



Roj: **STS 4846/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4846**

Id Cendoj: **28079110012016100640**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **2637/2014**

Nº de Resolución: **664/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de Julio de 2014 dictada en recurso de apelación núm. 469/2013, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 555/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cádiz; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. María Inés , representada por el procurador D. Alfonso Guillén Guillén, bajo la dirección letrada de D. Eduardo Cadenas Basoa, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Nicolas representado por el procurador D. Florencio Aráez Martínez bajo la dirección letrada de D. Carlos Sanz Cortés.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Nicolas , representado por la procuradora Dña. Ana María Alonso Barthe y asistido del letrado D. Carlos Sanz Cortés, interpuso demanda de juicio ordinario contra Dña. María Inés y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando totalmente los pedimentos de la demanda, se declare resuelto el contrato de arrendamiento, al concurrir motivo de denegación de prórroga forzosa por causa de necesidad, de la vivienda sita en piso NUM000 .º de la finca núm. NUM001 de la CALLE000 de esta ciudad, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que, en término de Ley, desaloje y deje libre de enseres y moradores, a disposición de la propiedad la referida vivienda, bajo apercibimiento de lanzamiento de no verificarlo en dicho término, condenándola, asimismo, al pago de las costas de este procedimiento. Es justicia».

2.- La demandada Dña. María Inés contestó a la demanda formulando a su vez reconvencción, actuando en su representación el procurador D. Alfonso Guillén Guillén y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Cadenas Basoa; respecto a la contestación a la demanda se opuso a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime íntegramente la demanda formulada, con expresa imposición de las costas al actor».

Y en su demanda reconvenccional expuso los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes solicitando al juzgado se dicte sentencia:

«En virtud de la cual se estime la acción de impugnación de la transmisión efectuada, con la consecuencia jurídica de decretar que no pueda el demandado negar la prórroga del contrato de arrendamiento a mi mandante basada en la causa de necesidad del art. 62.1 LAU 1964 , condenando asimismo al demandado reconvenido a estar y pasar por dicha declaración, así como al pago de las costas procesales».



3.- Don Nicolas , mediante su representación procesal la procuradora Dña. Ana María Alonso Barthe, contestó a la reconvencción oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia por la que:

«Estime la excepción de caducidad en el ejercicio de la acción planteada a inicio de este escrito, absolviendo a mi patrocinado de los pedimentos que se vierten en su contra, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada reconviniente.

»-Y para el supuesto de que se llegara a entrar en el fondo del asunto, solicitamos que se dicte sentencia en la que se desestimen íntegramente los pedimentos vertidos en la demanda reconvenccional, absolviendo de los mismos a mi representado, con todos los pronunciamientos favorables para el mismo y con expresa condena en costas a la parte demandada-reconviniente».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cádiz se dictó sentencia, con fecha 10 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando la demanda formulada por D. Nicolas contra Dña. María Inés y desestimando la reconvencción formulada por la demandada frente al actor, desestimo la impugnación realizada por Dña. María Inés , declaro que puede el demandante denegar la prórroga forzosa a la inquilina y declaro resuelto el contrato de arrendamiento que ligaba a las partes sobre la vivienda sita en esta ciudad, CALLE000 núm. NUM001 , NUM000 .ª, al concurrir motivo de prórroga forzosa por causa de necesidad, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a desalojar la vivienda arrendada en el plazo previsto legalmente, dejándola libre y expedita a disposición del actor, con imposición a la demandada y reconviniente de las costas causadas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 31 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

»Primero.- Que desestimando el recurso de apelación sostenido en esta instancia por Dña. María Inés contra la sentencia de fecha 10 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Cádiz en la causa ya citada, confirmamos la misma en su integridad.

»Segundo.- Condenamos a la apelante al pago de las costas procesales causadas en esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por Dña. María Inés se interpuso recurso de casación por presentar interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Con base en el art. 477.2.3.º, infracción del art. 47.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 , resultando ser contraria la sentencia dictada por la Audiencia Provincial a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, emanada de la STS de 27-11-1947 , STS Sala 1.ª núm. 463/2006 de 18 de mayo y STS Sala 1.ª núm. 316/2008 de 2 de mayo entre otras, en cuanto a que la excepción prevista en dicho precepto al derecho de retracto del arrendatario no puede ser ampliada por analogía a otros supuestos, requiriéndose que la adquisición lo sea a título gratuito y no oneroso.

Motivo segundo.- Con base en el art. 477.2.3 .º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del art. 53.1.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 , resultando ser contraria la sentencia dictada por la Audiencia Provincial a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo emanada de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Sección Primera, de 30 de abril de 2010 (RC 2558/2005), dictada en interés casacional, y anterior sentencia en pleno de fecha 15 de enero de 2009 en los recursos 2097/2003 y 1555/2002, relativas a la aplicación automática, fuera de toda interpretación sociológica, del art. 53 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964 , cuando el precio de la transacción que lleve a cabo el arrendador exceda de los límites fijados.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 3 de febrero de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de D. Nicolas , presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 25 de octubre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*

A) Hechos.

- El contrato de arrendamiento de la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM001 , NUM000 .º se suscribió el 4 de diciembre de 1962.

- El 18 de septiembre de 2003 fallece D. Domingo , adquiriendo sus seis hijos por herencia cada uno la sexta parte indivisa de la finca (en la que se encuentra la vivienda arrendada).

- Por escritura pública de 29 de septiembre de 2008 los hermanos, Ariadna , Nicolas , Miguel y Vidal , compran a sus hermanos D. Anibal y D.ª Leticia , la sexta parte indivisa correspondiente a cada uno de ellos.

- Por escritura pública de 3 de junio de 2010 los cuatro hermanos, ya únicos propietarios del proindiviso de la finca, dividen la misma en régimen de propiedad horizontal, resultando de la división cuatro fincas coincidentes con las cuatro viviendas sitas en la planta NUM002 , adjudicándose a Nicolas la vivienda arrendada a la Sra. María Inés . Las demás viviendas estaban ocupadas por los restantes hermanos adjudicatarios.

B) Pretensiones de las partes (siguiendo el fundamento jurídico primero de la sentencia de primera instancia por su claridad).

Por D. Nicolas se interpuso demanda solicitando la resolución del contrato de arrendamiento respecto de la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM001 , NUM000 .º celebrado entre la anterior propietaria de la vivienda y el fallecido esposo de la demandada en fecha 4 de diciembre de 1962, por la concurrencia de causa de denegación de la prórroga forzosa por necesitar el actor la vivienda para residir en ella junto con su pareja.

Frente a la pretensión formulada en su contra, la demandada se opuso a la demanda por haber adquirido el actor la vivienda por actos inter vivos con infracción de lo dispuesto en el artículo 52 de la LAU y por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 53.1.2.º de la misma ley , ejercitando por vía reconvenicional la acción de la impugnación de la transmisión efectuada por las razones expuestas con la consecuencia jurídica de que se determine que el demandado en reconvenición no puede negar la prórroga del contrato de arrendamiento a la arrendataria por causa de necesidad.

C) Preceptos legales. Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (de acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda de la LAU 29/1994).

- En relación con la acción ejercitada en la demanda:

Artículo 114.- «El contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, podrá resolverse a instancia del arrendador por alguna de las causas siguientes: (...) 11. Por no cumplirse los requisitos o no reunirse las circunstancias exigidas en el capítulo séptimo para la prórroga forzosa del contrato o concurrir alguna de las causas de denegación de la misma señaladas en el artículo 62».

Artículo 62.- «No tendrá derecho el inquilino o arrendatario a la prórroga legal en los siguientes casos: 1. Cuando el arrendador necesite para sí la vivienda o local de negocio o para que los ocupen sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales. (...)».

- En relación con la acción de impugnación de la transmisión ejercitada por vía reconvenicional:

Artículo 53.- «1. Aparte de la acción de simulación que podrá ejercitar, si procediere, todo arrendatario o inquilino, podrá este último, cuando no hubiere ejercitado el derecho de tanteo o retracto, impugnar la transmisión efectuada en los casos siguientes:

»1.º- Cuando se hubiere infringido lo dispuesto en el artículo anterior.

»2.º- Cuando el precio de la transmisión, incluido, en su caso, el importe de las cargas exceda de la capitalización de la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino a los siguientes tipos: Al 3 por 100, cuando hubiere sido ocupada la vivienda por primera vez antes de 1 de enero de 1942, y al 4#5 por 100 si lo fuere con posterioridad.

»Sin embargo, no podrá ejercitarse la acción impugnatoria, cualquiera que sea el precio efectivo de la transmisión, cuando de la finca transmitida que conste de una sola vivienda formen parte terrenos de mayor valor que el que realmente corresponda a lo edificado.

»2. La acción impugnatoria caducará a los sesenta días naturales contados desde el siguiente de la notificación prevenida en el número 2 del artículo 48, cuya notificación será siempre obligatoria.



»3. Caso de prosperar dicha acción, no podrá el adquirente negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante, basándose en la causa primera del artículo 62».

Artículo 52.- «El adquirente por actos "inter vivos" de una finca urbana compuesta de pisos o departamentos no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna».

Artículo 47.- «1. En los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o arrendatario utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare, en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

»2. Cuando en la finca sólo existiere una vivienda o local de negocio, su arrendatario tendrá el mismo derecho.

»3. De igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947. En la escritura deberá consignarse el precio asignado a cada vivienda».

Artículo 48.- «2. El derecho de retracto caducará a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada».

D) Sentencia dictada en primera instancia.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cádiz estima la demanda y desestima la reconvencción.

El orden de análisis y pronunciamiento versa en primer término sobre la demanda reconvenccional, cuyo éxito determinaría que el arrendador no pudiera oponer la necesidad como causa de denegación de la prórroga.

En primer término examina por tanto la impugnación de la transmisión, descarta la caducidad de la acción de retracto por falta de notificación de las condiciones de la adquisición en los términos del artículo 48 LAU , por entender que el arrendatario no ha tenido conocimiento de las condiciones en que el demandante adquirió la vivienda hasta que se le da traslado de la demanda (aunque tuviera conocimiento el arrendatario de quién era el nuevo propietario). Examina si las operaciones realizadas para la adquisición infringen el artículo 52 LAU 1964 y si la adquisición se realiza por valor superior a los límites del artículo 53.2 de la misma Ley . Descarta la infracción del artículo 52 LAU de 1964 en cuanto el demandante no es adquirente de una finca urbana por actos intervivos que haya procedido a su enajenación. En cuanto al artículo 53 LAU , descarta la existencia de precio en la transmisión por dos de los coherederos de sus 2/6 partes indivisas de la herencia a los otros cuatro coherederos. No prosperando esta acción, entiende acreditada la necesidad de la vivienda por el demandante y estima la demanda.

E) Segunda Instancia.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.º) desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada reconviniente. Respecto de la transmisión del año 2008, (de 2/6 partes por dos herederos a los otros cuatro coherederos), entiende que la inquilina no gozaba de derecho alguno de adquisición preferente, no sólo por la preferencia del retracto de los entonces comuneros (que también) sino porque no hubo transmisión de pisos, sino de una cuota ideal.

Centra el problema en determinar si la inquilina disponía del derecho de adquisición preferente en el negocio en el año 2010. Entiende que existen intensísimas dudas acerca de que en esa concreta división de cosa común le asistiera a la arrendataria el derecho de adquisición preferente, que finalmente descarta.

Rechaza la aplicación al supuesto de hecho del artículo 52 LAU , por no haber un adquirente único (en la transmisión del 2008) sino una comunidad de bienes, y la adquisición previa ha de ser por actos inter vivos y en el presente caso se trata de una adquisición mixta (aunque mayoritariamente mortis causa) y lo adquirido no fue una finca urbana sino de una tercera parte del conjunto de la finca. Entiende que el planteamiento del recurrente, que opta en cada momento por la aplicación más beneficiosa de la norma, que llevaría a conclusiones absurdas (como restricción temporal de 4 años a la *actio communi dividundo*).

En cuanto al artículo 53 LAU , conviene con la defensa del recurrente en que el problema no es la falta de precio, que es suplido por el valor del bien objeto de la división como es de ver en el art. 47.3 LAU y sin entrar en la eventual inconstitucionalidad de la norma, ni ser necesario entrar en que el valor asignado al inmueble



se ajusta a precios de mercado (excluyendo cualquier tipo de fraude), descarta que el acto de dividir el edificio común quede sujeto al ejercicio de derecho de adquisición preferente por la arrendataria.

Finalmente la sentencia rechaza el resto de los motivos de apelación referidos a la acción principal. Entendiendo acreditada la necesidad del demandante de la vivienda para sí.

La Audiencia Provincial entiende no aplicable la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 , que el recurrente cita también en casación

F) El recurso de casación se estructura en dos motivos, que se formulan en los siguientes términos:

El motivo primero: «Con base en el art. 477.2.3.º, infracción del artículo 47.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 , resultando ser contraria la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, emanada de la STS, de 27-11-1947 (RJ 1948/622), STS, Sala 1.ª núm. 463/2006, de 18 de mayo y STS Sala 1.ª, núm. 316/2008, de 2 de mayo , entre otras, en cuanto a que la excepción prevista en dicho precepto al derecho de retracto del arrendatario no puede ser ampliada por analogía a otros supuestos, requiriéndose que la adquisición lo sea a título gratuito y no oneroso. Imprudencia de ampliar la aplicación de dicha excepción a las adquisiciones mixtas. Existencia igualmente de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, siendo favorables al reconocimiento del derecho de retracto en supuestos de adquisición mixta, la S. Audiencia Provincial de Madrid, de 10 octubre 1994 (sección 12, rollo 233/1992), S. Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de marzo de 1992 (sección 19, rollo 506/1991), S. Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 1993 (Sección 8.ª, rollo 1036/91 , entre otras. Y contrarias, la S. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13, de 11 de marzo de 2009 (rollo de apelación 358/2008), S. Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2, de 6 de mayo de 1994 (Rollo Apelación 294/1993)».

El motivo segundo: «Con base en el art. 477.2.3 .º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del art. 53.1.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 , resultando contraria la sentencia dictada por la Audiencia Provincial a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo emanada de la Sentencia dictada por la Sala Civil, Sección Primera de 30 de abril de 2010 (recurso de casación 2558/2005), dictada en interés casacional y anterior sentencia en pleno de fecha 15 de enero de 2009 en los recursos 2097/2003 y 1555/2002, relativas a la aplicación automática, fuera de toda interpretación sociológica, del artículo 53 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 , cuando el precio de transacción que lleve a cabo el arrendador exceda de los límites fijados».

Extracto de alguna de las sentencias de esta sala que cita el recurrente:

Sentencia núm. 463/2006 de 18/05/2006, recurso núm. 2986/1999 .

«La excepción a la procedencia del derecho de retracto reconocido por la Ley especial arrendaticia al arrendatario, no puede ser extendida por vía de analogía, a otros supuestos que contribuirían a reducir el ámbito de ese derecho. Tampoco se da esa razón de analogía que se pretende en el motivo; la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del retracto que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago; en la adjudicación a los cónyuges de bienes en pago de su mitad en la sociedad de gananciales por disolución de ésta, no supone transmisión alguna del dominio, ya que los bienes adjudicados eran ya propiedad del cónyuge adjudicatario, si bien bajo el sistema de comunidad propio de la sociedad de gananciales».

Sentencia núm. 316/2008 de 02/05/2008, recurso Núm. 1913/2001 .

« (...) de igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 enero 1947. Pues bien, según reiterada jurisprudencia de esta Sala la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del mismo que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago (SSTS 6 de octubre de 1989 ; 8 de octubre 1998 ; 18 de mayo 2006)»

Esta sentencia confirma la resolución del contrato de arrendamiento.

SEGUNDO .- Motivo primero. Con base en el art. 477.2.3.º, infracción del art. 47.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 , resultando ser contraria la sentencia dictada por la Audiencia Provincial a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, emanada de la STS de 27-11-1947 , STS Sala 1.ª núm. 463/2006 de 18 de mayo y STS Sala 1.ª núm. 316/2008 de 2 de mayo entre otras, en cuanto a que la excepción prevista en dicho precepto al derecho de retracto del arrendatario no puede ser ampliada por analogía a otros supuestos, requiriéndose que la adquisición lo sea a título gratuito y no oneroso.



Se alega que no estamos ante la excepción de división de cosa común procedente de herencia, sino ante una adquisición mixta, parte por herencia y parte por actos *inter vivos* .

TERCERO .- *Causas de inadmisibilidad.*

Se alega por el recurrido la ausencia de interés casacional.

Esta sala debe declarar que las sentencias de esta sala invocadas, incluidas la de 27 de noviembre de 1947 , RJ 622, hacen referencia a supuestos de venta, no de adquisición hereditaria, en todo o en parte, por lo que no cabe infracción de su doctrina, al no hacer referencia a supuestos análogos. En concreto la sentencia núm. 463 de 18 de mayo de 2006 , solo refiere la disolución de una comunidad ordinaria (FDD 3.º) y no de una comunidad hereditaria como es el caso.

Por el contrario sí se invoca con acierto la contradicción entre la doctrina de las Audiencias Provinciales, lo cual pasaremos a analizar.

CUARTO .- *Respuesta de la sala.*

Se desestima el motivo.

De lo expuesto con anterioridad se deduce, que D. Nicolas (demandado) adquirió por herencia (2003) junto con sus seis hermanos y *pro indiviso* , el edificio (compuesto de cuatro viviendas) en el que se ubica el inmueble arrendado.

En el año 2008, D. Nicolas y tres de sus hermanos adquieren a los otros dos, las dos sextas partes de la comunidad.

En 2010, D. Nicolas y los otros tres comuneros (hermanos) constituyen en el edificio el régimen de propiedad horizontal, adjudicándose D. Nicolas una de las cuatro viviendas, en concreto la litigiosa, en la que residía Dña. María Inés como arrendataria (demandante).

De este *íter* narrativo se deduce:

1. La vivienda fue adquirida vía hereditaria.
2. Se constituyó en 2003 una comunidad de bienes por herencia.
3. En 2008 se procedió a la división parcial de la cosa común, mediante adquisición de 2/6 partes de las cuotas comunitarias, entre coherederos.
4. En 2010 no se produjo enajenación o transmisión alguna, sino alteración del régimen jurídico, que pasó de comunidad hereditaria a propiedad horizontal.

Pretende la recurrente que la adquisición por cuatro de los hermanos de las cuotas (2/6) de los otros dos constituye un acto *inter vivos* , sujeto a la acción de retracto conforme al art 47.3 LAU 1964 .

Esta Sala debe rechazar tal argumento, pues el art. 47. 3 LAU 1964 establece que «de igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947. En la escritura deberá consignarse el precio asignado a cada vivienda».

Es decir, la división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia está exceptuada de la acción de retracto.

Por tanto, las operaciones analizadas quedan incluidas dentro del marco de «división y adjudicación», pues las partes se limitaron a mantener la comunidad hereditaria entre cuatro herederos, en base a diversas cuotas porcentuales, para luego constituir un régimen de propiedad horizontal (sentencia núm. 247 del 24 de marzo de 1988).

En concreto, no se trata de una comunidad preconstituida para defraudar al arrendatario, sino de una comunidad hereditaria, en la que se produce una liquidación parcial para la extinción de la proindivisión, mediante agregación de cuotas, produciéndose las transmisiones dentro del ámbito de la comunidad hereditaria, sin introducción de terceros ajenos, por lo que la finca heredada indivisa sigue perteneciendo exclusivamente a coherederos.

La división de la cosa común hereditaria se produjo para evitar la titularidad de seis propietarios sobre cuatro viviendas, lo que resultaba antieconómico y potencialmente litigioso, por lo que se produjeron las transmisiones de 2/6 partes de las cuotas ideales sobre la comunidad (que no viviendas), de forma que cuatro comuneros acabaron siendo cotitulares de cuatro viviendas, las que posteriormente se adjudicaron al



constituir un régimen de propiedad horizontal, dado que ningún comunero está obligado a permanecer en la comunidad (art. 400 CC).

Debemos recordar que ya en la sentencia núm. 686, de 6 de octubre de 1989, declaró esta sala que la división en régimen de propiedad horizontal no es atacable vía retracto, al no existir enajenación o transmisión.

Por último, señalar que, de acuerdo con el art. 50 de la LAU de 1964 , el retracto entre comuneros siempre es prioritario al retracto arrendaticio, por lo que los comuneros tenían prioridad para la adquisición de los inmuebles (sentencia núm. 260 del 27 de marzo de 1989).

QUINTO .- Motivo segundo. Con base en el art. 477.2.3 .º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del art. 53.1.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 , resultando ser contraria la sentencia dictada por la Audiencia Provincial a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo emanada de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Sección Primera, de 30 de abril de 2010 (RC 2558/2005), dictada en interés casacional, y anterior sentencia en pleno de fecha 15 de enero de 2009 en los recursos 2097/2003 y 1555/2002, relativas a la aplicación automática, fuera de toda interpretación sociológica, del art. 53 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964 , cuando el precio de la transacción que lleve a cabo el arrendador exceda de los límites fijados.

Esta sala no puede entrar en el análisis de la acción esgrimida en base al art. 53 de la LAU de 1964 , pues para su potencial viabilidad debería el arrendatario ostentar el derecho a ejercitar la acción de retracto, lo cual como hemos dicho no concurre.

SEXTO .- Se imponen a la recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. María Inés contra sentencia de 31 de julio de 2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Se imponen a la recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.