por la Sección núm. 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 26 de febrero de 2.004, en el Rollo núm. 568 de 2.002, estima el recurso de apelación de Tucana, S.A., y con revocación de la resolución recurrida, acuerda absolver a esta entidad de los pedimentos contra ella deducidos, y, estimando la demanda interpuesta por dicha mercantil, declarar la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta, condenando a la demandada ELZASO a estar y pasar por dicha resolución ordenando el desalojo de la misma del local sito en la planta sótano menos 1 del edificio con frente a la calle Goya núm. 79 de Madrid, y asimismo le condena al pago de la cantidad de 43.950.000 pts. en concepto de renta adeudadas, más las que se vayan devengando, con el interés legal correspondiente. Respecto de las costas se acuerda estar a lo dispuesto en el fundamento de derecho cuarto.

Contra dicha Sentencia de la Audiencia se interpuso por ELZASO, S.L. recurso de casación, articulado en tres motivos, que fue admitido por Auto de esta Sala de 9 de octubre de 2.007 ; y si bien en el escrito de oposición se formulan diversas alegaciones relativas a la hipotética inadmisibilidad, las mismas, por razones de claridad y precisión expositiva, se examinarán a propósito del análisis individualizado de los motivos.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los motivos procede exponer los antecedentes necesarios para facilitar la exposición de la respuesta casacional. Al respecto debe tenerse en cuenta: 1. El 30 de junio de 1.994, OIKOS, S.A. arrendó a Elzaso, S.L. la discoteca sita en la Calle Goya núm. 79 de Madrid conocida por el nombre de "Boite del Pintor", prorrogándose el contrato de arrendamiento por documento del 27 de mayo de 1.997, en cuya *cláusula décimocuarta* se establece que "la propiedad se reserva el derecho a dar por resuelto el arriendo, antes de la finalización del plazo del presente contrato, avisando de ello a la arrendataria con SEIS MESES de antelación, como mínimo, para el caso de que decida vender urgentemente la discoteca. Si se diera esta circunstancia, la arrendadora concede el derecho de retracto a la arrendataria y si ésta no lo ejercitara, le indemnizará con la cantidad de VEINTE MILLONES DE PESETAS (20.000.000 ptas.) contra la devolución de la DISCOTECA"; 2.- El 19 de febrero de 1.998 OIKOS, S.A. dirige una carta a Elzaso, S.L. en la que le comunica que "ha vendido a TUCANA S.A., entre otros, el edificio, en cuyos bajos se encuentra, formando parte del mismo, la Boite del Pintor, mediante escritura pública de compraventa, otorgada el 20 de noviembre de 1.997, habiéndose entregado a TUCANA, S.A. la posesión de dicho inmueble mediante otra escritura de 23 de enero último", y se añade que "de conformidad con lo previsto en la condición DECIMOCUARTA del contrato de 27 de mayo de 1.997, sobre prórroga del arriendo de la Boite, les comunico, a través de la presente, que OIKOS, S.A. da por resuelto dicho arriendo, dentro del plazo de SEIS MESES, a partir de este aviso, a los efectos previstos en

dichos [sic] condición"; 3.- El 26 de febrero de 1.998, la entidad ELZASO, S.L. requiere por conducto notarial a la Sociedad Oikos, S.A. para que le entreguen, o remitan, a la mayor brevedad una copia de la escritura pública de compraventa de fecha 20 de noviembre de 1.997, a los efectos de ejercer los derechos convenidos y que le corresponden a la Sociedad requirente en la *cláusula décimocuarta del contrato de arrendamiento de 30 de junio de 1.994, prorrogado el 27 de mayo de 1.997*; y en la misma fecha, también por conducto notarial, se remite una carta a Tucana, S.A., haciéndole saber Elzaso, S.L. el contenido de la anterior comunicación a Oikos, S.A.; 4.- La escritura pública de venta de 20 de noviembre de 1.997, antes aludida, celebrada entre OIKOS, S.A. y TUCANA, S.A., tiene por objeto un complejo comercial y hotelero sito en las Calles Goya y Hermosilla de Madrid, integrado por cinco fincas registrales. En la descripción de la finca registral núm. 86.459 se hace constar la manifestación de la parte vendedora de que el local de negocio destinado a Discoteca existente en la planta sótano menos uno del edificio está siendo objeto de explotación por un arrendatario. Se fija el precio total en 2.566.000.000 pts., correspondiendo a la finca registral antes mencionada 86.459 en la suma de 1.971.000.000 pts. Y en la cláusula octava se hace referencia al compromiso que adquiere Oikos, S.A. de resolver el contrato de arrendamiento mediante el preaviso a que se refiere el pacto Décimo-cuarto del contrato de arrendamiento de fecha 27 de mayo de 1.997, y se expresa que "si la arrendataria Elzaso, S.L. se aviniera a la resolución del contrato de arrendamiento y en consecuencia exigiera a Oikos, S.A. la indemnización de veinte millones de pesetas (20.000.000 pts.) a que se refiere el propio pacto décimo-cuarto de dicho contrato, dicha indemnización será satisfecha por Oikos, S.A. y Tucana, S.A. a razón de diez millones de pesetas (10.000.000 pts.) cada una de ellas"; y, 5. Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y que la sentencia dictada en primera instancia no fue recurrida ni por Oikos, S.A., ni por Elzaso, S.L., quedan firmes los pronunciamientos de la misma relativos a Oikos, S.A. y al Banco de Sabadell, y por consiguiente el objeto del recurso de casación se centra en las pretensiones ejercitadas por Elzaso, S.L. en relación con Tucana, S.A., y por ésta contra Elzaso, S.L.

TERCERO.- Asimismo con carácter previo al examen de los motivos debe resaltarse, en la perspectiva de las pretensiones ejercitadas en la demanda, que la controversia se reduce a la eficacia frente a Tucana, S.A. del ejercicio del "retracto" previsto en la cláusula décimocuarta del contrato de arrendamiento. No se suscita cuestión acerca de que nos hallamos ante un supuesto del denominado derecho de adquisición preferente *voluntario* -también "retracto" voluntario-, que, si bien no es propiamente un retracto porque no se caracteriza por la nota de la subrogación, sin embargo puede operar como tal por haberse producido la enajenación ignorando la existencia de dicho derecho. La figura jurídica tiene carácter atípico, pues ni se alude en el *Código Civil* (existe una referencia en la *Disp. Transitoria segunda* de la Ley de Propiedad Horizontal, y se regula en la Ley 460 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y en los arts. 568-5 a 568-7 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, de Cataluña, que aprueba el Libro Quinto, de los derechos reales, del Código Civil de dicha Comunidad), pero se reconoce por la jurisprudencia (SS., entre otras, 13 de diciembre de 1.958, 30 de abril de 1.964; 25 de abril de 1.992, 19 de noviembre de 1.993, 29 de abril de 2.005 y 22 de abril de 2.008), con fundamento en el principio de libertad contractual (arts. 1.091 y 1.255 CC) diferenciándose del retracto convencional y del pacto de retro en que no hay readquisición, y rigiéndose por las condiciones particulares del negocio constitutivo, sin que nada obste a que se incorpore como estipulación a un contrato de arrendamiento (SS. 24 de octubre de 1.963 y 19 de noviembre de 1.993).

CUARTO.- En el primer motivo del recurso se denuncia vulneración de los *artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria* y concordantes, y la jurisprudencia que los desarrolla e interpreta, en relación con los arts. 7, 1.089, 1.090, 1.091, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278 y 1.281 y concordantes del Código Civil y la jurisprudencia aplicables a todos ellos, en relación con los efectos vinculantes de los contratos.

Alegada la inadmisibilidad del motivo por el defecto de mezcla de cuestiones heterogéneas, no procede acoger tal planteamiento porque, aún cuando es cierto que en el enunciado se acumulan preceptos legales de contenido y exégesis diferente, y se alude a artículos concordantes, que, como tiene reiterado esta Sala, constituye una mención defectuosa para la respuesta casacional, sin embargo en el cuerpo del motivo se concretan, con claridad y precisión, las dos cuestiones sobre las que se articula la denuncia, a saber: la obligatoriedad del pacto arrendaticio para Tucana, S.A., que lo conoció y asumió, y la inoponibilidad de la situación registral porque no concurre el requisito de la buena fe, al existir el conocimiento de la realidad extrarregistral.

La Sentencia de la Audiencia, en sintonía con la argumentación del recurso, y para estimar éste ("ratio decidendi"), sostiene que el "retracto voluntario" no tiene carácter de derecho real, y proyectando las consideraciones que expone (cita la S. de esta Sala de 3 de marzo de 1.995 y la Res. de la DGRyN de 27 de mayo de 1.947) sobre la estipulación que es objeto de análisis, declara que "se hace evidente la naturaleza puramente obligacional de la misma, pues sobre la base de que no esta inscrita en Registro alguno y por lo tanto en principio no produce ni puede producir efectos frente a terceros es que no se

instituye en puridad un retracto voluntario en los términos del *art. 1.507 del C.C.* , sino que su intención no es otra que la de un simple pacto obligacional enmarcado dentro de un contrato de arrendamiento que pretende una suerte de retracto arrendaticio convencional sin sujeción a plazo alguno y que debido a su carácter puramente obligacional no liga nada más que a los firmantes de la estipulación".

La anterior apreciación no puede compartirse porque la doctrina jurisprudencial *actual* de esta Sala reconoce al retracto voluntario el carácter de derecho real. Así Sentencias de 29 de abril de 2.005, núm. 322, y 22 de abril de 2.008, núm. 281 , de conformidad con lo dispuesto en los *arts. 2, números 1º y 2º, y 37.3º de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria* en cuanto permiten su inscripción.

Ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico, y de Sentencias anteriores a las citadas podría deducirse otro criterio, aunque también es oportuno señalar que la *Compilación de Navarra (Ley 460)* permite la configuración con carácter real y la *Ley de Cataluña 5/2.006 (arts. 568-5 a 568-7)* regula los derechos de adquisición voluntaria como derecho real. Y si bien, por otro lado, cabría cuestionar la atribución de la condición de derecho real cuando no concurren los requisitos generales que permiten el reconocimiento de las figuras atípicas dentro del sistema de "numerus apertus" generalmente aceptado, no se advierte en el caso problema alguno al respecto al no existir indeterminación en el plazo para su ejercicio por no operar la caducidad hasta haber transcurrido los seis meses del plazo de duración del arrendamiento (S. 19 de noviembre de 1.993) computados desde la fecha del preaviso de resolución contractual, ni objeción en ninguna otra perspectiva, pues no cabe imaginar una exigencia de constancia registral, que la Ley no exige expresamente para la existencia del derecho real, y que vulneraría, por consiguiente, el principio de libertad constitutiva.

Pero, además, aunque se hubiera entendido que el retracto voluntario no es un derecho real que opera con eficacia "erga omnes" (en contra del criterio de las Sentencias referidas de 29-4-2005 y 22-4-2008), igualmente resultaría aplicable a Tucana, S.A. la plena eficacia de la cláusula décimocuarta antes expuesta del contrato de arrendamiento. Y ello es así porque no solo conoce plenamente su contenido (como explícitamente ha admitido), sino que incluso lo asume, pues no resulta coherente negar esta segunda apreciación cuando según la *cláusula octava del contrato de compraventa se obliga a pagar la mitad de la cantidad de veinte millones* en el caso de que Elzaso, S.L. (arrendatario) no ejercitase el retracto. La alegación de que Oikos S.A. (vendedora) y Tucana, S.A. (compradora) no reconocen la existencia y validez del derecho de retracto voluntario es un desatino (otra cosa es que no quisieran su ejercicio), pues si, por un lado, no resulta razonable su planteamiento de referir la asunción del pago de la mitad de la suma de veinte millones a una hipotética conformidad con la resolución, lo que contradice el tenor literal de la *cláusula (art. 1.281, párrafo primero CC)* y no se aviene con el concepto jurídico de una facultad resolutoria unilateral "-ad nutum"- de un contrato, por otro lado, tampoco es razonable que se asuma pagar por un no ejercicio de un derecho, el cual no se reconoce como existente, obedezca esta falta de reconocimiento, ora al entendimiento de que el objeto del arrendamiento (Discoteca) y de la compraventa (complejo inmobiliario) no son los mismos, ora a cualquiera otra razón; todo ello dejando ya sentado que la idea de que el derecho de retracto no nació porque el contrato solo lo preveía para la venta de la Discoteca, y en el caso lo que se vendió fue todo el edificio -finca registral única- e incluso todo un complejo inmobiliario, no se sostiene porque la Discoteca (local y negocio) es una unidad física y jurídica deslindable (y segregable) y no resulta conforme a la intención de los contratantes del arrendamiento la exclusión del retracto de una eventual venta del edificio en cuyo sótano se encuentra ubicada.

De lo expuesto se deduce la plena aceptación de la argumentación del motivo respecto de la obligatoriedad de lo pactado, tanto más que no cabe olvidar que la transmisión del dominio determinó la subrogación de la compradora en el contrato de arrendamiento, hasta el punto de interesar la resolución por falta de pago de la renta, y, consecuentemente, la sumisión a todos sus pactos o estipulaciones.

La otra cuestión suscitada en el motivo se refiere a que Tucana, S.A. no es adquirente de buena fe, y, por ende, no son aplicables los *arts. 32 y 34 LH* .

La respuesta se debe limitar a señalar, en cuanto al *art. 34 LH* , que el mismo no fue invocado por Tucana, S.A. (así lo expresa en el recurso de apelación) ni aplicado por la sentencia recurrida, que, en absoluto, fundamenta su decisión en una hipotética condición de tercero hipotecario; y, en cuanto al *art. 32 LH* , que, dejando a un lado imprecisiones no relevantes de la resolución recurrida y la problemática general que plantea dicho precepto y su función en el sistema registral, en cualquier caso no es operativa la norma del mismo en la perspectiva de inoponibilidad de lo no inscrito porque la propia demandada Tucana, S.A. reconoce el conocimiento, previo a la perfección de la compraventa, de la cláusula arrendaticia controvertida, y, con independencia de la polémica doctrinal existente al respecto, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial exige, también para el tercero del *art. 32* , la buena fe (SS., entre otras, 7 de abril de 2.000, 28 de octubre de 2.001, 11 de octubre de 2.006), y ésta no concurre cuando se conoce lo que el

Registro no publica -realidad extrarregistral-.

Por todo lo expuesto, procede estimar el motivo, con independencia de la repercusión que finalmente pueda tener en la estimación o no del recurso de casación por otras razones diferentes.

QUINTO.- En el motivo segundo se alega infracción del *art. 3 de la Ley 40/1.964, de Arrendamientos Urbanos*, en relación con los *arts. 3, 4, 1.089, 1.090, 1.091, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278, 1.281, 1.518* y siguientes y concordantes y la jurisprudencia dictada en desarrollo de los mismos.

Alegada en el escrito de oposición la inadmisibilidad del motivo, es evidente que en el enunciado expuesto se acumulan preceptos y se hacen alusiones a preceptos siguientes y concordantes que no resulta procedente en el recurso de casación, sin embargo no se acoge la alegación expresada porque en el cuerpo del motivo se expone con claridad y precisión la discrepancia con la argumentación de la resolución recurrida, que, si bien se consigna por el juzgador "a quo" a mayor abundamiento (fto. segundo), sin embargo se convierte en principal (también "ratio decidendi") como consecuencia de la estimación del motivo anterior en relación con la razón determinante con carácter prioritario del fallo de la sentencia de la Audiencia.

El razonamiento que se impugna se refiere a la aplicación analógica de la Ley de Arrendamientos Urbanos y doctrina de las Sentencias de esta Sala de 6 de abril de 1.995 y 8 de octubre de 1.998 que excluyen el retracto arrendaticio urbano cuando lo que se compra es un edificio entero y lo que se quiere retraer es una parte del mismo.

El motivo debe estimarse porque las normas relativas al retracto arrendaticio urbano no son expandibles al "retracto voluntario" dado que regulan un límite legal del dominio (SS. 2y 6 de febrero de 1.991; 22 de abril de 2.008), y por ello no cabe la aplicación analógica, y en contra de tal expansión se manifestó la reciente Sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 2.006 que denegó la aplicación analógica del *art. 47.3 LAU, TR de 1.964*, que es el precepto al que se refieren las Sentencias citadas por la resolución recurrida, a una liquidación y división de una sociedad de gananciales.

SEXTO.- Como consecuencia de la estimación de los dos motivos del recurso de casación debe acogerse éste y asumir la instancia. En funciones de segunda instancia procede hacer las siguientes apreciaciones:

1ª. De lo razonado en los fundamentos anteriores resulta que la entidad TUCANA S.A. se halla afectada por el retracto voluntario recogido en la *cláusula decimocuarta del documento de prórroga del contrato de arrendamiento de 27 de mayo de 1.997*, y en tal sentido debe desestimarse el recurso de apelación de TUCANA, S.A. y mantener la decisión de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia.

2ª. Sin embargo debe estimarse el recurso de apelación y revocarse la resolución de primera instancia en cuanto condena a TUCANA a otorgar escritura pública de retroventa del local "Boite del Pintor" a favor de la actora dejándolo libre y expedito a *disposición de la demandante -y consecuentemente también se revoca el particular del apartado 1, c) del fallo de la resolución del Juzgado-* porque la acción no es viable al no resultar posible jurídicamente la subrogación. Ello es así porque la subrogación postulada equivale a una compraventa y ésta exige un precio cierto en dinero o signo que lo represente (*art. 1.445 CC*), que habrá de ser determinado, o determinable con arreglo a criterios válidos que permitan su precisión, sin que la falta de certeza pueda ser suplida por los Tribunales, del mismo modo que tampoco cabe su fijación unilateral, como declara la Sentencia de 25 de mayo de 2.006; y en el caso sucede que el precio de la Discoteca, que era el único objeto en que procedía la aplicación del derecho de adquisición y era físicamente factible, no se determinó, y ello no se puede dejar para ejecución de sentencia. Es cierto que con la demanda se acompañó un informe de valoración, que es el que toma en cuenta la Sentencia del Juzgado, pero el mismo carece de la eficacia que se le pretende atribuir, pues, aparte de resultar más que discutible que se pueda determinar mediante pericial el precio de la compraventa, incluso por prorrateo en relación con el total conocido de la finca registral en que se integra la industria (local y negocio) de que se trata, en el caso no se practicó pericial alguna, y no tiene tal carácter sino el de un mero informe, según el criterio jurisprudencial bajo el sistema procesal de la LEC 1.881 (que es el aplicable), el acompañado con la demanda, que, por otra parte, fue impugnada por TUCANA, S.A. en su escrito de contestación (f. 129 de autos).

3ª. Es cierto que la causa de la imposibilidad de hacerse efectivo el derecho de adquisición voluntario, y, en su caso, la subrogación contractual, es imputable tanto a Oikos, S.A. como a Tucana, S.A., sin embargo las hipotéticas consecuencias dañosas de tal conducta, ora en la perspectiva del fraude, ora en las de la mala fe, no pueden ventilarse y decidirse en este proceso so pena de incurrir en incongruencia "extra

petita", y afectar al principio de contradicción.

4ª. Por lo expuesto, debe estimarse parcialmente el recurso de apelación de TUCANA, S.A., pues si, por un lado, resulta incuestionable que le afectaba el derecho de la actora y estaba obligada a facilitar la subrogación, sin embargo, por otro lado, la falta de un precio cierto determinado o determinable impide una condena a otorgar la escritura de compraventa de la Discoteca "Boite del Pintor". La desestimación parcial de la demanda en los términos referidos determina que se deba devolver a la parte demandante la suma consignada.

SEPTIMO.- Resta por examinar el recurso de casación en relación con la demanda formulada por TUCANA, S.A. contra ELZASO, S.L. y que desestimada en primera instancia, se estimó por la Audiencia Provincial, razonando el fundamento tercero de la Sentencia impugnada que siendo el único argumento de oposición que no correspondía el pago de rentas por haberse retraído el local y producido una confusión de derechos, pues pasaría a ser propietario, la denegación del derecho de retracto voluntario implica el acogimiento de la demanda. Para combatir dicha "ratio decidendi" se formula el motivo tercero del recurso en el que se denuncia la infracción de los *arts. 6, 7, 1.089, 1.101, 1.107, 1.108, 1.109, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.281*, y sgs., 1.542 y sgs. del Código Civil y la jurisprudencia dictada en desarrollo de los mismos.

Con carácter previo debe decirse, que, como sucedió con los motivos anteriores, aunque se acumulan preceptos heterogéneos, y se alude anómalamente a preceptos con la fórmula de "siguientes", sin embargo la cuestión que se suscita aparece perfectamente centrada en el cuerpo del motivo.

Entrando ya en la respuesta casacional resulta necesario distinguir en la temática objeto de análisis dos aspectos, a saber: el relativo a la resolución del arrendamiento y el referente al pago de rentas.

En lo que atañe al primer aspecto es clara la improcedencia de la pretensión de resolución, porque resulta absurdo (y ello excluye cualquier consideración acerca de si la alegación al respecto constituye cuestión nueva) que se pretenda resolver (5 de noviembre de 1.999) un contrato de arrendamiento que ya está resuelto, cuando menos a los seis meses de haberse ejercitado la facultad resolutoria en el mes de febrero de 1.998, sin que haya óbice a la eficacia de tal resolución unilateral, porque al no haberse producido oposición a la misma por el arrendatario, no era preciso la declaración judicial de ser conforme al ordenamiento jurídico.

Y en lo que respecta a las rentas es igualmente claro que no procede una condena a su pago una vez producida la resolución arrendaticia, porque las cantidades que se pudieran devengar por una posesión precaria ya no tienen tal carácter y resultaría incongruente su abono en la forma pedida, si bien suscita más dificultades la decisión acerca de las cantidades correspondientes al periodo de seis meses posteriores al ejercicio de la facultad resolutoria. Si tenemos en cuenta que no prosperó plenamente el ejercicio del "retracto voluntario", que durante seis meses desde el preaviso continuó la vigencia del arrendamiento, y que aun cuando la entidad demandante pretende que poseyó en concepto de dueño, dado lo razonado ello no es así, sin que quepa la interversión del título posesorio por la sola voluntad del poseedor -"nemo sibi suam causam possessionis mutare potest"-, procede estimar la pretensión ejercitada únicamente en relación con dicho periodo.

OCTAVO.- No se hace especial pronunciamiento en las costas de la primera instancia (*art. 523, párrafo segundo, LEC 1.881*), ni en las de la segunda instancia ni casación (*art. 398.2 LEC 2.000*).

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Que estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de ELZASO, S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Décimo-octava de la Audiencia Provincial de Madrid el 26 de febrero de 2.004, en el Rollo 568 de 2.002, la cual casamos en los términos que se dirán.

SEGUNDO.- Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de TUCANA, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 60 de Madrid el 8 de abril de 2.002, en los autos acumulados, seguidos con el número 256 de 1.998, la cual revocamos parcialmente en los términos que se dirán.

TERCERO.- Declaramos que el derecho de retracto interesado por ELZASO, S.L. obligaba también a

TUCANA S.A.

CUARTO.- Se deja sin efecto «la condena de TUCANA, S.A. a otorgar escritura pública de retroventa del local "Boite del Pintor" a favor de la actora dejándolo libre y expedito a *disposición del demandante*», recogida en el pronunciamiento 1, b) del fallo de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia.

QUINTO.- Se deja sin efecto el pronunciamiento recogido en el apartado 1, c) del fallo de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia.

SEXTO.- Se mantienen los pronunciamientos del fallo de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de los apartados 1, a); 1, b) inciso primero en los términos del ordinal TERCERO anterior; y 2.

SEPTIMO.- Se modifican el pronunciamiento del apartado 3 del fallo de la Sentencia del Juzgado y el pronunciamiento correspondiente del fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial sustituyendo su redacción por la siguiente: Se desestima la demanda ejercitada por TUCANA, S.A. contra ELZASO, S.L. en cuanto a la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento y se estima parcialmente en cuanto solicita la condena al pago de las rentas adeudadas, aunque limitando el periodo de devengo a los seis meses posteriores a la comunicación del ejercicio de la facultad resolutoria, cuya cuantía se concretará en ejecución de sentencia.

OCTAVO.- Se reservan a ELZASO, S.L. las acciones que puedan corresponderle contra OIKOS, S.A. y TUCANA, S.A.; y se acuerda devolver a ELZASO, S.L. la cantidad que consignó con la demanda para aplicar al precio de la adquisición de la Discoteca.

NOVENO.- No se hace pronunciamiento en costas en ninguna de las instancias, ni en casación.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jesús Corbal Fernández**, 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.