

Roj: **STS 2145/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2145**Id Cendoj: **28079110012011100225**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/04/2011**Nº de Recurso: **1932/2007**Nº de Resolución: **790/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 848/2007,**
ATS 9426/2009,
STS 2145/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1932/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Anselmo y D.ª Celsa, representados por la procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, contra la sentencia de 21 de junio de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 412/2006, por la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 466/2004, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera. Ha comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Evencio Conde de Gregorio, en nombre y representación de la mercantil Decoración y Coordinación de Gremios, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de Barquera dictó sentencia de 30 de marzo de 2006 en el juicio ordinario n.º 466/2004, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Anselmo y Dña. Celsa absolviendo a la entidad Decoración y Coordinación de Gremios S.L de todas las pretensiones efectuadas en su contra».

SEGUNDO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara que:

«Primero. Por la parte actora se ejercita una acción de retracto arrendaticio urbano, suplicando de este Juzgado el dictado de una sentencia por la que se declare que los actores tienen derecho al retracto de la vivienda que se describe en el Hecho Primero de la demanda en su calidad de arrendatarios de la misma por el precio de 70 000 euros más 4 900 euros del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y otros cualesquiera pagos legítimos y gastos necesarios y útiles hechos de los que contempla el artículo 1518 del Código Civil que acredite la demandada, con expresión de la obligación de los retrayentes de no transmitir el dominio del inmueble retraído por actor intervivos en el plazo de dos años salvo que vinieran a peor fortuna, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que se extienda a favor de los demandantes la correspondiente escritura pública de transmisión de la finca retraída, con expresa imposición de costas a la demandada.

Como fundamento de su pretensión, se citan los preceptos legales y doctrina jurisprudencial que estima de aplicación al asunto enjuiciado.

»Por su parte, la entidad demandada se opuso a la pretensión esgrimida de contrario, alegando la inexistencia de relación arrendaticia, no resultando acreditada la condición de arrendatario del retrayente; encontrarse el arrendamiento excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos; la extinción de la relación arrendaticia; y oponiéndose a que el precio del retracto se corresponda con el valor de adjudicación en pública subasta.

»Segundo. Son numerosas las cuestiones controvertidas en el presente pleito, reservando el presente y siguientes Fundamentos a la resolución individual y pormenorizada de cada una de ellas, comenzando por la cuestión primaria, que no es otra que la existencia de relación arrendaticia y legislación aplicable, en su caso, a tal relación.

»Así, por los actores se alega ser arrendatarios de la vivienda, piso NUM000 NUM001 (o NUM002) del Portal NUM003 , de la casa n.º NUM000 de la Urbanización o Edificio denominado " DIRECCION000 " en la CALLE000 de Potes, teniendo como anejo la Plaza de Garaje n.º NUM004 . La referida vivienda como su anejo de garaje se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de Potes, en el Tomo NUM005 , Libro NUM006 de Potes, Folio NUM007 , Finca n.º NUM008 , figurando como arrendadora, en primer lugar, Dña. Inocencia y, posteriormente, su hija Dña. Tomasa .

»Pues bien, de la prueba practicada en el acto del plenario, hemos de considerar acreditada tal relación arrendaticia en los términos alegados por la actora. Y tal conclusión se desprende, no solo de la prolija documentación acreditativa del pago de rentas, suministros y gastos de comunidad de propietarios, sino de la propia declaración de la arrendadora, Dña. Tomasa quien, en el acto del plenario, manifestó que "se les arrendó temporalmente la vivienda hace muchos años, y desde entonces han vivido allí". Y ello con independencia de las declaraciones que pudiera haber efectuado la arrendadora sobre la inexistencia de arrendatarios, ya en escritura pública, ya en cualquier otra forma, pues los hechos han demostrado la existencia de otra realidad distinta a la consignada o declarada ante notario.

»Acreditado lo anterior, surge como cuestión controvertida, visto el contenido de la oposición de la demandada, la fecha del comienzo de la relación arrendaticia y, en consecuencia, la determinación de la legislación aplicable.

»La parte actora alega que el arrendamiento comenzó en el mes de septiembre de 1983, acompañando para su acreditación los documentos dos a once de la demanda. Y de tales documentos y resto de pruebas, como se expone, se concluye que el arrendamiento de vivienda comenzó en el mes de diciembre de 1983 o en todo caso con anterioridad al nueve de mayo de 1985. En efecto, y en primer lugar, del documento n.º 4 acompañado con la demanda (situación de cuenta corriente emitida por el Banco de Santander, Oficina de Potes) se desprende que el domicilio de los actores, era en fecha 21 de diciembre de 1983 " DIRECCION000 , PORTAL NUM000 POTES-CANTABRIA). De igual forma, del análisis conjunto de los documentos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 de la demanda, se deduce que al menos, en el mes de enero de 1985, la relación arrendaticia ya se encontraba vigente. No obstante declarar la Sra. Tomasa no recordar si los documentos 10 Y 11 se refieren a los documentos 5 a 9, lo cierto es que reconoció que tales documentos (10 y 11) fueron escritos de su puño y letra, lo que acredita, teniendo en cuenta el domicilio del destinatario (documento 11) y la fecha del matasellos (11 de enero de 1985), que en tal fecha el domicilio de los actores se correspondía con el objeto del arrendamiento. A mayor abundamiento, por los testigos Sr. Florencio , Sra. Pilar y Sra. Belen , se declaró que los actores residen en la vivienda litigiosa, aproximadamente desde el año 1983.

»Es por ello que, siendo el arrendamiento de vivienda anterior en todo caso al 9 de mayo de 1985, tal relación arrendaticia ha de regirse por las prescripciones contenidas en la LAU de 1964, por imperativo de la DT 2.ª de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos, y en especial al régimen de prórroga forzosa contenido en el artículo 57 de la LAU de 1964 , decayendo las pretensiones de la parte demandada relativas a la inexistencia de relación arrendaticia y extinción de la relación arrendaticia.

»Se alega igualmente por la parte demandada que la relación arrendaticia, de existir, no se encontraría sometida a las prescripciones de la Legislación Especial de arrendamientos urbanos, sino a la normativa de derecho común, es decir al Código Civil, dado que la vivienda arrendada no constituye la vivienda habitual de los retrayentes-actores.

»Pues bien, constituye constante doctrina legal, que la nota esencial que caracteriza los arrendamiento de temporada, a que se refiere el art. 2.1 de la LAU de 1964 ; para excluirlos de su normativa especial y quedar sujetos, únicamente, a lo expresamente pactado y a las leyes comunes, es la existencia de un plazo concertado en atención, no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar la vivienda que le sirva de habitual residencia familiar, o un local donde establecer con carácter permanente un negocio o industria, sino para desarrollar de una manera accidental y en épocas determinadas esas actividades negocials o para habitar transitoriamente y por razones diversas la vivienda; debiendo entenderse el requisito de la

"temporalidad" de modo amplio y flexible, cuando claramente se infiere que el uso u ocupación del inmueble responda a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato, y no a la necesidad de habitarlo permanentemente, ya que dicho requisito de temporalidad guarda relación, no con el plazo de duración puramente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de acción (SSTs 19 febrero 1982 y 15 diciembre 1999 , entre otras). Constituyen pues elementos configuradores del arrendamiento de temporada: el negativo, de no constituir la residencia habitual del locatario y no tener vocación de permanencia o de satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario; y el positivo, de la limitación temporal u ocasional de los periodos de ocupación, verificados de manera más o menos discontinua y con una mayor o menor frecuencia, pero siempre interrumpidos por la preferencia otorgada al hogar habitual, único que cubre la necesidad permanente de ocupación, frente a las motivaciones de mera conveniencia, comodidad o capricho determinantes del arriendo. La exigencia de que el inmueble se "ocupe" únicamente por una temporada, que establece el citado precepto de la LAU de 1964 , revela que lo importante para definir el contrato no es la duración del arrendamiento o el plazo pactado, sino el periodo real de ocupación del inmueble, cualquiera que sea el espacio más o menos corto del tiempo de utilización, en tanto sea revelador de que la estancia del locatario no es la de su residencia habitual, sino que la finca se ocupa discontinuamente por parte de quien habitualmente disfruta de otra vivienda que satisface su necesidad permanente, siendo la referencia a la temporada de verano que contiene la expresada norma de carácter meramente ejemplificativo. Obedeciendo la finalidad protectora del inquilino, que reconoce también la vigente LAU de 1994 en favor del arrendamiento de vivienda, y que se excluye ahora para los arrendamientos de uso distinto aun comprendidos en el ámbito de esta legislación especial, a la singular tutela que merece la vivienda destinada efectivamente a residencia habitual del locatario, es clara la justificación de que los inmuebles que no satisfacen esta necesidad esencial y permanente de vivienda no merezcan dicha protección legal.

»Pues bien, y siguiendo tal doctrina jurisprudencial, hemos de concluir que la vivienda objeto de arrendamiento, constituyó y constituye la vivienda habitual de los actores, a la vista de la prueba practicada en el acto del plenario. Y tal conclusión se desprende no solo de la prueba documental aportada por la parte demandante, sino, y en especial, de la prueba testifical practicada en el acto de la vista. En efecto, por los testigos Doña. Pilar , Sr. Álvarez, Doña. Belen , Sr. Jose Carlos y Sr. Arturo se declaró que los demandantes junto con sus tres hijos han residido en la vivienda objeto de este procedimiento desde hace más de veinte años, constituyendo su residencia habitual, ejerciendo el actor su profesión en la localidad. Es cierto que la actora, y por razones laborales se desplazaba al menos cuatro días a la semana a Santander y es igualmente cierto que los actores adquirieron una vivienda en tal municipio, si bien, tales circunstancias no privan a la vivienda litigiosa de su condición de habitual, atendiendo al arraigo personal, social y familiar de los actores y su prole en la localidad de Potes. De igual forma, y a los efectos que nos ocupan, el hecho de que los actores desgravaran el inmueble adquirido en Santander en el IRPF como vivienda habitual, carece de trascendencia toda vez que la realidad fáctica es la acreditada en el acto del plenario, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o incluso penales que pudieran derivarse de tales desgravaciones fiscales, supuestamente fraudulentas. Por último, carece igualmente de relevancia el empadronamiento efectivo de los actores, que respondió, como manifestaron en el acto del plenario, a la necesidad de obtener subvenciones públicas, práctica esta frecuente aunque igualmente reproable.

»Es por ello, que se ha de considerar acreditado que la vivienda objeto de retracto constituye la vivienda habitual de los actores, decayendo, en consecuencia, la oposición de la demandada en este concreto aspecto.

»Tercero. Visto lo anterior, los actores, en su condición de arrendatarios, son titulares del derecho de retracto previsto en el artículo 48 de la LAU de 1964 .

»Pues bien, la parte demandada se opone a la consideración, como precio del retracto, el del valor de adjudicación en pública subasta, esto es, 70 000 euros, entendiendo, con cita de diversa Jurisprudencia, que cuando no haya constancia del mismo o sea escandalosamente desproporcionado o inferior al valor de lo vendido, hay que estar por razones de justicia material al precio real que ha de prevalecer y se ha de reembolsar.

»En primer lugar, y respecto a la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto en supuestos de adjudicación en subasta judicial, el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 14 de mayo de 2004 (Sala Civil), se pronuncia en los siguientes términos:

»"A este respecto hay que decir el cambio de orientación en la doctrina jurisprudencial que se ha producido en los últimos tiempos, para reconocer el derecho de retracto en favor de quien ostenta condición de arrendatario urbano al tiempo de enajenar el bien objeto de la locación en subasta judicial (Sentencias de 22-4-1992 , 30-6-1994 Y 8-6-1995 , entre otras), declarando la sentencia de 12 de febrero de 1996 que cualquiera que sean las opiniones doctrinales sobre la adjudicación en subasta judicial, lo cierto es que el legislador la considera apta para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, equiparándolas a las ventas por interpretación analógica del artículo 1640 del Código Civil ."

»Admitida tal posibilidad, por la parte demandada se alega que el precio de adjudicación, 70 000 euros, dista mucho del precio real o de mercado del bien objeto de retracto, Así como la situación de injusticia material que se devengaría de acceder a la pretensión de los actores, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

»Y tal pretensión ha de encontrar acogida en la presente resolución. En efecto, resulta acreditado de los documentos obrantes en autos (documentos 18 y 20 de la contestación a la demanda y documento 78 de la demanda), que la vivienda objeto de retracto se encontraba gravada con tres hipotecas: una a favor de La Caixa por un importe de 49.282,99 euros; otra a favor de Dña. María del Pilar , por un principal de 29.000 euros; y otra a favor de la demandada por un principal de 58.000 euros, teniendo por objeto ésta última, entre otras la cancelación de la segunda de las hipotecas, tal y como se efectuó.

»Teniendo en cuenta tales circunstancias, y considerando ventajoso para sus intereses, la demandada concurrió a la subasta judicial (documento 78 de la demanda), efectuando una postura superior al 70 % del valor por el que el bien salió a subasta, y aprobándose el remate por Auto de fecha 16 de noviembre de 2004, por importe de 70 000 euros.

»Pues bien, de admitir la pretensión de los actores, adquirirían una vivienda a un precio no solo inferior a la mitad del valor de mercado (según informe pericial judicial obrante en autos), sino incluso inferior al valor por el que el mismo salió a subasta. De igual forma, tal pretensión implicaría la adquisición de una vivienda libre de cargas, incluida la del acreedor hipotecante posterior y rematante (entidad demandada), sin que el mismo fuera resarcido de la totalidad del crédito del que era titular. Si a ello unimos que los actores tuvieron puntual conocimiento de la ejecución que se estaba despachando a través del incidente previsto en el artículo 661.2 de la LEC correspondiente al Procedimiento Ejecución Hipotecaria 378/03 (documento uno de la demanda), y que la subasta fue anunciada como preceptúa la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha de concluir que los mismos pudieron acudir a tal subasta y efectuar la postura correspondiente, dejando subsistente la carga posterior, y no aprovecharse de las circunstancias y pretender adquirir un inmueble por debajo de su valor real y en perjuicio evidente y manifiesto del acreedor hipotecario posterior y rematante (entidad demandada).

»Es por ello, que la demanda ha de ser desestimada, pues como manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4 de diciembre de 1991 «Que en los casos dudosos, respecto del precio del retracto, cuando no haya constancia del mismo, o sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo vendido, hay que estar, por razón de justicia, al precio real, que es el que debe prevalecer y se ha de reembolsar» (Sentencias que van desde la de 11 de mayo de 1956 a la de 30 de abril de 1991, pasando por las de 12 de junio de 1984; 14 de marzo de 1985; 20 de septiembre de 1988; 6 de octubre de 1989, etc.). En efecto, siendo escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo subastado, y por evidentes razones de justicia material, atendiendo al manifiesto perjuicio que se causaría a la entidad demandada, procede tal desestimación.

»Cuarto. Las costas procesales se imponen a la parte actora, al haber sido desestimada íntegramente su pretensión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC ».

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Santander, Sección 2.ª, dictó sentencia de 21 de junio de 2007, en el rollo de apelación nº. 412/2006 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Anselmo y Dª Celsa contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2.006 del Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera , cuya íntegra confirmación procede, con imposición de costas a la parte apelante».

CUARTO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia, se declara que:

«Se admiten los de la sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen, y

»Primero: El Juez "a quo" desestima la acción de retracto arrendaticia por entender que el precio del retracto es muy inferior al valor del inmueble vendido.

»Formulan los actores recurso de apelación contra la resolución íntegramente desestimatoria de su pretensión, mientras que el demandado, al formalizar su impugnación al recurso, expresa su abierta disconformidad con la reconocida existencia de un contrato de arrendamiento sometido a la legislación especial, lo que obliga a la Sala ha efectuar una íntegra revisión del debate planteado en la primera instancia.

»Segundo: El contenido de los documentos que acompañan a la demanda, sumado al requerimiento resolutorio remitido por la propietaria del piso, es suficientemente expresivo de la celebración de un contrato verbal de arrendamiento en el año 1.983.

»Entiende esta Sala, a la vista de las pruebas practicadas, que la cuestión esencial que ha de dilucidarse viene referida a la calificación del arrendamiento. Se trata de determinar si nos encontramos, o no, ante un contrato de arrendamiento de temporada, ya que esta circunstancia es esencial para establecer si debe aplicarse la legislación común o, por el contrario, la legislación especial arrendaticia y, en consecuencia, el invocado art. 47 de la L.A.U. de 1.964 .

»Esta crucial cuestión ha de resolverse atendiendo principalmente a las explicaciones ofrecidas por los actores en la prueba de interrogatorio practicada.

»Las indicadas explicaciones ponen en evidencia que en los primeros años de arrendamiento la vivienda alquilada, sita en la localidad de Potes, pudo constituir la residencia habitual de la familia, por razón del destino laboral del esposo, que fue funcionario del Ministerio de Educación con destino en el Instituto de Enseñanza Secundaria de esta localidad, al mismo tiempo que la esposa, funcionaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, solicitaba por aquel entonces (en concreto, en el año 1.986) una comisión de servicios para cubrir una plaza en esta misma localidad.

»Pero no cabe duda de que posteriormente la función que cumplía la vivienda alquilada cambió radicalmente, produciéndose una sustancial novación del contrato, pasando los miembros de la familia a desarrollar su vida diaria en la localidad de Santander, en la vivienda propiedad de los demandantes, por razón de los estudios de los tres hijos y del trabajo de la esposa, la cual presta sus servicios laborales en esta ciudad.

»El esposo visita con asiduidad la vivienda de Potes, pernoctando en ella frecuentemente debido a que se encuentra jubilado y sus actividades de ocio y entretenimiento tienen relación con una pista de aviación civil que ha construido en unas fincas de su propiedad en la localidad de Argüebanes, Ayuntamiento de Camaleño, que es el Ayuntamiento en el que se encuentra empadronado.

»La esposa y alguno de los hijos visitan asiduamente la localidad de Potes -localidad de conocido interés turístico- en períodos de vacaciones y durante los fines de semana.

»Tampoco cabe desdeñar la relevante significación que cabe atribuir al hecho de que los esposos accionantes desgraven fiscalmente las cuotas de amortización del crédito hipotecario contraído para adquirir el piso de Santander, atribuyendo a este piso, en la declaración presentada ante Hacienda, la condición tributaria de vivienda habitual del matrimonio.

»Con todos estos antecedentes, este Tribunal accede a la unánime conclusión de que el piso alquilado no constituye la residencia habitual de los actores, sino que se trata de un arrendamiento de temporada excluido del ámbito de aplicación de la L.A.U. de 1.964, por previsión expresa de su art. 2 .

»Nuestro Tribunal Supremo ha venido señalando que la nota esencial que caracteriza a los arrendamientos de temporada es, como sucede en el caso que nos ocupa, que no satisfacen la necesidad permanente que el arrendatario tiene de ocuparla para que le sirva de residencia habitual de la familia, sino para desarrollar de una manera accidental, en épocas determinadas, actividades distintas de aquellas que vienen pautadas por los cotidianos hábitos de vida, responsabilidades y exigencias laborales, siendo indiferente la mayor o menor frecuencia de su utilización, así como la duración del arriendo, ya que el requisito de temporalidad de la ocupación guarda relación, no con el plazo de vigencia cronológico, sino con la finalidad a la que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación.

»No podemos olvidar que sólo la permanente y perentoria necesidad de ocupación del inmueble por parte del inquilino justifica la aplicación de los derechos y medidas de reforzada protección que la L.A.U. de 1.964 otorga al arrendatario, por lo que, en el supuesto examinado, la estimación de la pretensión formalizada conllevaría el indebido reconocimiento de unos efectos jurídicos contrarios a la estricta finalidad de protección social perseguida por la norma arrendaticia (art. 7 del Código Civil).

»Tercero: Las anteriores consideraciones conducen a la confirmación del fallo desestimatorio de instancia, con imposición de costas a la parte apelante (art. 398 de la L.E.Civil)».

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Anselmo y D^a. Celsa , tras el fallecimiento de esta, se plantean cinco motivos:

Motivo primero. «Oposición de la Sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa del art. 1204 del Código Civil ».

Se fundamenta el motivo en las siguientes alegaciones:

1. La Sentencia recurrida considera que se ha producido una sustancial novación del contrato, pasando de ser un contrato de arrendamiento de vivienda para ser un contrato de arrendamiento de temporada.

2. Es doctrina jurisprudencial consolidada que para que la novación exista es requisito inexcusable el llamado «animus novandi» (voluntad de novar).

3. Se alega la Jurisprudencia contenida en las SSTS 31 de marzo de 1990 , de 28 de marzo de 1985 , y de 10 de mayo de 1979 .

4. No existe en los autos prueba del concurso de voluntades de ambas partes contratantes de transformar la relación arrendaticia en otra de diferentes características.

Motivo segundo. «Infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del artículo 2.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos T.R. de 1964 a la que se opone la sentencia recurrida».

En el motivo se alega, en síntesis:

1. El contrato de arrendamiento data de 1983 y es de vivienda habitual, no de temporada, pues en ella se ha fijado el domicilio familiar.

2. Los arrendatarios han ocupado la vivienda de forma continua y habitual.

3. Se cita como doctrina jurisprudencial vulnerada la contenida en las SSTS de 30 de marzo de 1974 , de 19 de febrero de 1982 y de 15 de diciembre de 1999 .

Motivo tercero. «Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que interpreta el artículo 114 LAU de 1964 ».

En el motivo se alega, en síntesis:

1. La Sentencia de la Audiencia Provincial declara la existencia sucesiva de dos contratos de arrendamiento y considera extinguido el primer contrato -de 1983- que reconoce es de vivienda habitual.

2. El primer contrato de arrendamiento es declarado extinguido por la Sentencia de la Audiencia Provincial por causa diferente de las establecidas en el artículo 114 LAU 1964 .

3. Se acredita el interés casacional por oposición a la Jurisprudencia de la Sala contenida en las SSTS de 29 de octubre de 1962 , de 6 de junio de 1964 y de 19 de junio de 1965 .

Motivo cuarto. «Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa del art. 6.2 del Código Civil en relación con el art. 6.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos T.R. de diciembre de 1964 ».

En el motivo se expone, sintéticamente:

1. La sentencia afirma la existencia de dos contratos de arrendamiento sucesivos.

2. O bien se concertó un arrendamiento "de temporada" desde el principio o bien se transformó posteriormente. En este caso se hubiera exigido una renuncia a la prórroga forzosa, que no puede presumirse.

3. Si la renuncia originaria no se produjo, ni hubiera podido producirse por ser radicalmente nula, la renuncia posterior hubiera exigido una declaración de los arrendatarios clara y terminante, expresa y sin perjuicio de terceros, renuncia que no consta en absoluto que se produjera.

4. Se apoya el motivo en el interés casacional por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTS de 11 de julio de 1989 , de 5 de mayo de 1989 , de 25 de abril de 1986 , de 7 de junio de 1983 y de 8 de febrero de 1955 .

Motivo quinto. «La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa del art. 48 y art. 50 del T.R. de la L.A.U. de 1964 en relación con los arts. 1518 y 1521 del Código Civil ».

En el motivo se expone, en síntesis:

1. El derecho de retracto es un derecho preferente que debe aplicarse con carácter extensivo, dado que el bien jurídico protegido es la vivienda familiar.

2. Así se declara en las SSTS de 26 de marzo de 1960 y de 30 de junio de 1994 .

SEXTO.- Por auto de 30 de junio de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de la mercantil Decoración y Coordinación de Gremios, S.L., en síntesis, se expusieron los siguientes argumentos:

1º. El recurso de casación debió ser inadmitido porque el Tribunal Supremo no puede volver a valorar si se ha producido una novación contractual.

2º. El interés casacional es artificioso o instrumental, pues se pretende volver a valorar la prueba practicada en el proceso.

3º. Los recurrentes no intervinieron en el procedimiento de ejecución hipotecaria con el fin de enriquecerse posteriormente a costa de los adjudicatarios de la finca.

4º. El retracto en este caso contravendría la finalidad del mismo, al atribuir una vivienda en propiedad a quien ya posee una.

5º. Los retrayentes se desgravan desde 1997 el valor de la vivienda de Santander como deducción por vivienda habitual. Además ningún miembro de la familia figura empadronado en Potes.

6º. Hay Jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que el precio del retracto, cuando no haya constancia del mismo o sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo vendido, hay que estar por razones de justicia material al precio real que ha de prevalecer y se ha de reembolsar (SSTs de 30 de abril de 1991 , de 12 de junio de 1984 , de 14 de marzo de 1985 , de 20 de septiembre de 1988 , de 6 de octubre de 1989 , de 30 de abril de 1991 y de 4 de diciembre de 1991 .

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 16 de noviembre de 2010, en que tuvo lugar. La sentencia ha sido dictada fuera de plazo debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

NOVENO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LAU 1964, Real Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos.

LAU, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

RDL 2/1985, Real Decreto Ley 2/1985 de 30 de abril de medidas de política económica.

RC, recurso de casación.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. D. Anselmo y D.ª Celsa son arrendatarios de la vivienda sita en la CALLE000 , DIRECCION000 », casa nº NUM000 , Portal NUM003 , piso NUM000 de Potes, y garaje anejo en virtud de contrato verbal de arrendamiento de septiembre de 1983. La arrendadora era D.ª. Inocencia .

2. Los citados arrendatarios habían tenido conocimiento del procedimiento de Ejecución Hipotecaria 378/2003 del Juzgado de San Vicente de la Barquera seguido por La Caixa contra la dueña de la vivienda, a través del procedimiento incidental derivado del anterior sobre el derecho a permanecer los inquilinos en el inmueble hipotecado.

3. Tras su personación, tuvieron conocimiento de que el 16 de noviembre de 2004, se había celebrado subasta de la vivienda de la cual eran arrendatarios y sobre la que versaba la ejecución hipotecaria.

4. Por auto de 16 de noviembre de 2004 se aprobó el remate de 70 000 euros a favor de Decoración y Coordinación de Gremios, S.L. Dicho precio superaba el 70 por ciento del valor de tasación.

5. A consecuencia de la anterior enajenación, los arrendatarios ejercitaron acción de retracto, adjuntando el depósito de los 70 000 euros determinados como precio de venta más un exceso como provisión de fondos para hacer frente al pago de los gastos de la venta.

6. La demandada, en primer lugar, opuso la inexistencia de la relación arrendaticia alegada de contrario. En segundo lugar, alegó que el arrendamiento, en su caso, estaba excluido del ámbito de aplicación de la LAU, por lo que no había lugar al retracto al regirse el contrato por el CC. En tercer lugar, de existir una relación arrendaticia, esta únicamente existiría desde 1988, y por tanto, sometida al RDL 2/1985, por lo que, en aplicación de la DT 1.ª de la LAU, al haberse suprimido la prórroga forzosa del arrendamiento, la tácita reconducción del artículo 1566 del CC únicamente habría extendido el arrendamiento tres años más, por lo que el contrato se encontraría extinguido. En cuarto lugar, aducía que el precio del retracto era muy bajo y no

se correspondía con el verdadero valor de la vivienda, por lo que por razones de justicia material debía ser el precio real el que habría de considerarse como precio del retracto, el cual fijaba en 138 250 euros.

7. El Juez de primera instancia declaró probada la existencia de un contrato de arrendamiento de vivienda regido por la LAU 1964 Concluía que los actores tenían derecho al retracto en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 LAU 1964 pero desestimaba la demanda, al entender que los demandantes adquirirían una vivienda libre de cargas a un precio, no solo inferior a la mitad del valor de mercado, sino incluso inferior al valor por el que el mismo salió a subasta, por lo que se estarían aprovechando de la situación en perjuicio del acreedor hipotecario posterior, a la sazón rematante.

8. La Audiencia Provincial reconoció la existencia de un contrato verbal de arrendamiento que había sido celebrado en septiembre de 1983. Dicho contrato de arrendamiento de vivienda pudo constituir residencia habitual de la familia, pero consideró que la función que cumplía la vivienda alquilada cambió, produciéndose una sustancial novación del contrato. Llegó a la conclusión de que el piso alquilado no constituía la residencia habitual de los actores, sino que se trataba de un arrendamiento de temporada excluido del ámbito de aplicación de la LAU 1964 por lo que desestimaba el recurso de apelación y la demanda.

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo primero de casación.*

Motivo primero. «Oposición de la Sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa del art. 1204 del Código Civil».

Se fundamenta el motivo en las siguientes alegaciones:

1. La Sentencia recurrida considera que se ha producido una sustancial novación del contrato, pasando de ser un contrato de arrendamiento de vivienda para ser un contrato de arrendamiento de temporada.
2. Es doctrina jurisprudencial consolidada que para que la novación exista es requisito inexcusable el llamado «animus novandi» (voluntad de novar).
3. Se alega la Jurisprudencia contenida en las SSTs 31 de marzo de 1990, de 28 de marzo de 1985, y de 10 de mayo de 1979.
4. No existe en los autos prueba del concurso de voluntades de ambas partes contratantes de transformar la relación arrendaticia en otra de diferentes características.

El motivo ha de ser estimado.

TERCERO.- *Jurisprudencia en relación con la novación del contrato.*

A) La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para que exista novación objetiva del contrato, es preciso que el *animus novandi* (voluntad de novar) sea expresado por las partes de forma inequívoca. Así, la STS de 18 de marzo de 1992 establece que «la institución de la novación representa en términos generales un cambio en la relación negocial obligatoria, que cuando es esencial y de manera muy primordial, porque así expresamente se recoja en el nuevo convenio el «animus novandi» [voluntad de novar] de las partes interesadas que lo introducen, tiene consideración de extintiva (artículos 1203, 1204 y 1207 del Código Civil) la que en todo caso han de declarar expresamente los otorgantes como condición indispensable para que tal novación sea operativa conforme establece el artículo 1.204 del Código Civil. Teniéndose en cuenta que el concepto de novación es objeto de interpretación restrictiva por la doctrina de esta Sala y nunca se presume, de tal manera que no puede declararse en virtud de sólo presunciones por muy razonables que se presenten éstas (sentencias de 24 de febrero de 1964, 11 de febrero de 1965, 2 de junio de 1968 y 25 de enero de 1991)». Esta doctrina ha sido recogida y aplicada más recientemente en las SSTs de 29 de abril de 2005 (RC nº. 4129/1998), de 11 de julio de 2007 (RC nº. 1980/2000) de 22 de mayo de 2009 (RC nº. 425/2004).

B) La exteriorización del referido *animus novandi* (voluntad de novar) no ha de ser necesariamente de forma expresa, pudiendo ser expuesto de forma tácita, como refiere la sentencia de 19 de noviembre de 1993, que, tras exponer la doctrina general sobre la necesidad de que exista constancia de la voluntad de novar, establece que la novación nunca puede presumirse ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, para, en el caso de autos -transformación de un local de negocio en almacén- considerar probada la novación verbal consentida por las partes a través de unos hechos que «destacan por su expresividad y contundencia».

CUARTO.- *Aplicación de la Jurisprudencia al caso concreto.*

Si bien podría entenderse que la Audiencia Provincial realizó una valoración indirecta del *animus novandi* (voluntad de novar) del arrendatario, nada expuso de la posición de la arrendadora, parte esencial del contrato de arrendamiento. La Audiencia Provincial no examina la voluntad modificativa sino que vuelve a calificar el contrato de arrendamiento a la luz de los hechos considerados probados, y llega a la conclusión de que el

contrato locativo había dejado de ser de vivienda. Como consecuencia de lo anterior, excluyó el contrato del ámbito de la LAU 1964 para privar al arrendatario del derecho a ejercitar la acción de retracto. Por ello, faltando la acreditación de la voluntad modificativa del contrato, no puede entenderse que dicha novación objetiva hubiera tenido lugar.

QUINTO.- Estimación del recurso de casación.

La estimación del primer motivo de casación hace innecesario el examen de los cuatro restantes. Por tanto procede:

A) Estimar el recurso interpuesto.

B) Casar la resolución impugnada y resolver sobre el caso declarando lo que corresponda según los términos en que se ha producido la oposición a la doctrina jurisprudencial, fijando, a tenor del artículo 487.3 LEC, como doctrina jurisprudencial que para que pueda entenderse novado un contrato de arrendamiento de vivienda y pase a convertirse en un contrato de arrendamiento de temporada, es precisa la acreditación inequívoca de una voluntad de novar de ambas partes contratantes.

C) Decidir en cuanto al fondo, a tenor de lo establecido en el artículo 487.3 LEC. Una vez se concluye que el contrato no fue objeto de novación, resulta que el arrendatario, amparado por el artículo 25 LAU 1964 ejercitó correctamente la acción de retracto.

Los argumentos que se expusieron a través de la sentencia de primera instancia, en la que tras reconocerse la relación arrendaticia sometida a la LAU 1964, se negó la validez del retracto ejercitado en atención al bajo precio por el que los arrendatarios se adjudicarían la vivienda, con el consiguiente perjuicio para el acreedor hipotecario que no pudo ver totalmente satisfecha su deuda no son válidos. Los actores se han limitado a ejercer un derecho reconocido en la legislación arrendaticia especial, sin que ni tan siquiera se pueda considerar que el supuesto bajo precio que deben abonar para adquirir la propiedad de la vivienda haya ocasionado un perjuicio al acreedor hipotecario, ya que la declaración de la validez o no del ejercicio del derecho de retracto, en nada afecta a la cantidad de dinero que recibió el acreedor tras la ejecución hipotecaria y al resto de las acciones que en el ejercicio de sus derechos haya podido iniciar contra su deudor. Pero es que además en ningún caso podría concluirse, como parece indicarse por los demandados que el ejercicio del retracto suponga un abuso de derecho cuando los actores se han limitado a ejercitar una acción con base en una facultad reconocida legalmente.

En definitiva procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Anselmo y D^a. Celsa contra la sentencia dictada con fecha 30 de marzo de 2006, en el procedimiento de juicio ordinario n.º 466/2004 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera. Revocamos esta sentencia y estimamos la demanda en el sentido de acordar el derecho de los demandantes a retraer de la finca sita en la CALLE000, DIRECCION000 », casa n.º NUM000, Portal NUM003, piso NUM000 .º de Potes y su garaje anejo en su calidad de arrendatarios de la misma por el precio de 70 000 euros pagados como precio de compra por la demandada y demás gastos y pagos legítimos hechos para la venta que sean acreditados por la demandada.

SEXTO.- Costas.

En aplicación del artículo 394.1, en relación con el artículo 398 LEC, no procede la imposición de costas de esta instancia ni de las de la apelación. Las costas de la primera instancia se impondrán a la parte demandada.

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

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Anselmo y D^a. Celsa contra la sentencia de 21 de junio de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 412/2006, por la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2.ª, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Anselmo y D^a. Celsa contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2.006 del Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera, cuya íntegra confirmación procede, con imposición de costas a la parte apelante».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Anselmo y D^a. Celsa contra la sentencia dictada con fecha 30 de marzo de 2006, en el procedimiento de juicio ordinario



n.º 466/2004 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera . Revocamos esta sentencia y estimamos la demanda declarando el derecho de los demandantes a retraer de la finca sita en la CALLE000 , DIRECCION000 , casa n.º NUM000 , Portal NUM003 , piso NUM000 de Potes y su garaje anejo en su calidad de arrendatarios de la misma por el precio de 70 000 euros pagados como precio de compra por la demandada y demás gastos y pagos legítimos hechos para la venta que sean acreditados por la demandada.

4. Se fija como doctrina jurisprudencial de que para que pueda entenderse novado un contrato de arrendamiento de vivienda y pase a convertirse en un contrato de arrendamiento de temporada, es precisa la acreditación inequívoca de una voluntad de novar de ambas partes contratantes.

5. No procede la imposición de costas del presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Jesus Corbal Fernandez, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.