



Roj: **SAP SS 434/2017 - ECLI:ES:APSS:2017:434**

Id Cendoj: **20069370032017100123**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **09/05/2017**

Nº de Recurso: **3317/2015**

Nº de Resolución: **87/2017**

Procedimiento: **Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

e-mail: 200592003@AJU.ej-gv.es

NIG PV / IZO EAE: 20.03.2-12/002216

NIG CGPJ / IZO BJKN :20074.42.1-2012/0002216

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 3317/2015

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara / Bergarako Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 4 zk.ko ZULUP

Autos de Procedimiento ordinario LEC 2000 311/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Luis Pablo , Amador y Cirilo

Procurador/a/ Prokuradorea:AITOR NOVAL BARRENA, AITOR NOVAL BARRENA y MIGUEL ANGEL OTEIZA ISO

Abogado/a / Abokatua: PEDRO LEARRETA OLARRA y JUAN ANTONIO SIERRA GARCIA

Recurrido/a / Errekurritua: Hilario , Elisenda y Lina

Procurador/a / Prokuradorea: NEREA ARIÑO DELGADO, NEREA ARIÑO DELGADO y NEREA ARIÑO DELGADO

Abogado/a/ Abokatua: AMAIA MADINA AGIRRE

SENTENCIA Nº 87/2017

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. LUIS BLANQUEZ PEREZ

D/Dª. IÑIGO SUAREZ DE ODRIUZOLA

D/Dª. MARIA CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a nueve de mayo de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario LEC 2000 311/2012 del UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara, a instancia de Luis Pablo , Amador y Cirilo apelante - demandante/demandado, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a. AITOR NOVAL BARRENA, AITOR NOVAL BARRENA y MIGUEL ANGEL OTEIZA ISO y defendido/a por el/la Letrado/a Sr./a.



PEDRO LEARRETA OLARRA y JUAN ANTONIO SIERRA GARCIA, contra D./D^a. Hilario , Elisenda y Lina apelado - demandante/demandado, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a. NEREA ARIÑO DELGADO, NEREA ARIÑO DELGADO y NEREA ARIÑO DELGADO y defendido/a por el/la Letrado/a D/D^a. AMAIA MADINA AGIRRE; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 6-3-2015 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bergara se dictó sentencia con fecha 6-3-2015 , que contiene el siguiente FALLO:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Nerea Ariño Delgado, en nombre y representación de D. Ceferino frente a D. Amador , D. Luis Pablo y D. Cirilo , CONDENO a estos últimos a abonar al actor Sr. Hilario la cantidad de 40.351,25 euros, en concepto de principal, cantidad ésta que devengará intereses a favor del arrendador al tipo de Euribor a un año al principio de año + 5 puntos anual, devengándose, a partir del dictado de la presente resolución, los intereses de la mora procesal del artículo 576 de la LEC .

En cuanto a la demanda principal, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la reconvencción formulada por el Procurador de los Tribunales D. Aitor Noval Barrena, en nombre y representación de D. Luis Pablo y de D. Amador frente a D. Ceferino , CONDENO a este último a abonar a los Sres. Luis Pablo y Amador la cantidad de 10.368,7 euros en concepto de principal, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda reconvenccional, esto es, esto es, desde el día 24 de Marzo de 2014, devengándose, a partir del dictado de la presente resolución, los intereses de la mora procesal del artículo 576 de la LEC .

En cuanto a la reconvencción, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. "

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando día para la deliberación y votación.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO.- Siendo Ponente en esta instancia el ltma. Sra. Magistrada D^a MARIA CARMEN BILDARRAZ ALZURI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los hechos probados y razonamientos jurídicos de la resolución recurrida en cuanto no aparezcan contradichos o desvirtuados por los que se expresan a continuación.

PRIMERO.- El objeto de la presente resolución viene constituido por la Sentencia de instancia cuyo Fallo ha quedado transcrito más arriba, frente a la que se alzan ambas partes procesales, los codemandados-reconvenientes D. Luis Pablo y D. Amador en recurso de apelación, el codemandado D. Cirilo en recurso de apelación y la parte actora-reconvenida, D^a Lina , D^a Elisenda y D. Hilario (sucesores procesales de D. Ceferino , fallecido en el curso del procedimiento), vía impugnación de Sentencia.

La representación procesal de D. Luis Pablo y D. Amador , formula recurso de apelación, sobre la base de los siguientes motivos:

1º.- infracción del art. 449.1 LEC , por su aplicación indebida, ya que una vez depositadas las llaves del establecimiento arrendado, nos encontramos ante un procedimiento ordinario de reclamación de cantidad, por lo que no puede exigirse el pago de cantidad alguna como requisito de admisión del recurso de apelación.

2º.-error en la valoración de la prueba e infracción del art. 217 LEC y de los arts. 1188 y 1189 CC , respecto a la reclamación de las rentas impagadas.

3º.-error en la valoración de la prueba e infracción del art. 1154 CC , respecto del incumplimiento contractual del arrendador por no disponer del local de la licencia de actividad que autorizaba los usos pactados en el contrato.

4º.-error en la valoración de la prueba e infracción del art. 1554 y ss CC , referido al incumplimiento del propietario por no realizar las obras necesarias para la sustitución del sistema de aire del local.



Y solicita se dicte Sentencia que, estimando el recurso de apelación, revoque la de instancia, desestimando la demanda presentada de contrario y estimando la reconvencción planteada por esta parte con imposición de costas causadas en ambas instancias a la demandante-reconvenida.

La representación procesal de D. Cirilo , codemandado, formula recurso de apelación, sobre la base de los siguientes:

1º.- la resolución recurrida es susceptible de recurso de apelación con arreglo al art. 455.1 LEC , no siendo de aplicación el art. 449.1 LEC , al haberse dictado Sentencia en un procedimiento ordinario de reclamación de cantidad en concepto de rentas.

2º.- error en la valoración de la prueba al obviar respecto al pago de rentas las facturas firmadas por el propio arrendador demandante y que se aportaron en los escritos de contestación por los codemandados Sr. Luis Pablo y Sr. Amador , y error en la valoración de la prueba asimismo al no tomar en consideración el recibo del mes de abril de 2010 aportado por el recurrente Sr. Cirilo como doc. nº 3 de la contestación a la demanda y no impugnado tampoco por la parte actora.

.-error en la valoración de la prueba sobre las rentas posteriores y que no pueden acreditarse con facturas emitidas por el Sr. Hilario , haciendo el recurrente propios los argumentos y pruebas que aportan el resto de codemandados en todo aquello que pueda beneficiarle, puesto que desconoce en gran medida lo que ocurrió tras dejar la comunidad de bienes en enero de 2011.

Y termina solicitando se dicte Sentencia estimatoria del recurso de apelación y revocatoria de la Sentencia apelada fallando que el Sr. Cirilo no adeuda cantidad alguna al demandante y se imponga las costas a la parte actora.

La representación procesal de D^a Lina , D^a Elisenda y D. Hilario , sucesores procesales de D. Ceferino , formula impugnación de la Sentencia de instancia, solicitando

Se alegan como motivos de apelación:

1º.- error en la valoración de la prueba documental consistente en el documento nº 1 aportado con la contestación a la demanda formulada por el Sr. Cirilo , entendiéndose la parte impugnante que sobre la base de dicho documento no puede tenerse por acreditado el pago de la renta correspondiente al mes de Enero de 2010 por cuanto a dicha fecha no consta ningún ingreso en la cuenta titularidad del Sr. Hilario , a diferencia de lo que ocurre con el pago de la renta del mes de abril de 2010, obrando en autos como doc. nº 3 de la contestación del mismo codemandado la factura emitida y firmada por el actor por importe de 1.225 euros y constando el ingreso en la cuenta del actor por dicho importe, lo que se aduce constituye prueba evidente de que las facturas, por mucho que se emitieran firmadas, no necesariamente estaban pagadas, salvo que se acredite su pago, y que en el caso del documento nº 1 no consta el pago, recayendo sobre la parte demandada la prueba del pago, y que la falta de impugnación del documento únicamente trae como consecuencia que se reconoce su autenticidad, esto es, que se reconoce como emitida y firmada por el actor.

2º.-indebida aplicación del art. 394 LEC , entendiéndose la parte impugnante que de estimarse la impugnación se reconocerá como rentas debidas la suma de 42.776,25 euros respecto del total reclamado de 45.166 euros, como quedare concretado en el acto de audiencia previa, y, por ende se produce una estimación sustancialmente íntegra de la demanda, procediendo la condena en costas de la instancia a la parte demandada.

Y termina solicitando se estime la impugnación de Sentencia, con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en la alzada y en la instancia.

SEGUNDO.- La primera cuestión que debe analizar la Sala no obstante haberse admitido los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de los Sres. Luis Pablo y Amador y la representación procesal del Sr. Cirilo respectivamente, es la cuestión suscitada precisamente por dichas partes apelantes ya desde sus respectivos escritos de apelación con fundamento ó sobre la base del contenido del apartado "Modo de Impugnación" del Fallo de la Sentencia, acerca de si en el presente procedimiento constituye requisito para la admisibilidad del recurso de apelación la consignación de rentas en los términos previstos en el art. 449.1 LEC .

Pudiendo adelantarse desde este momento que la respuesta ha de ser negativa por lo que más adelante se expondrá, la Sala no puede dejar de hacer las siguientes consideraciones a la vista de lo actuado en la instancia.

La primera, que el recurso de apelación se da contra el Fallo ó Parte Dispositiva de la resolución susceptible de tal recurso y que en caso de Sentencia los pronunciamientos susceptibles de recurso son aquellos que resuelven las pretensiones de las partes y el relativo a las costas procesales (art. 209 LEC). Esto es, el apartado



del Fallo sobre los recursos procedentes contra la Sentencia y requisitos procesales en casos especiales, no constituye un pronunciamiento que haya de ser objeto de recurso de apelación.

La segunda, que el trámite de interposición del recurso de apelación tiene lugar ante el Juzgado que haya dictado la resolución apelada al igual que la oposición al mismo y la impugnación de la Sentencia que el art. 461 LEC permite a quien inicialmente no hubiese recurrido, de forma que el control del cumplimiento ó no de los requisitos procesales debe hacerse en la instancia. Ello, sin perjuicio que de admitirse a trámite el recurso, la parte recurrida puede alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso (último párrafo del art. 458 LEC), y del control de oficio que puede hacerse por este Tribunal (ATS 20 de mayo 2003 y demás resoluciones que se citan).

La tercera, consecuencia de las anteriores, que si al Secretario Judicial al resolver los recursos de reposición interpuestos por las aquí partes apelantes frente a la Diligencia de Ordenación de 18-5-2015, por mor de la cual se requería a las partes apelantes la subsanación del presupuesto procesal "ex art. 449.1 LEC", le asistía alguna duda, lo procedente hubiera sido acordar ponerlo en conocimiento del Juzgador, a fin de que éste, en su caso y mediante Auto (art. 206.1.2ª segundo párrafo LEC en relación al art. 458.3 LEC), decidiese sobre la admisión ó la inadmisión del recurso de apelación, ya que la exigencia formal impuesta por aquél precepto se erige como un presupuesto procesal necesario para la admisión del recurso de apelación.

La cuarta, que es doctrina comúnmente admitida, manifestada, entre otras resoluciones, en el Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003, refiriéndose a la posibilidad de subsanación del presupuesto procesal que nos ocupa y necesario para la formulación del recurso de apelación, añade que conviene advertir que, en materia de procesos arrendaticios, hay una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que, al examinar sobre la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y partiendo del presupuesto de que el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción al ver limitada la eficacia del principio pro actione, ha venido a distinguir entre el hecho del pago o consignación de las rentas vencidas en el momento procesal oportuno y el de su acreditación, permitiendo la subsanación de la falta de ésta cuando no se hubiese facilitado justificación de ese extremo, por ser éste un requisito formal susceptible de tal cosa, que solo puede fundar una resolución de inadmisión del recurso previa la concesión de un plazo para la subsanación sin que hubiera cumplido con el mencionado requisito (SSTC 344/93, 346/93, y 100/95), lo que no cabe decir del hecho del pago o consignación en sí mismo, que constituye un requisito esencial para acceder a los recursos que no cabe reputar desproporcionado, atendidos los fines a los que está ordenado (SSTC 104/84, 90/86, 87/92, 214/93, 344/93, 346/93, 249/94, 100/95, y 26/96).

En el mismo sentido la STS de 30-11-2011: "A) Esta Sala ha declarado que el incumplimiento del presupuesto contemplado en el artículo 449.1 de la LEC 2.000, para la procedencia de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación, no puede ser subsanado mediante un pago o consignación extemporánea y sólo es posible la subsanación de la acreditación del pago o consignación (AATS de 25 de septiembre de 2.007, RC n.º 398/2.003, 23 de marzo de 2.010, RIPC n.º 1.131/2.008, 25 de mayo de 2.010, RQ n.º 651/2.009).

Este criterio se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada en relación con otros precedentes normativos del artículo 449 LEC (SSTC 346/93, 249/94, 100/95, 26/9, 216/98, 10/99), que puede ser resumido en los siguientes puntos:

a) La consignación para recurrir no constituye un mero requisito formal, sino una exigencia sustantiva o esencial, cuya finalidad es asegurar los intereses a quien ha obtenido una sentencia favorable, es un requisito esencial para acceder a los recursos que no cabe reputar desproporcionado, atendidos los fines a los que está ordenado.

b) Este presupuesto debe interpretarse de una manera finalista o teleológica, atendiendo tanto a la propia finalidad que con su imposición persigue el legislador - que no es otra que asegurar que el sistema de los recursos no sea utilizado como instrumento dilatorio-, como al principio de interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y a la regla general del artículo 11.3 LOPJ.

c) Debe distinguirse entre el hecho del pago o consignación, en el momento procesal oportuno, y el de su prueba o acreditación. Es posible la subsanación de la falta de acreditación del cumplimiento cuando no se hubiese facilitado justificación de ese extremo, por ser éste un requisito formal susceptible de ser subsanado, pero no la subsanación hecho del pago o consignación en sí mismo.

d) Solo puede fundar una resolución de no-admisión del recurso la previa la concesión de un plazo para la subsanación de la falta de acreditación de su cumplimiento.



e) La decisión de no admitir el recurso por la falta de un requisito esencial se compadece plenamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de derecho a acceder y utilizar los medios de impugnación dispuestos por el legislador, de manera que sólo tras ser establecidos en la Ley pasan a formar parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y lo refuerzan, pero siempre en la concreta configuración de cada una de las leyes de enjuiciamiento.

Este criterio coincide con el aplicado por este Tribunal para el examen del cumplimiento del artículo 449 LEC cuando afecta a otra clase de procesos distintos de los arrendaticios que llevan aparejado el lanzamiento (SSTS de 24 de noviembre de 2.010 , RIPC n.º 90/2.007 , 5 de mayo de 2010 , RC n.º 588/2.006 , 29 de septiembre de 2.010 , RC n.º 1.393/2.005 , 19 de mayo de 2.011 , RC n.º 2.033/2.007).

B) En aplicación de esta doctrina el motivo debe ser desestimado, dado que lo que pretende es subsanar la falta de cumplimiento del requisito establecido en el artículo 449.1 LEC y no la falta de acreditación del cumplimiento del requisito, pues consta en el rollo de apelación -y no se discute en el recurso- que el recurrente efectuó la consignación de las rentas adeudadas después de la interposición del recurso de apelación, de lo que deriva que no se encontraba al corriente de su pago en el momento de la preparación del mismo, como exige la norma.

C) Para agotar la respuesta a las alegaciones efectuadas en el motivo, deben hacerse las siguientes precisiones:

1. Lo previsto en el artículo 231 LEC debe entenderse subordinado al carácter subsanable o no del defecto observado. Avala este criterio el hecho de que la remisión del artículo 449.6 LEC al artículo 231 LEC se limita a la acreditación documental del cumplimiento del requisito, recogiendo la orientación jurisprudencial existente con anterioridad a la LEC.

2. Los artículos 449.6 LEC y 243 y 11.3 LOPJ deben ser aplicados al caso desde la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional que ha quedado expuesta, por lo que estos preceptos sólo permiten la subsanación de la falta de acreditación -por lo general, documental- del cumplimiento del requisito".

En suma, que lo que la norma permite es la subsanación de la acreditación documental del pago en el plazo para la interposición del recurso de apelación, no la subsanación del pago ó consignación.

Sentadas dichas consideraciones, como se ha dejado apuntado más arriba, que en el presente proceso no es de aplicación el art. 449.1 LEC se evidencia desde el momento en que, dejando al margen otro tipo de consideraciones jurídico-procesales que pudieran realizarse, nos encontramos con que lo que constituía un proceso de Juicio Verbal de Desahucio por falta de pago de rentas y reclamación de cantidad en concepto de rentas impagadas, habiéndose efectuado entrega de las llaves del establecimiento objeto de arrendamiento, el propio Juzgado por Providencia de 31-1-2014 declara finalizadas las actuaciones propias del referido procedimiento, requiriendo a la parte actora al objeto de que presente escrito que aclare o amplíe la demanda presentada, operando lo que denomina "transformación" del procedimiento, y a partir de la presentación de la demanda requerida en reclamación de rentas se sustancia el procedimiento por los trámites del Juicio Ordinario quedando extramuros del mismo la pretensión resolutoria del contrato de arrendamiento por impago de rentas ejercitada en la demanda inicial formulada por la parte actora y que dio origen a las dijéramos ya pretéritas actuaciones de Juicio Verbal de Desahucio. Pretensión resolutoria que constituye una obviedad decirlo es la que lleva inherente el lanzamiento como consecuencia "ex lege" derivada de la resolución contractual en cuanto efecto restitutorio.

TERCERO.- Resuelta la cuestión procesal que pudiera obstar a un pronunciamiento de fondo de los recursos de apelación en los términos que han quedado expuestos, como antecedentes básicos de la presente resolución desde la operada "transformación" del procedimiento a Juicio Ordinario que en definitiva ha determinado la delimitación del objeto de litis, señalaremos los siguientes.

La representación procesal de D. Ceferino con presentación de demanda de Juicio Ordinario, solicita la condena D. Amador , D. Luis Pablo y D. Cirilo , al pago de 45.466,01 euros en concepto de rentas vencidas y debidas hasta la entrega de la posesión efectiva de las fincas, más los intereses pactados en el contrato de arrendamiento (Euribor a un año al principio del año + 5 puntos), con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Los hechos en los que asienta dicha pretensión, son los siguientes:

.-con fecha 30-12-09 el Sr. Ceferino y su difunta esposa, en calidad de propietarios y arrendadores, suscriben con los demandados, quienes constituían la comunidad de bienes denominada DIRECCION000 C.B., con CIF NUM000 , contrato de arrendamientos del local comercial destinado a degustación y garaje cerrado nº NUM001 , sitios en Arrasate CALLE000 nº NUM002 (PLAZA000), a fin de que fueran destinadas a las



actividades de hostelería, estipulándose una renta mensual de 2.500 euros, más el IVA correspondiente, menos la retención por IRPF correspondiente, a abonar en los primeros tres días de cada mes en la cuenta nº NUM003 .

.-desde el primer de vigencia del contrato, se incumplió parcialmente con la obligación de pago de la renta.

Así:

año 2010 debían pagar 29.700 euros a razón de 2.475 euros/mes, pagaron 25.825 euros, deben: 3.875 euros

año 2011 debían pagar 29.700 euros a razón de 2.475 euros/mes, pagaron 18.268 euros, deben: 11.432 euros

año 2012 debían pagar 26.102,25 euros: $2.475 \text{ euros} \times 2 = 4.950 \text{ euros} + 2.30,50 \times 6 = 13.983 \text{ euros} + 3 \times 2.389,75 \text{ euros} = 7.169,25 \text{ euros}$, y pagaron 3.112,50 euros, deben 22.989,75 euros.

.-los demandados consignaron las llaves del local en el Juzgado, entregándose la posesión en fecha 1-3-2013, por lo que a las cantidades debidas a fecha noviembre 2012 debe añadirse la renta correspondiente a las mensualidades de diciembre 2012, enero y febrero de 2013, a razón de 2.389,76 euros, total 7.169,25 euros.

La representación procesal de D. Cirilo formula oposición, solicitando el dictado de Sentencia por la que se desestime íntegramente las pretensiones del actor, con expresa imposición de costas a la parte actora, alegando:

.- el primer mes de la relación arrendaticia, enero de 2010, fue satisfecha en su día como se acredita con el recibo expedido por el demandante (doc. nº 1).

.-el resto de meses hasta Enero de 2011 se encuentran pagados, obedeciendo la diferencia entre lo reclamado en la demanda y lo reflejado en los recibos entregados por el arrendador, al incorrecto cálculo efectuado en la demanda al primer semestre de 2010 al aplicar el IVA del 18 % cuando el tipo vigente era el 16 %, habiéndose producido el alza el 1-7-2010.

De forma que la mensualidad inicial tras sumarle el IVA y practicarle el 19 % de retención, ascendería a 2.425 euros durante ese primer semestre y 2.475 euros a partir del 1-7-2010. Y esas fueron las cantidades satisfechas como renta, tal y como se refleja en los recibos entregados por el arrendador, de forma que, si por los arrendatarios se efectuaron ingresos en cuenta en mayor o menor cuantía, en el momento de la entrega del recibo correspondiente a cada mes se efectuaba la compensación en metálico por las partes.

.-sobre la renta de abril, los demandados abonaron 1.225 euros y el resto hasta completar la totalidad de la mensualidad se utilizó para sufragar el pago de diversas averías. Lo que se hizo con la conformidad del arrendador tal y como se desprende del recibo entregado por el mismo (doc. nº 3).

.-sobre el resto de cantidades reclamados, el Sr. Cirilo es ajeno, siendo que en fecha 25-2-1011 se procedió a dar de baja de la comunidad de bienes, estipulándose que los otros dos socios participarían con un porcentaje del 50 % cada uno en los beneficios y pérdidas que arrojaré la referida comunidad de bienes (doc. nº 4 a 7). Que este hecho de la desvinculación del Sr. Cirilo de la comunidad de bienes fue comunicado a los propietarios arrendadores sin que por los mismos se plantease objeción u oposición alguna.

.-en el supuesto de acreditarse el impago de la renta, la fianza de 5.000 euros en su día satisfecha debería aplicarse, via compensación, al cumplimiento de dicha obligación.

En la fundamentación jurídica invoca el art. 1189 CC y art. 1196 CC .

La representación procesal de D. Amador y de D. Luis Pablo , formula contestación oponiéndose a la demanda, sobre la base de los siguientes:

.- Año 2010

Nada se debe, se abonaron los 28.200 euros requeridos por el demandante.

En la fecha de firma del contrato, 30-12-2009, se entrega la fianza por importe de 5.000 euros y la primera mensualidad de 2.425 euros.

Se aportan como doc. nº 1 los recibos unilateralmente elaborados por el arrendador, o por su asesoría, y firmados de su puño y letra, que eran entregados a los arrendatarios en mano una vez que éstos ya habían realizado el correspondiente ingreso en la cuenta bancaria. Por lo que, cuando el Sr. Hilario , les entrega el recibo correspondiente a cada mes, si habían abonado de más, se lo devolvía en efectivo, y si les faltaba dinero de abonar lo pagaban en ese momento también en mano.

Enero: 2.425 euros.

Febrero: 2.425 euros.



Marzo: 2.425 euros.

Abril: 1.212 euros.

Mayo: 2.425 euros.

Junio: 2.425 euros.

Julio: 2.475 euros.

Agosto: 2.475 euros.

Septiembre: 2.475 euros.

Octubre: 2.475 euros.

Noviembre: 2.475 euros.

Se ha extraviado el recibo del mes de Diciembre, pero se ingresaron 2.480 euros en lugar de 2.475 euros, devolviéndose la diferencia en mano por el Sr. Hilario .

El importe de 1.225 euros del mes de abril de 2010, obedece a un acuerdo entre propietario e inquilinos por la sustitución de la freidora y la campana de la cocina, a la que tienen que hacer frente los demandados al poco tiempo de hacerse caro del local (doc. nº 2 y 3).

.- Año 2011

Se aportan los recibos con los que se cuenta (doc. nº 4):

Febrero 2.623,50 euros, en el que se recogen también los 75 euros que faltaban de enero, por lo que se entiende queda saldado también el mes de enero.

Marzo 2.549,25 euros.

Abril 2.549,25 euros.

Mayo no se dispone del recibo por extravío, pero se ingresaron 2.500 euros entendiendo que el resto se pagó en mano al Sr. Hilario , al no decirse nada en el recibo del mes siguiente.

Junio 2.549,25 euros.

El 6-6-2011, tal y como consta en el extracto bancario aportado con la demanda, en concepto de "Goizalde descuento Venticlima", se ingresa por los demandados 1.473 euros, lo que obedece a haber descontado de la renta la factura de 753,08 euros que tuvieron que pagar a Venticlima, por la reparación del sistema de ventilación (doc. nº 5), descuento que contó con el beneplácito del Sr. Hilario quien firmo el recibo correspondiente mes de junio por el importe total.

Por lo que hasta Julio de 2011 no se debía cantidad alguna en concepto de renta.

.-a partir de dicha fecha tampoco se debe cantidad alguna en concepto de rentas, en tanto en cuenta lo que existe es un incumplimiento por el arrendador del cumplimiento de sus obligaciones, que se desarrollan en demanda reconvencional. En todo caso, la razón de la cantidad que se abona a partir de julio de 2011 y hasta mayo de 2012, los demandados comunican al arrendador la decisión de abonar sólo el 25 % de la renta (637,50 euros), en contraprestación por los daños que vienen sufriendo por culpa del nulo funcionamiento del sistema de aire acondicionado y extracción del local.

.-como consecuencia de los incumplimientos contractuales del arrendador, los demandados comunican la resolución unilateral del arrendamiento mediante acta notarial (doc. nº 16) en la que se ofrecía las llaves del local, se reclamaba la devolución de la fianza y se anunciaba la reclamación de daños y perjuicios.

.-con fecha 31-1-2013 son consignadas las llaves en el Juzgado, por lo que en ningún caso podrían reclamarse rentas por meses posteriores a esta fecha.

En el mismo escrito de contestación, con separación de hechos y fundamentos de derecho, se formula demanda reconvencional solicitando la condena de D. Ceferino y a la sociedad legal de gananciales en nombre de la que actúa, al pago de 105.962,28 euros, más lo que resulte del informe pericial, más los intereses, por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual del arrendador. Todo ello con expresa imposición al actor principal de las costas causadas, al apreciarse en su actuación procesal manifiesta temeridad y mala fe.

Los incumplimientos que se atribuyen al demandante y en que se sustenta dicha pretensión indemnizatoria, son:



.- incumplimiento de la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, al haber procedido a alquilar un local que en virtud del contrato y de la propia actuación personal del arrendador, estaba autorizado para la venta de alcohol y elaboración de comidas, cuando no contaba con las licencias administrativas pertinentes. Incumplimiento dotado de mala fe y actitud dolosa del arrendador, que conocedor de la situación administrativa de su local hace creer a los demandados la idoneidad del local para las actividades acordadas.

Se alega que el contrato de arrendamiento del local de negocio se celebró con la intención de destinar el mismo a la actividad de bar y servicio de comidas, intención real y conocida por ambas partes que resulta del exponiendo I, estipulación tercera y quinta del contrato.

A pesar de ostentar únicamente la licencia de degustación hasta la celebración del contrato de arrendamiento, se venía explotando como bar con la consiguiente venta de alcohol al público y se hacían y servían comidas y cenas, y otras actividades no autorizadas por la mencionada licencia municipal, como instalar máquinas recreativas, poner terraza o veladores en la vía pública, aportando a efectos acreditativos la lista de precios de la Asociación de Hostelería Arrasate que se mostraba en el local (doc. nº 23), escrito de Heineken reconociendo la existencia de la columna de cerveza con anterioridad al inicio del arrendamiento (doc. nº 24), y además el propio inventario de bienes del contrato de arrendamiento. Todo lo cual fue mostrado a los demandados para convencerles a alquilar el local, junto con el permiso de la terraza, las máquinas tragaperras con licencia y un informe de sanidad de uso de la cocina.

Que mediante resolución del Ayuntamiento de Arrasate de 16-1-2013, los demandados tienen expreso conocimiento de las actividades permitidas por la licencia de degustación-pastelería, y las no incluidas, como el uso de la cocina, plancha u horno, y la consumición de bebidas alcohólicas (doc. nº 25).

Asimismo, al no estar el local insonorizado, se debe limitar la emisión de decibelios.

Una vez conocido el engaño al que le había sometido al propiedad, presentan al Ayuntamiento una solicitud de apertura de expediente sancionador de 22-1- 2013 (doc. nº 26).

.-incumplimiento de la obligación de hacer en la cosa objeto del contrato las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, en el momento que se niega a llevar a cabo y a su costa, la sustitución de todo el sistema de aire acondicionado y extracción del aire el local, que impide que en el mismo se puedan desarrollar las actividades para la que se arrendó.

Se alega, en síntesis, que el sistema de aire acondicionado adolecía de problemas y fallos que le hacían inservible para dotar al local de la ventilación necesaria para desarrollar las actividades propias de bar.

Que a pesar de que el arrendador se cargo en un principio de las reparaciones del aire, cuando se llega a la necesidad de cambiar toda la instalación, se niega a llevar a cabo las obras, Los problemas comienzan nada más iniciarse el arrendamiento y se intenta solventarlos con reparaciones puntuales, pero con la llegada del verano de 2011 se observa la dificultad de trabar en un ambiente en el que se alcanzan 33º en el interior (doc. nº 9).

Que en un principio el Sr, Hilario accede a realizar las obras de sustitución del sistema, e incluso acuerda con Venticlima que le remitan a su domicilio el informe del técnico y el presupuesto, pero ni firma el mismo, ni contesta hasta el 29-6-2012 un año después y a través de su letrada, reconociendo estar en disposición de proceder a las obras (doc. nº 21).

Sin embargo, a pesar de ese anuncio, no terminan de firma la autorización de las obras preparada por Venticlima, ni solicitan licencia de obras al Ayuntamiento, por lo que los codemandados toman la difícil decisión de resolver el contrato en noviembre de ese mismo año (doc. nº 16).

.- todo esto ha acarreado multitud de problemas con sus consecuentes perjuicios económicos:

- 1.- Imposibilidad de vender cualquier tipo de alcohol.
- 2.-Imposibilidad de preparar ninguna comida.
- 3.- Obligación de cierre a las 22 horas.
- 4.-Trabajar a 33º en el interior del local.
- 5.- Disminución de la clientela por la falta de servicios y las altas temperaturas.
- 6.- Disminución de la plantilla hasta la extinción de todos los contratos de trabajo.
- 7.- Finalización de la relación contractual antes del tiempo estipulado.



Todo ello hace imposible destinar el local al uso de bar y servicio de comidas por lo que los demandados resuelven el contrato mediante acta de requerimiento notarial de 28-11-2012 (doc. nº 16), dándose copia al Sr. Hilario el 29 de noviembre quien el 30 de noviembre se persona en la Notaria aceptando la resolución unilateral del contrato por parte de los demandados.

.-la indemnización de daños y perjuicios viene integrada por la devolución de la fianza (5.000 euros), la devolución de las rentas abonadas (50.433 euros), el reintegro de las facturas de reparación y sustitución de electrodomésticos abonadas (4.901,07 euros facturas de Sanvi y Lahotz doc. nº 2 y 3, y 753,08 euros por la reparación de Venticlima doc. nº 5), el reembolso de los importes abonados en concepto de salarios e indemnización por despidos (44.875,13 euros, doc. nº 27), la cuantificación del año 2013 pendiente de arrendamiento por resolución anticipada y el lucro cesante por los ingresos que podrían haber obtenido de haberse encontrado el local en las condiciones adecuadas para el desarrollo de las actividades acordadas, anunciándose la presentación de informe pericial.

La representación procesal de D. Ceferino formula contestación oponiéndose a la pretensión deducida en su contra vía demanda reconventional, solicitando el dictado de Sentencia por que desestime íntegramente la misma, con expresa imposición de costas a la parte demandada- reconveniente.

CUARTO.- Expuestos los antecedentes básicos de la presente resolución y términos del debate en esta alzada, para la adecuada resolución tanto de los recursos de apelación como de la impugnación de Sentencia, ha de partirse de las siguientes consideraciones jurídicas.

La Juzgadora de Instancia califica el contrato de arrendamiento entre las partes como contrato de arrendamiento de industria, calificación jurídica no combatida en los recursos de apelación ni por la parte actora vía impugnación de Sentencia, y con la que esta Sala ha de coincidir en cuanto resulta ajustado de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, que en su sentencia de 25 de marzo de 2011, reitera lo declarado en sentencia de fecha 18 de marzo de 2009:

" Según destacada doctrina científica no cabe confundir el arrendamiento de un local de negocio para que el arrendatario establezca su propio negocio, con el arrendamiento de industria en funcionamiento, pues aquí se alquilan una serie de elementos -la empresa, las instalaciones, la clientela, etc.-, entre los que se encuentra el local, que ha de quedar fuera de la Ley arrendaticia, toda vez que, como dice el Texto Refundido de la Ley de 1964, donde la exclusión es tajante, lo que se alquila es "una unidad patrimonial con vida propia y susceptible inmediatamente de ser explotada o pendiente de meras formalidades administrativas".

Aunque algunos autores han manifestado la integración de los arrendamientos de industria en el régimen de la presente Ley, pues si el legislador lo hubiera querido, debió determinar la exclusión de forma expresa, como en el Texto Refundido de 1964; pero no obstante esta observación, de la interpretación del artículo 3 de la Ley de 1994 se desprende que no cabe equiparar el arrendamiento para una actividad industrial, que crea el arrendatario en el local objeto de locación, con el hecho de arrendar una industria en pleno funcionamiento y con los elementos precisos para ello.

La doctrina jurisprudencial ha proclamado que los arriendos de locales para negocio se diferencian de los de industria en que, respecto a los primeros, lo que se cede es el elemento inmobiliario, en cambio, en los segundos, el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora; por un lado, el local, como soporte material; y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, que conforman un todo patrimonial autónomo, sin que sea preciso que el arrendador facilite necesariamente todos los medios para la comercialización de la actividad comercial a desarrollar, que pueden ser ampliados o mejorados con los que aporte el arrendatario, incluso sustituidos, sin que ello afecte a la calificación y naturaleza del contrato como de locación industrial; además, dicho contrato queda extinguido cuando expira el término convencional, como dispone el artículo 1569.1 del Código Civil (por todas, STS de 8 de junio de 1998 y 7 de julio de 2006).

Partiendo de ello, como igualmente se señala en la resolución recurrida, excluido de la legislación arrendaticia especial, son de aplicación los arts. art. 1542 y ss Código Civil con respeto a lo pactado entre las partes de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

Con cita de la misma STS de 25-3-2011 "¿la sentencia dictada por la Sala Primera de este Tribunal, de fecha 18 de marzo de 2009, fija como doctrina jurisprudencial que la legislación aplicable a los arrendamientos de industria ha de ser la contenida en el Código Civil".

Dicho lo anterior, procede una exposición acerca del marco normativo de aplicación, y la doctrina relativa a la resolución de los contratos.

Son de cita obligada en lo que hace al caso los arts. 1554, 1555 y 1556 CC .



El art. 1554 establece que el arrendador está obligado:

"1º) A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato .

2º) A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada .

3º) A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato " .

El art. 1555 CC como obligaciones del arrendatario establece:

"1º) A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos.

2º) A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra.

3º) A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato.

El art. 1556 CC dispone:

"Si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente".

En cuanto a las obligaciones del arrendador , declara las SSTs de 18 de junio de 2001 y 8 de noviembre de 2004 , la entrega del local arrendado sin las condiciones necesarias para cumplir el destino pactado comporta un incumplimiento de la obligación de entrega impuesta al arrendador por el art. 1554.1º CC que faculta para el ejercicio de la acción llamada rescisoria por el art. 1556 CC , que, en realidad, es una acción resolutoria.» (STS 1ª - 22/12/2006)".

Pero con arreglo al art. 1554.2º CC el arrendador viene obligado no sólo a entregar la cosa en estado de servir al uso ó destino pactado, sino que también está obligado al deber de conservarla para facilitar su adecuada utilización durante la vigencia del arriendo.

Recuerda la STS de 29 de febrero de 2012 , que "El artículo 1554 CC , en sus números 2 y 3, con carácter general, así como el artículo 21 LAU de 1994 , de forma más específica, obligan al arrendador, por el tiempo del contrato, a hacer en la cosa objeto del contrato todas las reparaciones a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, y a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento, para lo cual el artículo 1559.2 exige al arrendatario poner en conocimiento del dueño, con la misma urgencia, la necesidad de todas las reparaciones comprendidas en el número 2º artículo 1.554, señalando el artículo 1556 que si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente (STS de 26 de noviembre de 2008 (RC núm. 2417/2003)".

Con carácter general podemos decir que por obras o reparaciones necesarias se entiende aquellas indispensables para que el inmueble arrendado pueda servir al uso convenido, abarcando cuantas sean precisas para lograr tal finalidad con sujeción al destino pactado, ya proceda la necesidad del mero transcurso del tiempo, del desgaste natural de la cosa, de su utilización correcta conforme a lo estipulado o, en definitiva, provengan de un suceso con las notas del caso fortuito o fuerza mayor. De igual modo está conservación o reparación en lo necesario tiene límites precisos, no debiendo incluirse las reparaciones menores ocasionadas por el uso ordinario que no llegan a impedir o obstaculizar gravemente el uso del inmueble y que se entienden a cargo del arrendatario.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 1964 , al referirse a dichas reparaciones, e interpretando lo que establece el artículo 1554, 2.º del Código Civil , fija su atención en el origen de dicha "necesidad", y procede a enumerar como causas que obligan a su realización el mero transcurso del tiempo, el uso ordenado que el arrendatario hace del inmueble arrendado, el desgaste de la cosa e, incluso, las consecuencias del caso fortuito y la fuerza mayor. Por su parte, la Sentencia del Alto Tribunal de 21 de noviembre de 1962 advierte que no se deben confundir las obras de reparación con las de adaptación, que se llevan a cabo antes de empezar el arrendatario el uso del local , con el fin de hacer las instalaciones para el fin a que fue destinado; y, por último, la sentencia de 11 de junio de 1948 declara que esta obligación -la de llevar a cabo las reparaciones necesarias- puede quedar excluida en virtud de pacto.

Ya la STS de 28 de junio de 1980 (núm. 237/1980) sostuvo que «la obligación positiva exigible al arrendador de hacer en la cosa arrendada las reparaciones necesarias en adecuado estado de uso, conforme a lo preceptuado en el artículo 1554, número segundo, del Código Civil , del que es trasunto el artículo 107 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos , según esta Sala tiene señalado (sentencias de 20 y 28 de febrero



de 1975), alcanza a cuantas sean precisas para lograr tal finalidad con sujeción al destino pactado en el contrato de arrendamiento, y proceda su necesidad del mero transcurso del tiempo, del desgaste natural de la cosa (con solución diversa a la del Derecho navarro, ...), a no ser que el desperfecto sea debido a culpa del arrendatario (artículo 1563) o que en virtud de lo acordado haya asumido ésta dicha obligación (sentencia de 2 de diciembre de 1972), ya que en tal supuesto "conductor omnia secum dum legem conductionis facere debet" como expresan los textos históricos (Decreto ley 25, párrafo tres, título dos, libro 19), por cuanto se trata de aspectos disciplinados por derecho dispositivo; Y en caso de incumplimiento por no ejecución o retraso en la efectividad de tales reparaciones, claro está que el arrendador resultará responsable de los daños ocasionados por su culposo proceder, evidenciado en este aspecto subjetivo por la conciencia de la necesidad de las reparaciones y la negativa o el retraso en la realización a pesar de haber sido constituido en mora por requerimiento del arrendatario u otro acto equivalente, como dispone el artículo 1556 del citado Código , en relación con el párrafo segundo del 1559. Y si bien el concepto de reparación hay que limitarlo a la mera corrección de los deterioros sufridos por la cosa sin que la obligación del arrendador pueda extenderse a lo que signifique reconstrucción o reedificación (sentencias de 26 de diciembre de 1942 , 3 de febrero de 1962 , 17 de junio de 1972 , 12 de noviembre de 1974 , 20 y 28 de febrero de 1975), es manifiesto igualmente que la inexigibilidad de tal conducta encaminada a la nueva creación de elementos desaparecidos o que se hallen en trance de desaparición, no constituye óbice a la viabilidad de la acción que asiste al arrendatario para alcanzar el condigno resarcimiento por el quebranto derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por la otra parte negocial (sentencias citadas de 20 y 28 de febrero de 1975), (...).Criterio éste contenido, entre otras, en sentencias de 20 de febrero de 1975 , 14 de diciembre de 1990 , 30 de enero y 2 de diciembre de 1991 y 17 de febrero de 1993 , obligación que encuentra su fundamento en el hecho de que si se impone al arrendatario soportar el devolver la vivienda al concluir el contrato en el mismo estado de conservación en que la recibiera, determina, correlativamente, el imponer al arrendador la realización durante la vigencia del contrato de aquellas reparaciones que resulten necesarias para la conservación de la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, quedando excluidas de la obligación impuesta al arrendador las que podrían denominarse reparaciones locativas, es decir, pequeñas reparaciones derivadas del desgaste por el uso ordinario de la vivienda y a las que alude el artículo 21.4 de la vigente Ley especial, las cuales serán, en todo caso, a cargo de la parte arrendataria."

En cuanto a la resolución contractual (ya hemos dicho que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en realidad la "rescisión" del art. 1556 CC es una acción resolutoria pudiendo citarse como más reciente la STS del Pleno 24-5-2016 , y asimismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo SSTS 13-11-85 , 10-6-87 , pone dicho precepto en estrecha relación con el art. 1124 CC), significaremos que el incumplimiento generador de legítimo motivo de resolución contractual deberá de ser grave y frustrante de las legítimas expectativas contractuales de la contraparte. Así se ha manifestado la jurisprudencia, al interpretar el art. 1124 del CC , al señalar que el incumplimiento que da lugar a la resolución "es el incumplimiento objetivo que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, incumplimiento básico de la obligación en sí misma considerada, es decir, no realiza la conducta en que consiste la prestación, es un incumplimiento propiamente dicho" (STS 1 de octubre de 2009).

Como indica STS 18-7-2012 "Para facultar la resolución unilateral en las obligaciones recíprocas, a instancia de quien no incumplió o incumplió justificadamente, la jurisprudencia exige que el incumplimiento revista cierta entidad, y así la sentencia 210/2008, de 14 de marzo , exige el incumplimiento grave, de "una obligación principal dentro de la economía del contrato"; y, en la 223/2011, de 12 de abril, con cita de numerosas anteriores, que se trate de un incumplimiento caracterizado como "verdadero y propio", "grave", "esencial", "que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes o bien genere la frustración del fin del contrato", "la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico".

En esta misma línea y en relación a la resolución de un contrato de arrendamiento de inmueble, podemos citar la STS 12-4-2012 , que afirma " Es doctrina reiterada de esta Sala que para resolver un contrato ha de darse un propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida la satisfacción económica de las partes hasta el punto de obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (SSTS de 4 de octubre de 1983 ; 25 de septiembre 2003 ; 1 de octubre 2009)" y la STS 19.7.2012 que añade " No todos los incumplimientos tienen carácter resolutorio, sino únicamente aquellos que suponen una verdadera ruptura de la esencia del contrato dejando sin sentido la obligación de la contraparte de cumplir las obligaciones contraídas. Quien solicita la resolución ha de estar en condiciones de cumplir por su parte lo que le incumbe y obviamente no podía estarlo quien, como ocurre en el caso presente con el arrendador, no podía seguir disponiendo de los locales arrendados al haber perdido la concesión que



le habilitó para celebrar -como arrendador- los contratos de arrendamiento. Al efecto , la sentencia núm. 834/2011, de 10 noviembre , señala que «la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin»".

En definitiva, la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha resaltado el papel del plano satisfactivo del cumplimiento en el contexto de la dinámica contractual (es de resaltar por el profundo estudio de la figura que realiza la STS 18.11.2013).

En cuanto a la determinación del incumplimiento contractual prevalente a efectos resolutorios en los supuestos de incumplimientos mutuos, a tenor de la jurisprudencia cabe atender a dos criterios: el criterio cronológico y el criterio causal. El primero establece que el incumplimiento anterior es el que dará lugar a la resolución y el segundo, que el incumplimiento que sea causa de otro es el que motivará la resolución. Puede citarse en tal sentido la STS de 15-7-2013 .

Asimismo se ha de señalar que en nuestro sistema jurídico la resolución contractual no opera de modo automático por el sólo hecho de que se produzca un incumplimiento, sino que, siendo una facultad del acreedor perjudicado, para que ésta efectivamente se produzca es necesario que el acreedor ejercite la facultad resolutoria. Y según reiterada jurisprudencia la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva -claro está- de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha estado bien hecha, o si ha de tenerse por indebidamente utilizada, lo que supone tanto como que la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama simplemente la procedencia de la ya operada. (Sentencias de 5 de junio de 1971 , 22 de diciembre de 1977 , 5 de noviembre de 1982 , 8 de julio de 1983 , 19 de noviembre de 1984 , 1 de junio de 1987 y 14 de junio de 1988 que cita todas las anteriores).

Respecto a los efectos de la resolución contractual también es preciso distinguir lo que es el efecto restitutorio y lo que es el efecto resarcitorio, distinto del primero y añadido al mismo.

El efecto principal de la resolución contractual es destruir los efectos ya producidos del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenían cuando aquél se celebró, en suma, la recíproca restitución de la cosa y del precio con sus frutos e intereses (art. 1303 CC y ss). La obligación de restituir lo recibido tiene su fundamento en la ley y por ello es consecuencia natural e ineludible de la resolución contractual.

La consecuencia o efecto resarcitorio deriva del art. 1124 CC así como en los arts. 1.101 y siguientes CC y resulta de la obligación de indemnizar los eventuales perjuicios que el incumplimiento contractual haya podido irrogar, ya que después de conceder al que hubiera cumplido con su obligación, la facultad de escoger entre exigir el cumplimiento y la resolución, le añade además el plus del resarcimiento del daño y abono de intereses en ambos casos.

En todo caso, respecto a los efectos o eficacia "ex nunc " ó "ex tunc " de la resolución contractual, en el contrato de arrendamiento con recíprocas obligaciones para ambas partes y de tracto sucesivo que se ha ejecutado en parte, la resolución del vínculo contractual opera "ex nunc".

Así las Sentencias del Tribunal Supremo 681/1998 y 692/2009 , entre otras, recuerdan que "si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen «ex tunc», colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera «"ex nunc"», produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual ".

En el mismo sentido la STS de 28-2-2002, que cita la anterior 681/1998 , y la STS de 15 de julio de 2002 que declara que el incumplimiento frustra el fin del contrato, cosa que justifica la retroacción de la resolución , pero si éste es de tracto sucesivo, la resolución no priva de valor a las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento que satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución operará para el futuro.

De forma más reciente podemos citar la STS de 30-7-2012 :



"2.1. Los efectos retroactivos de la resolución por incumplimiento.

43. El artículo 1124 del Código Civil, a salvo la referencia a la indemnización de daños y perjuicios, no regula los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes. Ante el silencio de la norma, la Jurisprudencia aplica el principio de restitución que late en los artículos 1303 y 1295 del Código Civil y en las previsiones contenidas en los artículos 1122 y 1123 del propio Código, de acuerdo con el cual la regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses "se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas" (sentencia 843/2011, de 23 de noviembre), lo que deviene aplicable a los casos de resolución porque, como sostiene la sentencia 99/2012, de 29 de febrero "la resolución del contrato produce, además de la finalización de las obligaciones que había generado (efecto liberatorio), el efecto restitutorio, con independencia de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que siempre será compatible con la restitución", por lo que los efectos de la resolución del contrato, como regla, tiene efectos retroactivos.

2.2. Los efectos de la resolución en contratos de tracto continuo.

44. Sin embargo, como hemos indicado en los contratos de tracto continuo, cuando las partes han satisfecho sus intereses íntegramente en el pasado, se trata de situaciones agotadas e irreversibles, por lo que, en la medida en la que es imposible destruir las prestaciones ejecutadas, como declara la sentencia 1311/2006, de 22 diciembre, "la regla sobre los efectos recuperatorios ex tunc (desde entonces) de la resolución del contrato no puede ser mantenida con carácter absoluto. La STS de 15 de julio de 2002 declara que el incumplimiento frustra el fin del contrato, cosa que justifica la retroacción de la resolución, pero si éste es de tracto sucesivo, la resolución no priva de valor a las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento que satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución operará para el futuro".

45. Esta es la solución del artículo 1458 del Código Civil italiano, a cuyo tenor "(l)a risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti i esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l'effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite" (La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, en relación con los que el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas). También la que ofrece el artículo 434.2 del portugués según el cual "(n)os contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas" (en los contratos de ejecución continuada o periódica, la resolución no incluye las prestaciones ya efectuadas, excepto si entre éstos y la resolución existe un vínculo que legitima la resolución de todas ellas).

46. Finalmente, esta es la solución que apuntan el apartado 1 del artículo 9:305 de los Principios de Derecho europeo de contratos, y el artículo 1204 de la referida Propuesta de Anteproyecto de Modernización a que nos hemos referido que, pese a no tratarse de reglas de Derecho positivo, tienen un valor doctrinal innegable. Según el primero "(l)a resolución del contrato libera a ambas partes de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones, pero de acuerdo con los artículos 9:306 a 9:308, no afecta a los derechos y obligaciones que se hubieran generado hasta el momento de la resolución". A tenor del segundo "(e)n la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto".

47. No obstante, la retroacción de prestaciones o efecto restitutorio afecta a las prestaciones que no son contrapartida o contravalor de las recibidas de la otra mientras estuvo vigente el contrato".

Para finalizar este apartado, procede recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la excepción de incumplimiento contractual (exceptio non adimpleti contractus), con cita de la Sentencia 294/2012, de 18 de mayo, en la que se explica el sentido de esta excepción en relación, primero, con la exigencia de cumplimiento y, después, con la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC :

"En esta línea, por cumplimiento de la obligación debe entenderse todo acto que comporte una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor. De esta forma, la valoración del cumplimiento requiere del contraste entre los actos reales llevados a cabo en la prestación y su posible ajuste o adecuación a los establecidos en el programa de prestación inicialmente pactado. La exactitud de la prestación ejecutada, por tanto, constituye un presupuesto para poder apreciar que el deber de prestación se ha realizado perfectamente cumplido. No es otro el alcance general que nuestro Código Civil otorga a la identidad y la integridad de la prestación como requisitos objetivos del pago, artículos 1157, 1166 y 1169, destacándose que "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía", que "al deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a recibir otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida", o que "a menos que



el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación".

Cuando esta razón de exactitud se quiebra, el demandado puede defenderse oponiendo a la demanda la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*). Dicha excepción, como se ha señalado con anterioridad, en el marco del carácter sinalagmático de la relación obligatoria y del principio de reciprocidad de las obligaciones, se ha consolidado, de manera general, como un derecho o facultad dispuesto para poder rechazar el cumplimiento de una obligación que no se ajuste a una exacta ejecución de la prestación debida con la consiguiente insatisfacción del acreedor, proyectándose sus efectos a paralizar o enervar la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación. Se trata, pues, de un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende, o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a su cargo mientras la otra parte no cumpla con exactitud (SSTS de 17 de febrero de 2003, 21 de marzo de 2001, y 12 de julio de 1991, . En esta línea, la doctrina jurisprudencial también ha precisado que la excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (SSTS de 26 de junio de 2002, 20 de junio de 2002, 28 de abril de 1999, 22 de octubre de 1997, y 3 de diciembre de 1992).

Delimitada, en estos términos, la correlación existente entre la acción de cumplimiento y la *exceptio non adimpleti contractus*, también conviene, en aras a la mejor comprensión del correcto alcance de los motivos y alegaciones vertidas en el presente caso, que puntualicemos, pese a su ineludible proximidad conceptual, las diferencias existentes en la correlación de la *exceptio non adimpleti contractus* y el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 del Código Civil. En primer término, y respecto a sus efectos, hay que señalar que la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación; por contra, la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio (STS de 5 de noviembre de 2007).

En segundo término, conforme a lo afirmado, y en relación al ámbito común de la valoración del incumplimiento, hay que señalar que la gravedad requerida en el incumplimiento se sitúa en dos planos o perspectivas que deben ser matizadas. Así, en la aplicación de la *exceptio*, resulta suficiente con que dicha gravedad o entidad del incumplimiento revele una quiebra básica o esencial respecto de la exactitud del programa de prestación acordado que, por lo general, seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se sumple satisfactoriamente. Sin embargo, en la dinámica resolutoria, la gravedad del incumplimiento debe proyectarse o generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que da lugar la diversa tipología de los llamados incumplimientos esenciales (imposibilidad sobrevinida fortuita, transcurso del término esencial, *aliud pro alio*, imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato (STS de 20 de diciembre de 2006)).

QUINTO.- Desde cuanto antecede, razones de sistemática y orden jurídico determinan proceda analizar y decidir primeramente sobre los motivos del recurso de apelación formulado por D. Luis Pablo y D. Amador a través de los cuales se combate la decisión de instancia desestimatoria de la demanda reconvenional, en cuanto su estimación conlleva como consecuencia jurídicamente necesaria la desestimación de la demanda. Y es que si la declaración de resolución contractual ha quedado extramuros del presente proceso, ya que tras la operada "transformación del procedimiento" de Juicio Verbal de Desahucio en Juicio Ordinario, ninguna de las partes litigantes ha instado la declaración de resolución contractual y, por ende, como argumenta la Juzgadora de Instancia, razones de congruencia (armonía entre el fallo de la resolución judicial y el *petitum* del suplico de la demanda tanto principal como reconvenional) determinan no proceda un tal pronunciamiento declarativo, igualmente lo es que en el caso enjuiciado, el debate se suscitó en torno al incumplimiento contractual durante la vigencia de la relación contractual que recíprocamente se imputan las partes como causa justificadora de la resolución contractual y consiguiente consecuencias económicas pretendidas, sin que ninguna de ellas aceptara la concurrencia de la causa resolutoria invocada por la contraria.

Y desde esta perspectiva, la cuestión que entraña la verdadera controversia del presente litigio consiste en determinar si nos encontramos ante un incumplimiento grave de las obligaciones que incumbían al arrendador que justifique las consecuencias económicas pretendidas por la parte arrendataria, que si se articulan vía indemnización daños y perjuicios en realidad además de efectos resarcitorios estricto sensu (salarios y finiquitos y lucro cesante), encierran los efectos restitutorios de la resolución contractual (devolución de rentas, fianza y gastos), siendo claro que de acogerse procede automáticamente el rechazo de la demanda principal por la parte arrendadora, en la que pretende hacerse efectivo el pago de las rentas que se alegan insatisfechas durante la vigencia contractual y que la parte demandada-reconveniente igualmente cuestiona, al margen del incumplimiento contractual que atribuye al arrendador.



Pues bien, habiendo llevado a cabo en el ejercicio de la facultad de revisión que ostenta el Tribunal en la segunda instancia en virtud de lo dispuesto en el art. 456.1 LEC , un examen de la totalidad de las actuaciones, incluido el visionado de la reproducción videográfica de la practicada en el acto del juicio, en relación a los argumentos de las partes en sus respectivos escritos de alegaciones tanto en la instancia como en apelación, este Tribunal en la labor de supervisión de la razonabilidad del discurso valorativo de la prueba y el relato fáctico resultante, ha de compartir con la Juzgadora de Instancia que no puede considerarse que el arrendador incumpliera con la obligación de entregar la cosa objeto del contrato en estado de servir al uso convenido (art. 1554.1º CC), pero ha de concluirse que no ha valorado lo actuado en su justa medida en cuanto a al incumplimiento de la obligación de realizar las reparaciones necesarias en estado de servir para el uso a que ha sido destinada (art. 1554.2º CC) en relación la obligación asumida por el arrendador en la estipulación duodécima del contrato de arrendamiento y sus consecuencias económicas.

Respecto del **incumplimiento contractual** del arrendador por no disponer del local de la licencia de actividad que autorizaba los usos pactados en el contrato, puede afirmarse que de los propios hechos referidos en la demanda reconvenicional se percibe la inexistencia de elementos para poder imputar a la parte arrendadora la **inhabilidad del objeto de arriendo para el uso pactado** y consiguientemente transferir legítimamente el daño que se alega sufrido del patrimonio de los arrendatarios al arrendador, y no obstante el esfuerzo argumentativo desplegado por la parte apelante en el recurso en aras a sustentar el error en la valoración de la prueba por la Juzgadora "a quo" y obtener una conclusión favorable a la pretensión revocatoria de la Sentencia de instancia, lo cierto es que la alternativa de valoración probatoria que se plantea no es posible alcanzar de una valoración conjunta de la prueba, al encerrar aquella una propuesta de valoración, parcial e interesada de la prueba practicada, lo que claramente aboca a la desestimación del motivo de apelación invocado.

La primera consideración que ha de hacerse por exigirlo los argumentos de la recurrente, aunque no es objeto de este pleito pretensión alguna relacionada con el especial tratamiento jurídico que se predica respecto de los contratos de adhesión, es que el contrato de adhesión es aquel en que la esencia del contrato, y sus cláusulas, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) (SSTS de 28-11-1997 y 13-11-98). Son los redactados únicamente por una de las partes y en los que a la otra solo le es permitido la manifestación de su aceptación o, eventualmente, de su rechazo (STS 27-7-1999).

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos lo único que puede concluirse de lo actuado es que el documento contractual fue redactado o confeccionado por Olga , de la asesoría de D. Hilario , siendo su contenido similar al contrato de arrendamiento que previamente el arrendador tenía suscrito con la anterior arrendataria (obra al folio 469, doc. nº 1 aportado con la contestación a la reconvenición) pero la circunstancia de que la reglamentación contractual haya sido redactada por una de las partes, o más concretamente en este caso, por encargo de una de las partes, no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido libremente, pues lo relevante es si aquella reglamentación se alcanzó con total libertad de obrar y decidir (STS 30-5-1998), que es lo que ha de estimarse en cuanto este extremo es cuestión ni siquiera planteada en la demandada reconvenicional, que no puede olvidarse no tiene por objeto la nulidad del contrato por error y/o dolo en el consentimiento, sino una pretensión indemnizatoria por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Dicho lo precedente, y en cuanto al fondo del motivo que nos ocupa, lo que se alega en la demanda reconvenicional es, sintéticamente, que el arrendamiento se celebró con la intención de destinarlo a la actividad de bar y servicio de comidas y que se ocultó maliciosamente por el arrendador, induciéndole a engaño, que la licencia de degustación ¿pastelería con la que contaba no autorizaba dicho destino, y se afirma que los arrendatarios tiene expreso conocimiento de las actividades permitidas por dicha licencia y de las no permitidas mediante resolución del Ayuntamiento de Arrasate de 16-1-2013, que se aporta como doc. nº 25.

Pues bien, el destino pactado y que la actividad de bar era la que se desarrollaba inmediatamente antes del arrendamiento y que carecía de licencia para tal actividad y sí sólo licencia de degustación, son hechos incontrovertidos, pero difícilmente cabe considerar que se sustrajera a la parte arrendataria la información que se aduce y menos mediante artificios engañosos y que concurra un incumplimiento contractual por la parte arrendadora por inhabilidad del objeto, cuando precisamente en la estipulación tercera del contrato lo que se pacta es la facultad resolutoria de la parte arrendataria para el supuesto de "prohibírsele la venta de alcohol o cualquiera de las actividades que hasta la fecha se han venido ejerciendo". No se hará abstracción tampoco de la cláusula décima que recoge "El arrendatario declara conocer las características y estado de conservación del local y aceptarlas expresamente, así como su calificación urbanística y los usos actualmente permitidos".



Achacar omisión de información acerca de la carencia de permiso para venta de alcohol y cocina, cuando se pacta como causa resolutoria del contrato a instancia de la parte arrendataria que ésta se encontrara con la circunstancia de la prohibición de dichas actividades, que en suma se corresponde con el destino pactado en la estipulación quinta de "actividades de hostelería hasta la fecha ejercidas" no se sostiene.

Y por lo mismo es absurdo mantener que al tiempo de concertar el arrendamiento la hoy parte apelante no conociera que la licencia de degustación no permitía el desarrollo de dichas actividades, a salvo no leyera el contrato previamente a su firma, lo que además de carecer de toda lógica sólo sería imputable a la falta de una mínima diligencia de la parte arrendataria, máxime cuando ha de considerarse que son profesionales del ramo siendo que éste era el segundo establecimiento hostelero que iba a explotar, no resultando verosímil que no se haya adoptado la diligencia mínima de cerciorarse de dicho aspecto administrativo cuando según indica el Sr. Amador supuso una inversión de 65.000 euros. Pero es que a más de ello resulta que el Sr. Amador declara "tenemos una asesoría que nos repasó el contrato", asesoría de Elgoibar distinta a la del Sr. Hilario que redactó el contrato en referencia a la Sra. Olga y a la que posteriormente explica contrataron sus servicios por cercanía.

Si lo precedente sería suficiente, tampoco pasará inadvertido al Tribunal la cronología de los hechos y las circunstancias concurrentes que impiden amparar la versión de los hechos que sostiene la parte apelante. Nos explicamos.

Obra en autos Resolución de la Alcaldía de 15-2-2010 dirigida a la dirección donde radica el establecimiento objeto de arriendo, en la que se recoge que habiendo aparecido en un medio de comunicación local información relativa a la actividad de Degustación Goizalde en la que los datos relativos al horario de la citada actividad no se recogen de forma correcta, se recuerda que de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza Municipal de Instalación de Bares, Cafeterías y Similares, el horario de funcionamiento de la actividad es el comprendido entre las 8 h. y las 22 h., sin distinción entre días ordinarios y festivos (folio 445, doc. nº 25 de la demanda reconvenicional).

Resolución a la que debe entenderse se refiere el Sr. Amador en su declaración en el acto de juicio, cuando preguntado sobre las dificultades con las que se han encontrado en la actividad en relación a la licencia que se disponía, señala que lo único el horario que se nos mandó en carnavales que nos recordaba que había que cerrar a las 22:00 horas, y luego en principio nada, que el Ayuntamiento no dijo nunca que no pudiesen vender alcohol o que no pudieran hacer uso de la cocina como se estaba haciendo.

Desde aquella fecha 15-2-2010, apenas mes y medio después de la suscripción del contrato de arrendamiento que data del 30-12-09, hasta el 23-11-2012, esto es, prácticamente tres años de vigencia de la relación contractual, no consta actuación alguna por parte de la arrendataria, ni siquiera en orden a esclarecer la razón de la limitación del horario si tenemos en cuenta que lo que se aduce por el Sr. Amador en juicio es que se desconoce todo lo relativo a licencias y que el destino pactado comprendía servir comidas y también cenas.

La precitada fecha de 23-11-2012 es la fecha de inicio del expediente NUM004 a solicitud del Sr. Luis Pablo sobre información de la situación administrativa de la actividad de degustación (folios 446 a 449, que integran también el doc. nº 25 de la demanda reconvenicional), y por tanto sin ninguna relación con una posible solicitud de información sobre la licencia de obras para la ejecución de las obras tendentes a solventar el problema del aire acondicionado a la que se refiere el Sr. Amador en juicio como el momento en que tiene conocimiento de que el local carece de la pertinente autorización administrativa para desarrollar en el local las actividades de hostelería pactadas.

Y dicha solicitud de información sin razón aparente que la justifique dada su no relación con la licencia de obras precitada y el tiempo transcurrido desde la fecha en que tuviera la comunicación por el Consistorio sobre horarios y que el propio Sr. Amador declara que durante la vigencia del contrato no se ha producido incidencia alguna en el desarrollo de la actividad por razón del ámbito objetivo de la licencia de degustación, se formula sin embargo cinco días antes del otorgamiento del acta de requerimiento notarial de resolución de fecha 28-11-2012 (folio 421, doc. nº 16 de la demanda reconvenicional), es decir, cuando ya las relaciones entre las partes por razón de la problemática surgida con el aire acondicionado y pago parcial de la renta se encontraban en un punto de desencuentro total. Ya también la parte arrendadora había formulado demanda de desahucio por falta de pago de las rentas, datando la fecha de entrada de 15-11-2012, siendo emplazados los recurrentes en la misma fecha en que se practica a su instancia requerimiento de resolución contractual al Sr. Hilario, el 29-11-2012.

Si todo ello se valora en conjunción con el contenido contractual en los términos que han quedado reseñados, lo que se vislumbra es que la instancia Sr. Luis Pablo solicitando información de la situación administrativa de la actividad de degustación se encuadra en una



En resumen, de todo lo actuado lo que resulta es que aquella circunstancia que se esgrime como constitutiva de una de las causas de incumplimiento contractual con alcance resolutorio y base de la pretensión indemnizatoria deducida vía reconvenición, era conocida por la parte arrendataria y la asumió y aceptó, decisión cuyo acierto no corresponde valorar a este Tribunal, pero desde luego el riesgo empresarial no puede pretender trasladarse a la otra parte contratante que no incurrió en el incumplimiento contractual que se le atribuye.

SEXTO.- Sobre el incumplimiento de la obligación de realizar las obras necesarias para la sustitución del sistema de aire del local (art. 1554.2º CC) en relación la obligación asumida por el arrendador en la estipulación duodécima del contrato de arrendamiento.

Como se ha anticipado que se discrepa de la valoración probatoria efectuada en la instancia, por lo que a continuación se argumenta.

De la lectura del Fundamento de Derecho Séptimo apartado B) de la resolución recurrida, lo que se infiere es que la conclusión a la que llega la Juez "a quo" es que no existe en autos acreditación de incumplimiento por parte del arrendador de haber entregado el local con el sistema de aire acondicionado en condiciones para destinar el local al uso convenido y que no cabe tampoco atribuir incumplimiento grave de la obligación de realizar las reparaciones necesarias durante la vigencia del contrato, condenando a la parte arrendadora-reconvenida de los gastos de sustitución de electrodomésticos (facturas de Sanvi y Lanhotz, doc. nº 2 y 3 de la demanda) y factura de reparación de Venticlima (doc. nº 5 de la demanda) por ser cantidades cuyo pago correspondía a dicha parte con arreglo al contrato. Asimismo resuelve la devolución de la fianza por acogerse la condena al pago de las rentas pendientes y no satisfechas.

Acerca del estado del local e instalaciones al tiempo del arrendamiento, ha de partirse de los términos del contrato y, en defecto de pacto, se presume iuris tantum que el arrendatario recibió el local en buen estado (art. 1562 CC), bien entendido que recibir en "buen estado" no significa recibir "nueva" sino en lo que hace al caso en condiciones de desarrollar normalmente la actividad para cuyo destino se arrienda. Ahora bien ello lo es sin perjuicio de las obras necesarias a cargo del arrendador que puedan surgir.

En el presente caso, en el contrato suscrito el 30-12-09 con efectos el 1-1-2010, apartado exponiendo se recoge en tal sentido es que los arrendatarios han visto y comprobado el local, encontrándolo a su entera satisfacción, solicitando que se les arriende, y en la estipulación décima que el arrendatario declara conocer las características y estado de conservación del local y aceptarlas expresamente. Asimismo en el ámbito convencional se convino que eran de cargo y cuenta del arrendatario el mantenimiento de las máquinas y aparatos del local y de cargo y cuenta del arrendador la reposición de las máquinas y aparatos en el caso de que no sean susceptibles de reparación (estipulación duodécima),

Y como razona la Juzgadora de Instancia la prueba documental aportada a efectos de acreditar los problemas de funcionamiento del sistema de aire acondicionado con carácter previo a la celebración del contrato de arrendamiento (doc. nº 6 y nº 7 de la contestación a la demanda), no pueden surtir la eficacia probatoria pretendida por la parte arrendataria, cuando de su contenido y a falta de conocimientos técnicos en la materia (no se interroga a los testigos empleados de Venticlimia al respecto), no cabe inferir falta de funcionamiento ó defectuoso funcionamiento de aquél y sí en su caso tareas de mantenimiento. En cuanto a la factura de fecha 30 de Junio de 2010 de Lanhotz (doc. nº 8 de la contestación), el técnico de Venticlima Sr. Alexis , a preguntas de la dirección letrada de la parte actora-reconvenida, declara que se trata de tareas de mantenimiento.

Sin embargo, del análisis de la prueba practicada queda suficientemente acreditado el incumplimiento de la obligación del arrendador de reparar el sistema de aire acondicionado a partir de Junio de 2011.

El testigo Sr. Alexis , técnico de Venticlima, a preguntas de la dirección letrada de la parte demandada:

.-que han estado varias veces en el local, concretamente porque es un equipo que no tenía mantenimiento y cuando tenían problemas les avisaban y recuerda que avisarían y fueron y la placa electrónica estaba estropeada, que si no funciona la placa no funciona el equipo, y se cambió la tarjeta y el equipo quedo en marcha, funcionando, pero a los dos o tres días avisaron que no se conseguía refrigerar el local y se miró el equipo y funcionaba pero era viejo más de 20 años y no se conseguía refrigerar el local, que era verano y si se pedía una temperatura x no la conseguía.

.- que estuvo en verano y recuerda que en un parte de trabajo se indicaba una temperatura de 27-28º.

.-que cree que el aviso lo daban los inquilinos, que él no tuvo contacto con el propietario pero el técnico Sr. Eduardo sí.

.-previa exhibición del doc. nº 5 de la demanda, integrada por la factura y el parte del servicio correspondiente a los días 9 y 13 de Mayo 2011, explica que se corresponde a los trabajos antes referidos, y que no se trata de una reparación normal.



.-preguntado si propusieron a los inquilinos que era hora de cambiarlo, señala que él como técnico sabe que se hizo algún presupuesto para cambiar la instalación.

.-preguntado si les daban avisos continuamente, señala que él recuerda que veranos muy calurosos y tuvieron que ir varias veces.

A preguntas de la dirección letrada de la parte demandada:

.-que hasta mayo de 2011 no recuerda algún problema serio

.-solicitándose aclare a qué se hace referencia cuando indica que pese a sustituirse la placa la instalación era insuficiente, responde que imagina que cuando se hizo el proyecto para instalación ese equipo en ese local los focos de calor eran menores y la maquina más de 20 años y por propio desgaste de piezas, eso unido a focos de calor(lavavajillas, máquinas de bar, etc) y veranos de bastante calor no se podía bajar la temperatura a la deseada quizá

.-preguntado acerca del dato de 27º en verano, señala que lo ha leído en unos de los partes antes de venir y cree que era verano , no sabe si ese día era muy caluroso o que hora de la mañana , según le han dicho había días con bastante más calor

.-preguntado si con ese sistema de aire insuficiente en período invernal llevaría a alcanzar esas temperaturas, responde no, no, claro que no, supone que no, al contrario supone que haría falta de calefacción

.-y preguntándose que entonces es un tema que podía afectar al período estival, responde que sí.

El testigo Sr. Eduardo , a preguntas de la dirección letrada de la parte demandada:

.-que instalaron el aire acondicionado en Goizalde hace más de 20 años

.-preguntado si les dan partes de aviso por averías desde Diciembre de 2009, responde que cuando nos llaman

.-preguntado sobre si el trabajo de sustitución de placa no es de mantenimiento sino avería importante según refiere el anterior testigo, responde que así es, y que en máquinas tan antiguas las averías son importantes y que en este caso se averió la tarjeta y se buscó una solución provisional porque no existen repuestos para esas máquinas tan antiguas

.-y que la solución definitiva es cambiar la máquina, reconociendo el documento nº 12 de los aportados con la contestación a la demanda y demanda reconvenicional (folio 412 de las actuaciones).

.-preguntado si estos problemas los trataba también con la propiedad, responde que con las dos partes, y en alguna ocasión ha hablado con el hijo de Olea en nombre de su padre.

.-que él redactó el presupuesto para el cambio de la máquina reconociendo el documento nº 13 de los aportados con la contestación a la demanda y demanda reconvenicional (folio 413 de las actuaciones) y que los envió tanto a los arrendatarios como a la propiedad.

.- reconociendo el documento nº 14 de los aportados con la contestación a la demanda y demanda reconvenicional (folios 418 y 419 de las actuaciones) como el plan de trabajo para la nueva instalación elaborado por Venticlima, manifiesta que lo envió por fax a Olga

.- reconociendo el documento nº 15 de los aportados con la contestación a la demanda y demanda reconvenicional (folio 420 de las actuaciones) como el documento de autorización de la sustitución de la maquina para suscripción por la propiedad, responde que no se devuelve firmado.

.- reconociendo los documento nº 9 y 10 de los aportados con la contestación a la demanda y demanda reconvenicional (folio 408 y 409 de las actuaciones), preguntado quien da aviso según parte, responde que Hilario y que se indica que no funciona y que están a 33º según refiere el que llama.

A preguntas de la parte demandante:

.-preguntado si la insuficiencia del sistema de aire acondicionado depende también de la temperatura exterior, responde que sí y de las cargas térmicas que tenga el local, que no es lo mismo un día muy caluroso y otro día de temperatura más suave.

.-preguntado si esa insuficiencia afectaba a días puntuales, responde que en este caso al ser máquina tan vieja y sobre todo a período estival.

A la vista del resultado de dicha prueba testifical, testigos a quienes ninguna parcialidad o subjetividad cabe achacar, y cuyas declaraciones permiten una adecuada interpretación y valoración de la documental consistente en los partes de servicio de Venticlima, puede concluirse suficientemente esclarecido y acreditado que a partir de mayo de 2011 el sistema de aire acondicionado del local presenta deficiencias importantes,



habiéndose procedido a la sustitución de la placa ó tarjeta electrónica, elemento esencial del sistema, pero sin que se lograra que el sistema cumpliera su función con normalidad, haciéndose necesaria su reposición por razón de la antigüedad del mismo y la inexistencia de piezas de sustitución. Y asimismo una valoración conjunta de dicha testifical con la documental obrante en autos permite concluir probado que el Sr. Hilario era conocedor de la inviabilidad de una reparación del aire acondicionado y la necesidad de su sustitución desde el mes de Junio de 2011.

Así, después de los trabajos de sustitución de la placa en fechas 9 y 13 de mayo de 2011, en fecha 21-6-2011 Venticlima recibe nuevo aviso con indicación en el parte de asistencia apartado avería " Hace poco estuvimos y no funciona el A. Acondicionado. Están a 33º" y en cuanto a la intervención "El funcionamiento del equipo es correcto. Comprobar conducción de aire y bocas de salida. Cambio filtro de aire. Retorno 27ºC. T impulsión 13 º", "A pesar de que el funcionamiento del equipo es correcto, no consigue mantener una temperatura deseada."La temperatura del local no es idónea para el público". En el apartado "Reparación concluída" se indica "No". (doc. nº 9 de la contestación a la demanda, folio 408 de los autos).

En fecha 27-6-2011 Venticlima recibe nuevo aviso con indicación en el parte de asistencia apartado avería " Dice que no enfría. Se ha gastado 700 euros en la última fra y no va. Quedar con él y con Luis Pablo para darle una solución definitiva" y en cuanto a intervención "El cliente va a abrir un acceso para sustituir el extractor. La puerta de cocina y entrada deberían estar cerradas. Mandaremos un informe y presupuesto". En el apartado "Reparación concluída" se indica "No"(doc. nº 10 de la contestación a la demanda, folio 409 de los autos).

Este parte de asistencia que hace clara alusión a que se enviará presupuesto de sustitución del sistema de aire acondicionado, está suscrito en el apartado de cliente usuario por el Sr. Hilario , por lo que difícilmente puede sostenerse, como se hace en contestación a la demanda reconvenicional, que fuera desconocedor de la necesidad de sustitución del equipo hasta Noviembre de 2011.

Llegados a este punto, y no pudiendo hacerse abstracción que la obligación de reposición de dicha instalación del local recae sobre el arrendador y, por ende, es a quien incumbe adoptar las medidas o realizar las gestiones en orden al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, diremos que igualmente queda desvirtuado el alegato esgrimido en contestación a la demanda reconvenicional que el arrendador no fuera conocedor del presupuesto aportado como documento nº 13 de la contestación a la demanda (folio 413 de las actuaciones) hasta fecha posterior al requerimiento de 23-11-2011 (doc. nº 2 de la contestación a la demanda reconvenicional).

El testigo Sr. Eduardo , quien elabora el precitado presupuesto de 6-7-2011, declara que lo envió tanto a los arrendatarios como a la propiedad, y que también envió por fax a Olga el plan de trabajo para la nueva instalación (doc. nº 14 de los aportados con la contestación a la demanda y demanda reconvenicional, folios 418 y 419 de las actuaciones). Si dicha declaración se valora en relación a las fechas de envío a la parte arrendataria del presupuesto, 15- 7-2011, y la Sra. Olga del plan de trabajo, 11-7-2011, como el plan de trabajo para la nueva instalación elaborado por Venticlima, manifiesta que lo envió por fax a Olga , razones de lógica y sentido común llevan a considerar que el presupuesto fue enviado por Venticlima a la propiedad sino en las mismas fechas sí en fechas próximas.

E incidiendo más si cabe en el aspecto relativo al conocimiento que el arrendador tenía desde aquellas fechas perfecto conocimiento del problema que presentaba el aire acondicionado, no se hará abstracción que con fechas 14 y 29 de Julio de 2011, los arrendatarios a través de mandatario, remiten sendos burofaxes al arrendador (doc. nº 17 y nº 18 de la contestación, folios 426 y 429 de las actuaciones), y si no consta justificante de recepción del primero y sí únicamente del segundo, admitiendo la parte actora la recepción de éste y no así del primero, sí consta la imposición en correos del burofax con acuse de recibo en fecha 14 de Julio y su envío a la misma dirección que el segundo de ellos, que no es otro que el domicilio del Sr. Hilario , y siendo el burofax con acuse de recibo un medio de comunicación fehaciente no concurre razón alguna para su no recepción a salvo la propia voluntad del Sr. Hilario ó se encontrare ausente de su domicilio hasta la fecha de disponibilidad para proceder a su recogida en la oficina de correos, sobre lo que nada se ha alegado.

El siguiente requerimiento es el de fecha 23-11-2011 (doc. nº 2 de la contestación a la demanda reconvenicional).

Previamente los arrendatarios dan parte de siniestro a su compañía aseguradora, aportando con la contestación a la demanda informe pericial elaborado por el Sr. Maximo , indicándose en el mismo como fecha de asignación el 26-9-2011 y fecha de terminación el 29-9-2011, y en el mismo se recoge que tras la visita efectuada se ha comprobado que al poner en marcha el acondicionador el mismo trabajaba pero sin producir frío alguno hasta el punto que siendo las 09 horas de la mañana en el local la temperatura oscilaba sobre los 31º cuando en la calle era de 22º. Y que en la verificación del local se ha comprobado que no existe ningún tipo de maquinaria que pudiese producir calor adicional, la existencia de productor de hielo máquina para expender



cerveza, frigoríficos y elementos en la que cocina propios del negocio no son los que en el momento de nuestra verificación pueden desfasar el funcionamiento del aire acondicionado.

Y concluye en el apartado valoración:

"En nuestra opinión se debería reparar en profundidad el sistema tanto de producción de frío como conducciones o reponer por nuevo dado que su antigüedad así lo podría aconsejar, esto quedaría a expensas de que efectuado el desmontaje se comprobasen las causas y avería del sistema".

Informe que nada nuevo aporta respecto al criterio técnico de la empresa especializada en el sistema de aire acondicionado en los términos que han quedado reseñados, confirmándolo más si cabe.

Frente a lo precedente, nos encontramos con que la única prueba obrante en autos acerca del proceder del arrendador es una comunicación en fecha 29-6-2012 (doc. nº 21 de la contestación a la demanda, folio 439), en el que se indica que tras el requerimiento efectuado en fecha 23-11-2011, por el que ponían en conocimiento de la propiedad los problemas detectados con el aire acondicionado (ya ha quedado dicho que el arrendador es conocedor de dichos problemas desde Junio de 2011), se encuentra en disposición de proceder a la sustitución del aparato de aire acondicionado instando a que se pusieran en contacto con el despacho de la letrada a fin de gestionar la ejecución de la obra necesaria a tal efecto. Y se añade que con el precitado requerimiento se entiende se da cumplimiento a lo dispuesto en el apartado duodécimo del contrato de arrendamiento, siendo la demora en la ejecución de la obra y sus consecuencias imputables únicamente a los arrendatarios.

Se alegaba en la contestación a la demanda reconvenional que previamente a dicha fecha, los primeros meses del año 2012 el arrendador mostró su disposición a costear la sustitución del aire acondicionado pero que al mismo tiempo solicitaba la puesta al día en el pago de la renta. Y que dado que las partes no llegaban a un entendimiento, se remitió la precitada comunicación con clara intención de cumplir con las obligaciones asumidas contractualmente.

Sin embargo amén de lo que más adelante se argumenta, nada de ello se ha acreditado y el Sr. Amador niega que se hubiere recibido reclamación de rentas hasta la demanda de juicio de desahucio.

En cuanto a la incidencia del defectuoso sistema del aire acondicionado en el desenvolvimiento de la actividad comercial, ha de estar a la prueba testifical de la Sra. Guillerma (quien trabajó para los arrendatarios en Goizalde como ayudante de cocina durante 4 ó 5 meses, no recordando el período concreto) y de la Sra. Sabina (quien trabajó en Goizalde como camarera desde Marzo de 2010 hasta Agosto de 2012), testigos a quienes tampoco ninguna parcialidad o subjetividad cabe achacar.

La Sra. Guillerma a preguntas de la dirección letrada de la parte demandada-reconveniente declara:

.- que hacía muchísimo calor tanto en la cocina como en el bar y que de hecho ella tuvo un par de mareos.

.-preguntada sobre la temperatura, señala que ella puede decir que pelaban patatas y las ponían en agua y hielo y para 8 de la tarde tenían espuma del calor que hacía. QU

.-que había quejas de los clientes, que pedían que se pusiera el aire acondicionado, que cuando se llenaba hacía muchísimo calor y de hecho muchas veces se iban del local en invierno porque hacía un calor inmenso y no se podía estar.

.-que dejó de trabajar porque encontró otro trabajo con más horas y por tanto mejor condiciones, más sueldo.

A preguntas de la dirección letrada de la parte demandante-reconvenida:

.-preguntado si cogió alguna baja fruto de los inconvenientes que ha relatado, responde que una vez que se mareo fue a urgencias y le dijeron que un par de días o tres estuviera descansando, pero no cogió baja, y que le recomendó que cambiara de trabajo.

.-preguntada si en el periodo que trabajo dejaron de servir comidas, responde que un día se había ido la luz y les mandaron a casa y a la hora les volvieron a llamar para trabajar.

La testigo Sra. Sabina a preguntas de la dirección letrada de la parte demandada-reconveniente declara:

.- que había problemas con el aire acondicionado, que no salía aire frío, salía el aire caliente y hacía mucho calor detrás de la barra y era incómodo para trabajar, habiendo tenido hasta 38º dentro del bar y han tenido que tener ventiladores porque no hay ventanas, sólo una puerta y no corría el aire.

.-preguntada si servían comidas, responde que al principio si, pero luego ya no, porque se acumulaba mucho calor

.-que los clientes se quejaban mucho, que en verano sólo entraban a coger de la barra lo que iba a tomar y salían a la calle.



A preguntas de la dirección letrada de la parte demandante-reconvenida:

.-preguntada si cogió alguna baja o no pudo ir a trabajar por las condiciones que ha relatado, responde que ella no.

Ya hemos argumentado sobre la necesaria sustitución del sistema de aire acondicionado constatada desde finales de Junio de 2011 así como su conocimiento por el arrendador, y de una valoración lógica y racional de la prueba testifical de quienes fueran empleadas de los arrendatarios puede concluirse que la falta de su reposición no permitía el desenvolvimiento normal ó con normalidad y pleno desarrollo de un negocio abierto al público destinado a la actividad de hostelería, sin que para alcanzar dicha convicción sea preceptivo exigir condiciones extremas que conlleven la baja de las empleadas ó el cierre del negocio, como viene a argumentar la Juez de Instancia. Haciéndose necesario asimismo distinguir entre lo que constituye el incumplimiento contractual y los daños y perjuicios consecuencia del mismo. Consideración que se realiza dados los razonamientos de la Juzgadora acerca de los datos sobre cifra de negocios que resultan del documento nº 27 de la contestación a la demanda, ya si se utilizan a los efectos que se hacen, no se advierte la razón de ser del análisis comparativo de los datos del ejercicio económico 2012 con los del año 2010 y no con los del 2011, respecto del cual sí se constata disminución.

Y si es cierto que finalmente el arrendador mostró su disposición a solucionar el problema surgido, no lo es menos que ello se produce transcurrido un año desde que tuviera conocimiento de la necesidad de proceder a la reposición de la instalación de aire acondicionado, y la obra al final no se ha llevado a cabo por falta de acuerdo entre las partes que aboca en la resolución contractual.

En definitiva, valorando de nuevo en esta alzada la prueba practicada en la instancia, la Sala discrepando de la Juez de Instancia entiende que con los elementos probatorios existentes y una valoración conjunta de su resultado, ha quedado acreditado de forma suficiente el incumplimiento por el arrendador del art. 1554.2º CC en relación a la obligación contractualmente en la estipulación duodécima de reposición de las máquinas y aparatos en el caso de que no sean susceptibles de reparación. Incumplimiento que consideramos esencial.

Lo que traslada la cuestión a las consecuencias pretendidas como derivadas de dicho incumplimiento contractual, lo que se realiza en el siguiente fundamento jurídico.

SÉPTIMO.- La primera consideración que ha de hacerse es que si fruto del pronunciamiento anterior la Sala debería entrar a examinar con plenitud de jurisdicción sobre las consecuencias que de dicho incumplimiento contractual se postulan por la demandada-reconveniente en cuanto a través del recurso de apelación, en cuyo suplico se solicita la desestimación íntegra de la demanda y estimación íntegra de la demanda reconventional, no pueden obviarse las limitaciones derivadas de la prohibición de la "reformatio in peius".

Y es que como ha quedado dicho, si la Juzgadora de Instancia rechaza la existencia del incumplimiento contractual que constituye el presupuesto de la indemnización de daños y perjuicios que la parte arrendataria-reconveniente pretendía, por el contrario condena a la parte arrendadora-reconvenida al pago de gastos de sustitución de electrodomésticos (facturas de Sanvi y Lanhotz, doc. nº 2 y 3 de la demanda) y factura de reparación de Venticlima (doc. nº 5 de la demanda), además de a la devolución de la fianza por acogerse la condena al pago de las rentas pendientes y no satisfechas. Y si la condena dineraria por tales conceptos no es fijada en base a una indemnización de daños y perjuicios, dichos pronunciamientos no sido objeto de impugnación por la parte actora- reconvenida, única parte perjudicada, por lo que este Tribunal no puede volver a pronunciarse al respecto, centrando nuestro análisis al resto de partidas reclamadas.

No obstante lo anterior, matizar que tiene parcial reflejo en el pronunciamiento de fondo que se emitirá al resolver sobre los motivos de recurso respecto a la demanda principal siendo que la propia demandada-reconveniente aduce el pago en menos de algunas de las mensualidades de renta en virtud de acuerdo alcanzado con la propiedad tendente a compensar parte dichos gastos.

Desde cuanto queda dicho, recordar que no todo incumplimiento contractual genera por si solo un derecho de resarcimiento, sino que es preciso la producción de unos daños y perjuicios reales, incumbiendo su debida acreditación a la parte que alega su producción, en este caso la parte reconveniente, así como la prueba del necesario nexos causal entre los daños y perjuicios y el incumplimiento que se atribuye al arrendador y se ha declarado probado (STS 15-6-2010).

El artículo 1101 del Código Civil : "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas." Y en el 1106 del mismo cuerpo legal: " La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes."



Partiendo de ello, no puede conceptuarse indemnizable el importe de las rentas satisfechas, por cuanto además de no poder obviarse que no es sino a partir de Junio de 2011 cuando se hace patente la necesidad de sustitución de la instalación de aire acondicionado, lo cierto es que a pesar del incumplimiento por el arrendador de la obligación que le correspondía y que la falta de reposición del sistema de aire incidiera en el desenvolvimiento normal y pleno desarrollo de dicha actividad como se ha razonado más arriba, la arrendataria siguió ocupando los bienes objeto de arriendo y desarrollando la actividad hostelera hasta que procede a la entrega de llaves el 31-1-2013, lo que obsta a la consideración de pérdida de utilidad de la prestación a su cargo satisfecha y, por ende, daño emergente. En este sentido se señalará que la propia parte arrendataria ante el incumplimiento del arrendador procede a pagar a partir de Julio de 2011 un 25 % de la renta como se alega en compensación de los daños y perjuicios. Por lo que y sin perjuicio de lo que a este último respecto se argumenta al resolver sobre la reclamación de rentas por el arrendador, no cabe acoger esta partida.

En cuanto a salarios abonados a los trabajadores únicamente podría considerarse como tal daño emergente en caso de que dicho pago no hubiera tenido la correlativa prestación de trabajo por razón de no permitirlo las condiciones del local en relación al funcionamiento del aire acondicionado. Sin embargo en el presente caso de lo actuado no puede establecerse tal relación causa-efecto. Ni siquiera las testigos propuestas por los reconvenientes manifiestan nada en tal sentido.

Respecto a las cantidades abonadas en concepto de indemnizaciones a los trabajadores, la única cantidad que resulta abonada en tal concepto del documento nº 27 es la de 67,30 euros en el ejercicio económico 2010 y ya hemos dicho que los problemas con la instalación de aire acondicionado han de situarse a partir de Junio de 2011, por lo que no puede concluirse que el abono de dicho importe ó coste soportado por la parte reconveniente corresponda a indemnización por despido relacionada con las condiciones del local por razón del deficiente funcionamiento del aire acondicionado.

Y la reclamación por lucro cesante además de que su cuantificación se remitía en la demanda reconvenional a la aportación de informe pericial que no se ha producido, ha quedado carente de todo soporte probatorio en cuanto a su propia existencia ó producción, debiendo recordarse la doctrina jurisprudencial reiterada que establece que la alegación de lucro cesante exige no sólo la posibilidad de haber obtenido ganancias, en caso de no haberse producido el evento, sino que los perjuicios han de apreciarse restrictivamente y ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener beneficios, sin que sean dudosos o ambiguos, fundados en esperanzas o expectativas más o menos fortuitas; manteniendo un criterio de especial rigor probatorio, excluyendo las ganancias hipotéticas o imaginarias, y comprendiendo únicamente las utilidades que puedan considerarse como más o menos ciertas, concretas y acreditadas.

OCTAVO.- Resuelto todo lo anterior, se analizarán conjuntamente por su estrecha relación los motivos de apelación esgrimidos por los codemandados apelantes e impugnación de Sentencia formulado por la parte actora-reconvenida en relación al pronunciamiento de condena al pago de las rentas que constituye el objeto de la demanda principal rectora del presente proceso.

Como antecedentes señalaremos que la parte actora cuantificó en el acto de audiencia previa la cantidad reclamada en concepto de rentas en importe de 45.166,01 euros en lugar de 45.466,01 euros cifrados en la demanda, aduciendo sobre la base de las alegaciones en escrito de contestación del codemandado Sr. Cirilo haberse incurrido en error de cálculo consistente en aplicar a las mensualidades de renta correspondientes al primer semestre de 2010 el IVA del 18 % en lugar del 16 %, por lo que la renta en dichas mensualidades debe cifrarse en 2.425 euros en lugar de 2.475 euros, manteniendo el resto de cálculos contenidos en el escrito de demanda.

En síntesis, dicho importe de 45.166,01 euros resulta de computar el total de la cantidad que se alega debía haberse abonado en concepto de rentas desde el inicio de vigencia de la relación contractual en Enero de 2010 hasta la entrega de la posesión del establecimiento objeto de arrendamiento, en Febrero de 2013, y el importe total de los ingresos efectuados por los demandados en la cuenta bancaria del finado D. Hilario designada en el contrato de arrendamiento a efectos del pago de la renta (estipulación segunda).

La postura de los codemandados por el contrario puede sintetizarse en que se encontraban al corriente en el pago de las rentas hasta Julio de 2011, alegando que de contrario se omite toda referencia a los recibos firmados y entregados por D. Hilario como justificante del pago de las rentas. Que no deben computarse como pagos únicamente los efectuados mediante ingreso bancario, sino que dichos ingresos han de valorarse conjuntamente con los recibos que D. Hilario entregaba firmados de su puño y letra a los arrendatarios una vez que éstos habían efectuado aquél ingreso, alegando que si el ingreso efectuado era superior al recibo de la renta aquél devolvía la diferencia en metálico y viceversa, si el ingreso efectuado era inferior al recibo de la renta los arrendatarios efectuaban el pago en metálico.



Y en cuanto a las rentas devengadas a partir del mes de Julio de 2011 como ya ha quedado reseñado anteriormente la oposición a la reclamación de contrario se fundamenta en la excepción de incumplimiento de contrato por el arrendador, habiendo procedido a partir de dicha fecha al abono del 25 % de la renta en contraprestación por los daños que vienen sufriendo por culpa del nulo funcionamiento del sistema de aire acondicionado y extracción del local. Y que, en todo caso, habiendo sido consignadas las llaves el 31-1-2013 en el Juzgado no podrían reclamarse rentas por meses posteriores a esta fecha.

La Juzgadora de Instancia rechaza otorgar virtualidad probatoria de pago a las facturas aportadas por el Sr. Amador y Sr. Luis Pablo, en atención a la postura procesal del Sr. Hilario de negar que sirvan para acreditar el pago del importe que documentan en relación a la inexistencia de prueba de entregas dinerarias en mano ó metálico que se alega por aquellos, por lo que concluye que los únicos pagos que pueden tenerse por acreditados son los realizados en la forma pactada en el contrato, ingreso en la cuenta de Kutxa nº NUM003 titularidad del Sr. Hilario, con la salvedad de la mensualidad del mes de Enero de 2010 otorgando virtualidad probatoria de pago a la factura aportada por el Sr. Cirilo por falta de impugnación de dicho documento por el actor y que no existe doble medio de prueba del pago, razonando que la entrega de un recibo firmado por el arrendador a los arrendatarios no puede por menos de considerarse un acto concluyente, citando la SAP Pontevedra de 29 de Enero de 1993.

Pues bien, cabe anticipar que la Sala ha de disentir de la decisión de la Juzgadora de Instancia, concluyendo que tampoco en este punto ha valorado en su justa medida lo actuado, por lo que a continuación se argumenta.

Comenzaremos por señalar que si con arreglo a las reglas sobre distribución de carga de la prueba (art. 217 LEC), la prueba del hecho extintivo de una obligación incumbe a quien lo alega, igualmente lo el art. 217 LEC es un precepto general que se encuentra en relación de subordinación respecto a aquellos preceptos que regulan específicamente una materia, y que las presunciones establecidas por la ley dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorece (art. 385 CC), y una de ellas es la que contiene el art. 1189 CC en relación al art. 1188 CC. Preceptos estos dos íntimamente relacionados, en cuanto el art. 1189 CC viene a establecer una presunción "iuris tantum" para facilitar la aplicación del precedente art. 1188 CC.

Así el art. 1188 que en su primer párrafo dispone "La entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo" y el art. 1189 añade "Siempre que el documento privado de donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, a no ser que se pruebe lo contrario".

En aplicación de dichos preceptos, en los casos en que el deudor tenga en su poder el documento del que resulte la deuda, se entenderá que, salvo prueba en contrario, le fue entregado de forma voluntaria por el propio acreedor. La prueba destructora de la presunción establecida en este precepto correrá a cargo del acreedor, que deberá demostrar que no hubo tal entrega, que la misma no fue voluntaria o, que de serlo, su finalidad no era la de perdonar o remitir la deuda.

Se trata de presunción legal "iuris tantum" susceptible de desvirtuación mediante prueba, que con arreglo al art. 385.2 LEC podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

En su proyección al caso, ha sido admitido por el actor la entrega voluntaria de las facturas de renta debidamente suscritas y que obran aportados por los codemandados (advertir dada la razón de ser del distinto tratamiento que la Juzgadora de Instancia otorga a la factura de renta del mes de Enero de 2010 aportado por el Sr. Cirilo respecto a los aportados por el Sr. Amador y Sr. Luis Pablo que un mero análisis comparativo de dichos documentos permite concluir sin dificultad que los aportados por estos últimos son los originales y el aportado por el Sr. Cirilo mera copia), pero niega que acrediten el pago, reconociendo como únicos pagos los que se reflejan en los movimientos bancarios de la cuenta bancaria donde se pactó había de efectuarse el pago.

Posición procesal que no puede tener favorable acogida, y no sólo porque ante esa entrega voluntaria de las facturas debidamente firmadas juega a favor del deudor la presunción de que la posesión se justifica por haberse efectuado su pago, sin que se haya ofrecido ninguna explicación acerca de la entrega de las facturas firmadas sino se había efectuado la integridad del pago tal y como mantienen los arrendatarios, si no porque si nos atenemos a la integridad del pago, nos encontramos con los siguientes datos que precisamente determinan como conclusión el pago de la totalidad de las rentas hasta el mes Julio de 2011.

AÑO 2010

.-renta mensual del primer semestre del año 2010: 2.425 euros (2.500 euros más 16 % de IVA menos 19 % de retención).

Los pagos efectuados mediante ingreso bancario: 2.450 euros el 1-2-2010, 2.400 euros el 3-3-2010, 1.225 euros el 6-4-2010, 2.425 euros el 4-5-2010, 2.450 euros el 4-6-2010.

Las facturas suscritas por el Sr. Hilario inclusive la de la mensualidad de renta de Enero de 2010, por importe de 2.425 euros, a salvo la del mes de Abril por importe de 1.212,50 euros (1.250 euros renta, más 16 % IVA, menos 19 % de retención).

El Sr. Amador y el Sr. Luis Pablo alegaron en el escrito de contestación a la demanda que el pago en abril de 1.225 euros obedecía a un acuerdo entre propietario e inquilinos por la sustitución de la freidora y de la campana de la cocina a las que tuvieron que hacer frente al poco tiempo de hacerse cargo del local, adjuntando como Doc. n.º 2 y 3 de la contestación sendas facturas de Sanvi y Lanhotz, y si como se señala por la Juzgadora de Instancia no existe prueba del acuerdo verbal invocado y el importe de las facturas no se corresponde con la cantidad abonada de menos en concepto de renta, como tampoco con la suma del precio de freidora y la campana de la cocina (matizaremos que las facturas en las que se facturan, valga la redundancia la freidora y la campana de la cocina, datan de Enero y Febrero de 2010), obviamente si el propio arrendador emite en abril de 2010 una factura por este importe habrá de considerarse probado que éste era el importe de la renta a abonar en esa mensualidad. Y a falta de toda otra alegación y justificación por el arrendador de la razón de ser de esta cuantificación de la renta del mes de Abril de 2010, la explicación de los arrendatarios se presenta lógica y racional. De hecho si la parte actora en la demanda en la liquidación efectuada computaba la renta íntegra del mes de Abril y en el acto de audiencia previa ninguna rectificación realiza con base a la factura aportada por los demandados (doc. n.º 3 de la contestación), en impugnación de Sentencia aunque nada menciona sobre la versión de los demandados, viene a asumir que la mensualidad de la renta de Abril de 2010 es la precitada al afirmar que esta factura está pagada mediante el ingreso bancario de 1.225 euros.

Es decir, y omitiendo lo relativo al mes de Enero de 2010, comparando pagos y facturas de este primer semestre de 2010 resulta que los arrendatarios han abonado 10.950 euros cuando el total a pagar era de 10.912,50 euros.

.-renta mensual del segundo semestre del año 2010: 2.475 euros (2.500 más 18 % de IVA menos 19 % de retención).

Los pagos efectuados mediante ingreso bancario, todas las mensualidades 2.480 euros a salvo el pago de 2.475 euros el 4-8-2010.

Las facturas suscritas por el Sr. Hilario 2.475 euros/mes. No obra en autos la factura correspondiente a la renta del mes de Diciembre pero es indiscutido su abono, constando el ingreso de 2.480 euros el 3 de Diciembre.

Es decir, comparando pagos y facturas de este segundo semestre de 2010 resulta que los arrendatarios han abonado 14.875 euros cuando el total a pagar era de 14.850 euros.

AÑO 2011

Renta mensual durante todo el año según las facturas emitidas y suscritas por el arrendador: 2.549,25 euros (2.575 euros que no 2.500 como cifra la parte actora en la demanda, más 18 % de IVA menos 19 % de retención).

Los pagos efectuados mediante ingreso bancario hasta Julio de 2011: 2.500 euros el 5-1-2011, 2.500 euros el 4-2-2011, 2.600 euros el 7-3-2011, 2.600 euros en abril mediante sendos pagos de 1.000 y 1.600 euros los días 5 y 6 de abril respectivamente, 2.500 euros el 6-5-2011 y 1.743 euros el 6-6-2011. Consta como concepto de este último pago "GOIZALDE DESC.VENTICLIMA"

Las facturas suscritas por el Sr. Hilario : Febrero de 2011 2.623,50 euros resultante de adicionar a la renta mensual de 2.575 la diferencia de 75 euros del mes de Enero, más 18 % de IVA y menos el 19 % de retención; y 2.549,25 euros los meses de marzo, abril y junio de 2011.

No obran en autos las facturas correspondientes a la renta del mes de Enero y Mayo de 2011 pero está probado su abono.

Es decir, comparando pagos y facturas de este primer semestre de 2011 resulta que los arrendatarios han abonado 14.443 euros cuando el total a pagar era de 15.295,50 euros.

La diferencia de 852,50 euros resulta del importe de 753,08 euros correspondiente a la factura de Venticlima obrante en autos como doc. n.º 5 descontado de la mensualidad de renta del mes de Junio, habiéndose abonado además de menos en esta mensualidad unos 50 euros y 49,25 euros de menos de la mensualidad del mes de Mayo.

En cuanto al descuento de la factura de Venticlima se alega en contestación a la demanda que contó con el beneplácito del arrendador y así ha de concluirse si se tiene en cuenta el parte de servicio de Venticlima de fecha 27-6-2011 que como más arriba se ha señalado está suscrito por el Sr. Hilario y en el cual se recoge en



el apartado de "AVERIA" "Dice que no enfría. Se ha gastado 700 euros en la última fra y no va. Quedar con él y con Luis Pablo para darle una solución". Texto que si bien escrito por el técnico de Venticlima valorado en conjunción con quien suscribe el apartado de cliente (ya hemos dicho el Sr. Hilario) y al hecho de la mención a la persona de Amador , es decir, el Sr. Amador , es claro que la otra persona a la se refiere es el Sr. Hilario , y la factura a la que hace mención es la factura antes citada y aportada como doc. nº 5 de la contestación a la demanda.

Atendiendo a lo expuesto, se concluye sin dificultad alguna que a salvo las mensualidades de renta de Abril de 2010 (se aplica descuento por freidora y campana) y Junio de 2011 (se aplica el descuento de la factura de Venticlima), los arrendatarios desde el inicio de la relación contractual ingresaban en la cuenta bancaria del Sr. Hilario designada como medio de pago un importe que o bien se corresponde exactamente a la renta mensual (las menos veces), o bien una cantidad un poco superior (la práctica totalidad de los meses), redondeando al alza la renta (año 2010 renta de 2.425 euros se ingresa 2.450 euros, renta de 2.475 euros se ingresaba 2.480 euros, año 2011 renta de 2.549,45 euros se ingresa 2.600 euros) o bien una cantidad un poco inferior, redondeado a la baja la renta (año 2010 renta de 2.425 se ingresa 2.400 euros, 2011 renta de 2.549,25 euros se ingresa 2.500 euros), como igualmente se concluye sin dificultad que el importe de menos que se abonaba en algunas de las mensualidades quedaba abonado con el importe de más que se abonaba en el mes anterior ó posterior. Y esto es así hasta el mes de Junio de 2011 inclusive. A esta fecha de los datos que han quedado reseñados resultaría un saldo deudor de un importe de 37,50 euros. Cuantía ínfima que no permite cuestionar la integridad del pago.

Partiendo de ello, y que es indiscutido que el arrendador hizo entrega mensualmente a los arrendatarios y hasta Junio de 2011 de la factura correspondiente suscrita de su puño y letra el arrendatario se halla en posesión de la práctica totalidad facturas hasta Junio de 2011, la Sala entiende que no encontramos ante un acto inequívoco del pago de las rentas hasta la precitada mensualidad del mes de Junio de 2011 inclusive, y, por tanto también de la factura del mes de Enero de 2010 que se reclama. Si no obra en autos la factura del mes de Junio de 2011 ya se ha razonado al respecto del motivo del pago de 1.743 euros ese mes y sobre la prueba que permite concluir la avenencia del arrendador.

Ahora bien, habiendo considerado la Juzgadora de Instancia la condena del arrendador al pago de las facturas de Sanvi y Lanhotz (doc. nº 2 y 3 de la contestación) y de Venticlima (doc. nº 5 de la contestación), cuando por razón de parte del importe de las primeras y de la integridad del importe de la segunda se paga la mitad de la renta del mes Abril de 2010 y se minorra la renta del mes de Junio, habrán de computarse como pendientes de pago estas cantidades, es decir, 1.225 euros como 50 % de la renta del mes de Abril de 2010 y 753,08 euros del mes de Junio de 2011.

Desde lo que antecede, y siendo indiscutido que a partir de Julio de 2011 y hasta Mayo de 2012 la parte arrendataria procede al pago del 25 % de la renta, sin abonar cantidad alguna desde Junio de 2012 hasta Enero de 2013, la cuestión pendiente de resolver radica en si el incumplimiento por el arrendador de su obligación de reposición ó sustitución del sistema de aire acondicionado justifica que la parte arrendataria quede exonerada del pago de la cantidad no abonada.

A este respecto se dirá que si ciertamente como se razona en la resolución recurrida el ordenamiento jurídico no ampara la decisión unilateral del arrendatario de aplicar una minoración de la renta a pagar y el art. 1556 CC únicamente prevé la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios, ó sólo esto último, dejando subsistente el contrato, no lo es menos que ha quedado probado de forma suficiente el incumplimiento contractual previo del arrendador. De forma resumida, con remisión a lo argumentado precedentemente: el deficiente funcionamiento del sistema de aire acondicionado desde Junio de 2011 haciéndose necesaria su sustitución, que de ello era conocedor el arrendador y que pese a los requerimientos de la parte arrendataria al efecto ninguna gestión o actuación lleva a cabo, constando únicamente en autos una comunicación a través de su dirección letrada el 29-6-2012 mostrando su disposición a llevar a cabo la sustitución del aire acondicionado.

Y establecido el incumplimiento previo imputable al arrendador ante la reclamación del pago de la renta por la parte arrendadora, la parte arrendataria puede oponer la excepción de contrato no cumplido por la parte contraria. El hecho de ser la parte arrendadora la primera en reaccionar formulando reclamación judicial frente al incumplimiento de la arrendataria no sana el incumplimiento propio y previo, y tampoco cabe reproche a la parte arrendataria a los efectos que nos ocupan por no haber instado la resolución contractual, ya que ello no excluye el incumplimiento del arrendador y éste conocía las razones por las que se optó por el pago parcial de la renta, lo que se prolongó además más de un año hasta que la parte arrendadora asimismo instara la resolución judicial del contrato.

Como se ha señalado más arriba en el ámbito de las obligaciones bilaterales, ningún contratante podrá pedir el cumplimiento de la prestación que se le adeuda mientras no cumpla con la suya frente a la otra parte, y en el presente caso la obligación asumida por la arrendadora atendida la finalidad a la que sirve ha de calificarse como prestación fundamental para la arrendataria cuando del arrendamiento de un negocio de hostelería se trata, quedando probado que a partir de Junio de 2011 no se encontraba en condiciones de ser utilizado normalmente y en plenitud de desarrollo.

Por lo que el incumplimiento de la parte arrendadora como excepción opuesta por la arrendataria ha de ponderarse a la hora de delimitar las consecuencias económicas pretendidas, siendo cuestión diversa que la consecuencia o efecto de dicha excepción no pueda ser la que despliega durante la vigencia de la relación contractual, al haber quedado resuelto el contrato, debiendo enmarcarse por ello en el ámbito de la liquidación de la relación contractual que es en la que se incardina la pretensión deducida por una y otra parte en el presente procedimiento.

En base a todo ello, se concluye que el arrendatario no puede quedar liberado de la obligación de pago que se le reclama por no encontrarnos ante un supuesto de inviabilidad total de la actividad comercial, pero sí se justifica su minoración. Y atendiendo a la trascendencia y repercusión de cada incumplimiento y los efectos económicos para cada una de las partes en aplicación de criterios de proporcionalidad y equidad, se cifra en un 50 % , por lo que debe asumir el pago de la mitad de las rentas desde Julio de 2011 hasta el momento de desalojo con la entrega de las llaves el 31-1-2013, ambos inclusive.

Por tanto, la cantidad a abonar por la parte arrendataria a la parte actora en concepto de rentas asciende a un total, s.e.u.o., de 18.129,21 euros, con el siguiente desglose:

.-1.225 euros como 50 % de la renta del mes de Abril de 2010.

.- 753,08 euros del mes de Junio de 2011.

.-3.822,75 euros año 2011: 50 % de 15.295,50 euros renta de Julio a Diciembre de 2011 menos la cantidad abonada por la parte arrendataria 3.825 euros.

.-11.133,50 año 2012: 50 % de 28.492 euros (2.475 euros x 2 meses de Enero y Febrero; 2.330,50 x 6 meses de Marzo a Agosto; 2.389,75 x 4 meses de Septiembre a Diciembre) menos la cantidad abonada por la parte arrendataria 3.112,50 euros.

.-1.194,88 euros año 2013: 50 % de 2.389,75 euros renta Enero.

NOVENO.- Para finalizar, resuelto que ha quedado en los términos precedentes la pretensión de la parte actora de reclamación de rentas, decae el motivo de impugnación de dicha parte relativo al pronunciamiento sobre costas procesales de la instancia.

DÉCIMO.- En materia de costas procesales de esta alzada, en cuanto a los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de los Sres. Luis Pablo y Amador y la representación procesal del Sr. Cirilo respectivamente, dada la estimación parcial del primero de los recursos y estimación íntegra del segundo, no ha lugar a pronunciamiento alguno (Art. 398.2 LEC).

En cuanto a la impugnación formulada por la representación procesal de los Sres. Hilario Elisenda Lina , dada su desestimación se imponen a la parte impugnante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pablo y D. Amador , contra la Sentencia dictada en fecha 17 de Junio de 2.013 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bergara en autos Juicio Ordinario 311/2012.

2º.- Estimar la impugnación formulada por la representación procesal de D. Cirilo contra la mencionada resolución.

3º.- Desestimar la impugnación formulada por la representación procesal de D^a Lina , D^a Elisenda y D. Hilario contra la misma resolución.

4º.- Revocar parcialmente la Sentencia de instancia en el sentido de fijar la cantidad objeto de condena en concepto de rentas en 18.129,21 euros, manteniendo el resto de pronunciamientos.



5º.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de esta alzada ocasionadas por la apelación formulada por la representación procesal de D. Luis Pablo y D. Amador .

6º.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de esta alzada ocasionadas por la apelación formulada por la representación procesal de D. Cirilo .

7º.- Imponer a la parte impugnante las costas procesales de esta alzada ocasionadas por la impugnación de Sentencia formulada.

Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer recurso de **casación** , en los supuestos prevenidos en el art. 477 de la L.E.Civil y recurso **extraordinario por infracción procesal** de conformidad con lo previsto en el art. 469 de la L.E.Civil , en el plazo de VEINTE DIAS ante esta Sala (art.479.1 en relación al recurso de casación y en el art. 470.1º en relación al recurso de Infracción procesal) de conformidad con el art. 208.4º de la L.E. Civil .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2000 para la interposición de los recursos anteriormente mencionados será precisa la constitución de depósito en la cuenta de esta Sección num. 1895 0000 00 núm. de procedimiento.

Dentro del plazo legal devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.