

Máquinas tragaperras y arrendamiento de local de negocio

José M. RODRIGUEZ TAPIA

La sentencia de 21 de febrero de 1991, de la Sala 1.^a del TS ¹, puede suponer, a menos que una segunda la contradiga ^{1 bis}, el cierre de una controversia ² judicial y legal que se ha extendido por España en los últimos años y que se ha caracterizado por la ausencia de una uniformidad de criterios preocupante para los empresarios del sector de hostelería, que se han dirigido a la Fiscalía general solicitando la adopción de medidas e instrucciones para unificarlos y saber a qué atenerse ³.

La mencionada sentencia de 21 de febrero de 1991 resolvía entre otras la cuestión de si instalar unas máquinas de las llamadas tragaperras en un establecimiento de hostelería implica subarriendo o traspaso parcial del local de negocio en favor de un tercero, la llamada empresa operadora (en términos de la regulación administrativa, cuya última redacción se contiene en el R.D. de 27 de abril de 1990, Reglamento de máquinas recreativas y de azar). Dice el TS que su propia doctrina sentada sobre el subarriendo, esto es, que no se exige el carácter permanente de la ocupación del local y la introduc-

ción de un extraño en la relación arrendaticia, bastando con acreditar que una tercera persona usa el local arrendado en provecho propio, no es aplicable al caso: «... aunque en su misma literalidad sean exactas no cabe, en una línea de elemental razonabilidad, aplicarlas al caso de autos para que por la mera circunstancia de que efectivamente está instalada una máquina tragaperras, y al margen de reconocer que la propiedad o los beneficios derivados pueden ser de otra tercera persona distinta al arrendatario, se concluya que se ha producido una auténtica cesión por introducción ilegal de un tercero en la explotación del local de negocio». Concluye el Tribunal que «dentro de un entendimiento de una justicia razonable, (no) se puede alcanzar tal conclusión jurídica, lo que sería un despropósito que, incluso, podría hasta impedir o frustrar la explotación normal de un negocio de hostelería, por la mera realidad de que por parte del arrendatario se hubiese instalado cualquier artefacto, instrumento o instalación usual para el desempeño de un cometido o actividad empresarial, por el simple dato de que tal artefacto fuese de la pertenencia de una tercera per-

¹ Ponente: D. Luis Martínez-Calcerrada.

^{1 bis} Al estar en imprenta este trabajo, he tenido noticia (fragmentaria) de una sentencia del TS, de fecha 10 de octubre de 1991, que parece contradecir la mencionada de 21 de febrero de 1991. El Tribunal Supremo considera admisible la resolución por subarriendo porque el arrendatario ha traspasado el límite de lo razonable, por tanto no amparable por la «justicia razonable» que alegaba el ponente de la Sentencia de febrero pasado.

El TS considera que instalar cinco máquinas en un local es subarriendo lo que puede ser discutible de acuerdo con las tesis de este trabajo. Si el tercero no participa de la explotación global del local, ya sea por título parciario o societario, no hay propiamente subarriendo. Lo que hay es cambio de destino del local, pues como bien dice la STS de 10 de octubre de 91 las tragaperras han dejado de ser complementarios o accesorios en el negocio. El Supremo, al estimar la resolución por subarriendo, está supliendo la carencia de la LAU y de su aplicación jurisprudencial, que no estima explícitamente que el cambio radical de negocio vaya contra el art. 1.555.2 CC, contumazmente declarado inaplicable, y sea causa de resolución. Como ya he dicho, la calificación de subarriendo sería correcta, a mi entender, si las tragaperras son el único negocio, mercancía o servicio que dispensa ese local al público (ver a este respecto el punto número 7, *in fine*, de este trabajo).

Reproduzco a continuación el Fundamento Jurídico de esta sentencia, que añado a nuestro estudio:

«El último de los motivos denuncia infracción del artículo 114-2.^a y jurisprudencia que lo interpreta. El problema se reduce a determinar si la colocación de máquinas conocidas como tragaperras en un local arrendado sin permiso del arrendador y pertenecientes a distinto dueño, comporta un subarriendo inconsentido. Es correcta la cita de jurisprudencia de esta Sala según la cual se produce subarriendo cuando, aún parcialmente, un tercero ajeno a la relación arrendaticia y sin autorización del arrendador, usa en su provecho el local arrendado en connivencia con el arrendatario, sin que sea precisa la presencia física de aquél. También es cierto que esta Sala, en una *sentencia de 21 de fe-*

brero de 1991, ha declarado que la colocación de una máquina en local arrendado cuyos beneficios puedan ser de tercera persona «en algún caso, dentro del entendimiento de una justicia razonable», no puede entenderse como cesión por introducción ilegal de un tercero en la explotación. Tal conclusión jurídica, dice la sentencia, «podría hasta impedir o frustrar la explotación normal de un negocio de hostelería». Por ello, en aquel caso no se dio lugar a la resolución. *Para decidir, el presente caso, esta Sala no permanece ajena a la realidad social que manifiesta la existencia generalizada en locales de negocio de máquinas y servicios de diverso tipo (tabaco, teléfonos, dulces, juegos, apuestas, etc.) pertenecientes y explotados por distinto dueño. Tiene presente que dichos elementos extraños al contrato contribuyen o complementan lo necesario para un moderno desarrollo de la actividad comercial. Pero debe evitar que este criterio tolerante ampare a supuestos en los que las máquinas o servicios, por su entidad, lleguen a desnaturalizar el objeto y el carácter del arrendamiento, a alterar la actividad económica del negocio por no ser proporcionados al resultado del mismo. Y en el caso de autos es inconcuso que las máquinas tragaperras son cinco en el local de cien metros y 70.000 pesetas de renta y que su rendimiento superará con creces los límites que permiten calificar su presencia como elementos auxiliar o complementario. Por ello, procede dar lugar al motivo»*

² Sobre esta materia vid. García López. Las máquinas recreativas y de azar, conocidas por «máquinas tragaperras» como causa de resolución de arrendamientos urbanos. La Ley, núm. 2.616, 13 de noviembre de 1990. Farres Gilbert: La instalación en locales arrendados de máquinas recreativas y la resolución del contrato de arrendamientos. La Ley, núm. 2.791, 19 de julio de 1991.

³ Por ejemplo, en carta dirigida al Fiscal Jefe de Valladolid el Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de aquella ciudad afirma que «esto, sin duda, produce inseguridad jurídica, desigualdad de trato que provoca fragmentación de la unidad de mercado, e indelensión, pues hay empresarios que tenían máquinas de buena fe, convencidos de estar dentro de la ley, y sin previo aviso, ahora pueden ser desahuciados. Solicita además una norma reglamentaria que interprete y aclare el art. 22 LAU.

sona y que participase ésta en los beneficios de tal funcionamiento por lo que, se insiste, ello no es atendible en la dispensa de aquella justicia razonable...».

La citada resolución puede que haya cerrado la cuestión y que sienta una línea jurisprudencial estable, pero el hecho es que numerosísimas sentencias de las Audiencias españolas han resuelto en los últimos cinco años, en sentido completamente opuesto, condenando al desahucio por estimar que la instalación de las máquinas recreativas supone un subarriendo parcial del local de hostelería e invocando precisamente la jurisprudencia del TS en materia de subarriendos, de manera especial y reiterada, dos ideas decisivas: la cesión del disfrute del local a un tercero no implica necesariamente la ocupación material y permanente por éste⁴; y la introducción de efectos de un tercero, efectuada por virtud del título que sea, incluso gratuito, si le proporciona beneficio al tercero implica introducción del mismo en el contrato de arrendamiento, lo que requiere autorización escrita y expresa del arrendador⁵. Debemos dar respuesta a la supuesta contradicción de criterios jurisprudenciales o estimar, si no conseguimos salvarla, que el TS, con la sentencia de 21 de febrero de 91 ha comenzado una nueva línea interpretativa del artículo 22 LAU, apartándose de su anterior doctrina.

Por otra parte, las sentencias de Instancia y Audiencias que han estimado la resolución por calificar la instalación de las tragaperras como un supuesto de subarriendo parcial del local, han utilizado con mucha frecuencia el fundamento de la equidad, con base en el art. 3.2 del CC, llamada a solucionar el desequilibrio de las prestaciones en el contrato de arrendamiento, producido por las inesperadas ganancias obtenidas por el arrendatario y el tercero con dichas máquinas. Estas dos razones, asociadas o encadenadas a mi juicio con poca fortuna, serán objeto de crítica más adelante, si bien ponen de manifiesto la reacción que algunos tribunales se sienten obligados a tener ante un contrato que ha tenido unos riesgos o venturas inesperados. Que los tribunales tengan que alterar el riesgo contractual no es sólo discutible. Lo que ocurre es que la igualmente reiterada jurisprudencia sobre el art. 114 LAU es asimismo pertinaz: las causas de resolución son tasadas y cuando han estimado, por razones de justicia material, la pretensión del arrendador, debían ser congruentes con su petición: resolver el contrato por subarriendo inconstituido, lo que, como hemos visto, ha sido rechazado por el propio TS.

Enfrente, las sentencias que han desestimado las demandas de resolución, para salvar la doctrina legal sobre el subarriendo, han utilizado un criterio escurridizo y peligroso, como en cierto modo ha hecho el propio TS: el argumento sociológico. La realidad social aparece como criterio decisivo para adaptar el contrato de arrendamiento a las modas y hábitos actuales. Hoy en día está extendidísima la costumbre de instalar máquinas tragaperras en los establecimientos hoteleros. Resolver los contratos por di-

cha instalación sería oponerse a la realidad social imperante y poner en peligro el sector hotelero, pues al día siguiente miles de arrendatarios de bares podrían ser desahuciados. De mayor peso me parecen a mí los otros argumentos desestimatorios igualmente repetidos por los tribunales españoles, esto es, negar la introducción del tercero por el hecho de la ajena pertenencia de las máquinas y limitar el alcance de la instalación y explotación de la máquina tragaperras como negocio complementario del principal (como la máquina de tabaco, de discos o el teléfono público) que constituye un elemento legítimo de atracción y de captación de clientela.

De manera que ni la cuestión es pacífica ni los argumentos utilizados por los tribunales para estimar o desestimar la resolución del contrato son del todo afortunados pues son de doble filo y se pueden volver contra la argumentación pretendida, como veremos. Conviene no dejar de lado, en este estudio de las resoluciones judiciales de Instancia y Audiencias, la crítica que igualmente merecen las pretensiones formuladas por los abogados. Salvo contadísimas excepciones, las demandas colocan a los jueces en una situación francamente irrazonable pues no les dejan salida ni un punto intermedio donde se realice mejor la justicia material del caso y la aplicación flexible de una ley que no lo es. Si a la petición de los arrendadores de resolución añadieran una supletoria petición de elevación de renta por cambio parcial de destino, cuya alegación podría ser construida fácilmente en los fundamentos de la demanda (el bar en cuestión ha pasado a ser un negocio mixto de hostelería y recreativo), la respuesta del juez podría ser gradual y no debería constituir, como de costumbre, un irrazonable órdago entre el blanco y el negro, por exigencias del principio de congruencia, cuando la cuestión dista de ser diáfana.

Aunque ya anticipo mi opinión contraria a estimar que la instalación de las máquinas tragaperras constituya un subarriendo o traspaso parcial, como no se vea acompañado de un contrato de cuentas en participación⁶, societario⁷ o parciario con la empresa titular de la máquina, en que ésta participe de un porcentaje de los ingresos, no de la máquina, sino del bar o local, creo que el conjunto de intereses del contrato de arrendamiento se ha visto afectado por esta actividad adicional del arrendatario y será razonable atender al arrendador, que puede sufrir consecuencias fiscales indeseables. Así, aunque no soy partidario de admitir la calificación de subarriendo, creo que es protegible el interés fiscal del arrendador y, en cierta medida, es exigible a su contratante que despliegue una conducta no prevista en el art. 22 LAU, pero sí en las normas generales sobre contratos, aplicables, a mi juicio, a todos los contratos, aunque dispongan de legislación especial.

Partamos del supuesto recurrente en todos estos casos:

Por un contrato de arrendamiento, anterior a 1985, pero no siempre muy antiguo, se cede un local de

⁴ Se cita reiteradamente la STS de 25 de enero de 1988. En los hechos antecedentes, la sociedad arrendataria cambiaba al admitir un nuevo socio.

⁵ Invocando las sentencias del TS de 21 de diciembre de 1962, 2 de noviembre de 1963 y 27 de noviembre de 1963.

⁶ En contra STS 23 de noviembre de 1971, porque considera que el participante no arrendatario no posee en local arrendado.

⁷ Vid. STS 18 de octubre de 1989 entre las recientes.

negocio para explotación de un bar. A partir de 1977 y con la legalización del juego, el arrendatario instala una o varias máquinas tragaperras de forma temporal o duradera, cuando ha visto que ingresa una recaudación importante y es rentable.

La recaudación de las máquinas es compartida por el arrendatario del bar con la empresa operadora o la propietaria de la máquina. Al conocer esta circunstancia, así como el reparto de ingresos cuantiosos, los arrendadores instan la resolución por introducción de un tercero en el arrendamiento.

Variantes al tipo básico son:

- a) el arrendatario actual recibió el local en traspaso, autorizado por el arrendador, existiendo ya en ese momento máquinas en el local⁸;
- b) el arrendatario actual lo es desde hace mucho tiempo y (alega que) ha tenido siempre futbolines, billares y máquinas de juego, sabiéndolo el arrendador y no manifestando oposición alguna;
- c) el arrendador ha jugado con las máquinas tragaperras⁹;
- d) el arrendatario realiza obras simultáneamente a instalar las máquinas;
- e) el arrendatario realiza las obras precisamente para instalarlas, cambiando su configuración.
- f) el arrendatario, con o sin obras, destina el bar a local de juegos.

Las variantes antedichas nos presentan problemas tan distintos como el posible consentimiento tácito del arrendador a la instalación, las obras efectuadas en el local y el cambio parcial o total de destino del local. En ninguno de los tres casos es decisiva la calificación del subarriendo o introducción del tercero, pues constituyen causas autónomas de resolución o de elevación de renta.

Los tribunales inferiores, e incluso el TS, se han decantado por la resolución cuando la instalación de las máquinas conllevaba obras o la administración del juego por un tercero (STS 17-11-84 y 17-5-86, supuestos de bingo administrado por una empresa de servicios, no arrendatario). Por el contrario, algunos jueces han denegado la resolución, a pesar de la exigencia del art. 22 LAU de autorización expresa y escrita, cuando el propietario conocía la existencia de las máquinas, pero más por exigencias de la buena fe y los actos propios, que por admitir la eficacia

⁸ Según la Audiencia de Valladolid, en sentencia de 26 de diciembre de 1989, no hay derecho a la resolución cuando ya existían las máquinas tragaperras antes del traspaso, aunque fueran distintas en el manejo, pero igualmente de propiedad ajena. Sin embargo, para la propia Audiencia vallisoletana la equiparación entre antiguas y nuevas máquinas es discutible (sentencia 29 de noviembre de 1990).

Esto contrasta con las resoluciones del Tribunal Constitucional de 7 y 27 de noviembre de 1990, no admitiendo sendos recursos de amparo, por considerar la demanda carente de contenido constitucional, pues los hechos invocados para alegar desigualdad de trato judicial no son análogos y la resolución fue motivada. El recurrente alegaba consentimiento tácito del arrendador a la instalación de las máquinas, pero el TC diferencia el supuesto en que las máquinas estaban instaladas o no al comenzar el arriendo. El TC considera adecuado que el Tribunal haya dado un trato diferente cuando el arrendador no conocía la normativa de las máquinas que obligan a ser explotadas directamente por la empresa operadora.

de un consentimiento tácito en materia de subarriendo. Otros tribunales, por el contrario, consideran indiferentes dicha circunstancia siempre y cuando el arrendador no conocía la normativa y el alcance de la instalación.

Veamos uno por uno los principales argumentos que se han manejado para estimar o desestimar la resolución del contrato.

1. EL TERCERO USA Y DISFRUTA PARTE DEL LOCAL ARRENDADO

- a) El uso del local por el tercero pone de relieve la cuestión posesoria, que ha sido, sin embargo, la mejor defensa que han encontrado los demandados, al alegar que mantienen la posesión exclusiva de todo el local.

Ligado a la idea de accesoriidad de la máquina dentro del local de hostelería, se ha sostenido que el arrendatario sigue manteniendo la posesión exclusiva del local¹⁰, después de instaladas las máquinas, sin compartirla en absoluto con el tercero, que se niega haber introducido en el local. Para Farres Gibert¹¹, éste es el criterio de distinción y la razón fundamental por la que no debe apreciarse subarriendo en la instalación de tragaperras: «... en estos casos no existe ningún señorío o potestad sobre el local por parte de la empresa operadora o por la propietaria de las máquinas; ésta se desprende de la posesión de las mismas y la transmite al arrendatario que es el que en todo momento conserva intacto el poder de decisión sobre el uso y disfrute del local o parte del mismo... Podrá argumentarse por los partidarios de la resolución, que el arrendatario está obligado a permitir la entrada de los empleados de la empresa operadora... y que ello supone la presencia física en el local de terceros que usan del mismo. Entendemos que esta situación carece de entidad suficiente por ser la presencia meramente ocasional, esporádica y, en cualquier caso, dentro de los llamados actos meramente tolerados que no afectan a la posesión (art. 444 CC)».

En contra de esta posesión exclusiva, que descartaría el subarriendo, se ha alegado la jurisprudencia del TS para la cual no es necesaria¹² la ocupación material¹³ por el tercero, para considerarlo introdu-

⁹ La Audiencia de Valladolid dice que el hecho de que el arrendador haya jugado con la máquina no implica consentimiento tácito sino conocimiento de su instalación. Al desconocer la normativa de tragaperras es normal que no hiciera objeción alguna (sentencia 28 de septiembre de 1990).

¹⁰ Sentencias del JPI de Valladolid de 16 de enero de 1990 y 19 de diciembre de 1990; SAT La Coruña de 7 de marzo de 1988 y de SAT Zaragoza de 19 de abril de 1988. Para esta última es esencia del subarriendo la transmisión a un tercero de la posesión inmediata de todo o parte del local de negocio. Por eso, la cuestión es determinar quién tiene la posesión inmediata de las máquinas y local.

¹¹ Farres Gibert. La instalación en locales arrendados de máquinas recreativas.

¹² SAP Valladolid de 29 de julio de 1989 que sigue la citada STS de 25 de enero de 1988.

¹³ En cambio la STS de 2 de noviembre de 1963, que considera subarriendo la introducción de enseres para su custodia, considera contrario a las leyes de la física afirmar que el uso compartido por tercero y arrendatario no requiere ocupación.

cido en el local. Curiosamente esta idea, contenida en la doctrina legal sobre el subarriendo, ha servido tanto para estimar como para descartar el subarriendo. Así mientras unos tribunales han considerado irrelevante el espacio material ocupado por las máquinas y su número¹⁴, otros tribunales han considerado que tan irrelevante es la cuestión de la ocupación material, que de lo que se trata es de que el titular del bar lo que aporta a la explotación de la máquina tragaperras no es su espacio o local, sino su clientela¹⁵, bien inmaterial ganado con el esfuerzo del arrendatario.

Estando de acuerdo con esta última idea expresada por algunos jueces, creo que debemos intuir que la cuestión decisiva no es tanto posesoria o jurídico-real como la trascendencia contractual que tiene la nueva modalidad de explotación extendida por toda España y no prevista en muchos contratos de arrendamiento.

b) También se alega que el tercero *disfruta* del local arrendado y que obtiene provecho o ganancia¹⁶. Esto significa introducción del tercero en el local, si nos atenemos literalmente a reiterada jurisprudencia.

Sin embargo, si debemos entender que la obtención de ingresos y de beneficios por terceros, distintos del arrendatario, como consecuencia de las actividades desarrolladas en el local del negocio, suponen subarriendo sometido a autorización escrita y expresa del arrendador, una de dos, o estamos diciendo al arrendatario que deben consultar al arrendador antes de contratar con proveedores y fabricantes, o estamos desconociendo por completo el sistema de nuestro mercado de comercios y negocios minoristas, cuyas recaudaciones inevitablemente revierten de forma indirecta en los terceros que le proveen de mercancías. Que la venta de mercancías y servicios suponen ingresos y provechos para terceros es tan corriente e inevitable como inadmisibles, a mi juicio, calificarlo de causa de resolución por no haber sido autorizado por el arrendador. El arrendatario es muy libre de llevar su negocio a su mejor entender y se proveerá y pagará a terceros que le suministren su «mercancía» sin estar sujeto a autorización. Lo contrario sería admitir que el negocio o empresa lo lleva el arrendador.

¹⁴ Sentencias de Audiencia de Valladolid de 13 de septiembre de 1990, 29 de noviembre de 1990 y 28 de septiembre de 1990.

¹⁵ «El arrendatario aporta el espacio físico y sobre todo las expectativas de clientela. La aportación del espacio no es la aportación nuclear del arrendatario, siendo el espacio físico irrelevante, careciendo por sí mismo de aptitud para constituir causa del contrato» (sentencias JPI Valladolid 16 de enero de 1990, 19 de diciembre de 1990 y 9 de enero de 1991).

¹⁶ Lo prohibido en el subarriendo es el aprovechamiento, ventaja o beneficio del tercero (sentencia JPI Zamora 30 de septiembre de 1988).

¹⁷ El JPI de El Ferrol no estimaba probada la propiedad que alegaba el demandado (sentencia 26 de mayo de 1987); la Audiencia de Valladolid no considera probado el arrendamiento de la máquina (SAP. 16 de diciembre de 1989). La misma Audiencia considera que sólo la empresa operadora puede ser propietaria a tenor de la regulación administrativa; la sentencia de 19 de diciembre de 1989, de dicha Audiencia, considera imposible legalmente la cesión en arrendamiento de la máquina. (Me extraña que un Reglamento pueda prohibir a un propietario un acto de arriendo). Para el JPI de Valladolid, que no resuelve el con-

2. EL TERCERO INTRODUCE MERCANCIAS EN EL LOCAL

Se ha considerado decisivo por algunos tribunales el dato extraído de la regulación administrativa y no derribado por afirmaciones en contra¹⁷, de que las máquinas recreativas introducidas en el local de hostelería son propiedad de la empresa operadora.

De esta titularidad dominical se ha deducido, invocando la jurisprudencia que considera subarriendo la introducción de efectos de un tercero en el local, que se está subarrendando en parte el mismo. Creo, sin embargo, que la jurisprudencia¹⁸ invocada contemplaba supuestos bien distintos que pudieran justificar sus tesis.

De manera reiterada se invocan las sentencias de 2 de noviembre 1963 y 27 de noviembre de 1963, en cuyos hechos antecedentes, el arrendatario brindaba parte del local para el depósito y guarda de enseres¹⁹ de comerciantes que actuaban fuera del mismo de forma esporádica (churrería y puestos callejeros). La rigurosa decisión del TS en ambos casos, pues admitía el desahucio, estimando provecho de tercero, tiene no obstante una explicación que la diferencia con el caso que estudiamos. El depósito y guarda de enseres ajenos no reportaba beneficio alguno al arrendatario (como no fuera el pago del depósito pero el arrendatario no utilizaba dichos bienes en su negocio).

Todo lo contrario ocurre con la tragaperras, que utiliza en su local y de las que obtiene una recaudación compartida con el tercero. De igual manera, el arrendatario utiliza en la explotación de su local de negocio bienes y enseres de pertenencia ajena, que tiene alquilados, los ha adquirido en *leasing*²⁰ o bajo reserva de dominio y no por este dato de la propiedad ajena, vamos a considerar a los terceros propietarios «introducidos en el local», como sinónimo de subarrendados.

Prohibir al arrendatario o someter al permiso escrito del arrendador la utilización de bienes ajenos en su negocio sería bloquear la iniciativa empresarial y desconocer que en toda actividad de empresa, las operaciones y el negocio se desenvuelven, en parte con recursos y bienes propios²¹, en parte con recursos y bienes ajenos.

trato, a diferencia de las anteriores decisiones, es indiferente la naturaleza jurídica del contrato que vincula al propietario de las máquinas con el arrendatario

¹⁸ Si leemos con detenimiento la tantas veces invocada STS 2 de noviembre de 1963 para resolver el arrendamiento, el subarriendo es autorizado cuando se introduce un tercero «mediando consentimiento del arrendador o *disposición legal que lo justifique...*». En este caso conciliaríamos la doctrina legal sobre el subarriendo con la regulación administrativa que exige que la propiedad de la máquina sea de un tercero, no del arrendatario del bar o cafetería. Esta «introducción», caso de serlo, estaría justificada por disposición reglamentaria.

¹⁹ No obstante, la jurisprudencia sobre guarda de enseres ajenos es oscilante. Vid. entre otras las sentencias de 23 de febrero de 1967 y 25 de mayo de 1968.

²⁰ «... estimaríamos causa de resolución en caso de que las máquinas del bar fueran arrendadas o en *leasing...*» (sentencia JPI Burgos 4 de marzo de 1989).

²¹ No toda operación del minorista se realiza mediante el contrato estimatorio, según el cual se transmite la propiedad al comerciante, en opinión común.

No es verosímil ni realista dicha conclusión. Además, puede salvarse la aparente contradicción con la doctrina jurisprudencial sobre introducción de bienes ajenos y la irrelevancia de este dato probablemente, demuestra que no es jurídico-real el auténtico problema que plantea la instalación de máquinas en el local arrendado.

3. LA EQUIVALENCIA DE PRESTACIONES HA SIDO QUEBRADA ²²

Planteada la cuestión, más correctamente a mi entender, en el plano contractual, se ha argumentado por los tribunales que han estimado la resolución, que las ganancias adicionales y considerables obtenidas por los arrendatarios, así como que un tercero obtenga un beneficio del que nos participa el arrendador alteran la ecuación ²³ y produce una quiebra de la equivalencia de las prestaciones, imprescindible en todo contrato oneroso. Se suele decir que de haber sabido que el arrendatario iba a obtener tan importantes ingresos, el arrendador habría fijado otra renta, lo que equilibraría las prestaciones.

Dichas argumentaciones plantean dos objeciones muy serias, en mi opinión, para ser admitidas, presentadas en dos planos: una, que deba haber equilibrio entre renta del local e ingresos del arrendatario; otra, que la vía para solucionar el hipotético desequilibrio sea la resolución por subarriendo.

No creo que sean términos de comparación (contraprestación) del alquiler pagado por el local, los ingresos y beneficios obtenidos por el arrendatario ²⁴. Por dos razones: creo que la contraprestación es el uso del local, sus características, su emplazamiento dentro de la ciudad y en el sector económico de que se trate ²⁵ (si su tipo es único o, por el contrario, si está cerca o rodeado de locales de negocios competidores). Me atrevería, pues, a afirmar que la renta que paga un arrendatario por un local es peque-

ña o ínfima sólo en comparación con lo que pagan sus competidores, en locales y emplazamientos análogos ²⁶. Pero me resulta difícil afirmarlo porque el arrendatario es avisado, tiene suerte o trabaja mucho y obtiene importantes beneficios con su negocio ²⁷.

Admitir que el juez puede resolver un arriendo porque la renta es muy inferior ²⁸ a los ingresos mensuales es gravísimo, o es reconocer una planificación judicial de la economía que choca de frente con el libre mercado. De admitir la bondad de dicha idea, podríamos establecer a priori un tope de ingresos o beneficios a obtener por cada arrendatario, en proporción a la renta que paga por su local. Dicha planificación uniformaría de tal manera los negocios que seguramente retraería la actividad empresarial. En mi opinión, además, castiga al comerciante que trabaja mucho y bien, con el peligro de la resolución y favorece al mal comerciante, que no tiene las simpatías de la clientela.

No obstante, no sería ilícito que el arrendador estipulase una renta proporcional a los ingresos del arrendatario, pero dicha paridad o las cuentas en participación deben pactarse. De existir un precio fijo en el arrendamiento, es riesgo y obligación del arrendatario que dicha renta suponga la cantidad más pequeña posible en su cuenta de explotación. No olvidemos que se alquila un local *de negocio*. Como riesgo que es, no podrá el arrendatario pagar menos renta de la pactada cuando las cosas vayan mal o sus ingresos sean menos de los esperados.

Pero, por otra parte, admitiendo que hubiera un desequilibrio entre las prestaciones, el Derecho español ofrece medios excepcionales y expresos para restaurar el equilibrio perdido: la revisión del contrato ²⁹, la revisión de renta ³⁰ y la rescisión por lesión ³¹. Siendo aplicable a los arrendamientos urbanos únicamente la segunda, parece sorprendente que los jueces hayan estimado una resolución por subarriendo cuando considera que se alteran los tér-

²² Vid. Fuenmayor. La equivalencia de prestaciones en la Ley de Arrendamientos. Anuario Derecho Civil, 1950

²³ Cuando un tercero se introduce, se alteran los términos de la ecuación formada por las recíprocas prestaciones (sentencias AP Valladolid de 29 de julio de 1989, 19 de diciembre de 1989, 13 de octubre de 1990 y 29 de noviembre de 1990). «No es desdén que el arrendador que contrata bajo determinadas expectativas negociables, fecha, precio por situación urbana, superficie, mayor o menor atracción de clientela, precios vigentes en la localidad o zona urbana, los cuales también serán tenidos en cuenta por el arrendatario, produciendo, en aquel momento la equivalencia de prestaciones, que es principio sacramental a la hora de interpretar cualquier relación contractual...» (sentencia JPI Zamora 30 de septiembre de 1988).

²⁴ Si lo cree la última sentencia citada del JPI de Zamora: la equivalencia de prestaciones se desvanecería en cuanto se introdujera un tercero contrastando la renta anual (144.000) con los beneficios confesados por las máquinas (100.000 al mes).

²⁵ La anterior sentencia JPI Zamora de 30 de septiembre de 1988 y la del JPI Burgos de 25-2-89, que no estima subarriendo, pero sí derecho a elevar la renta con objeto de *equilibrar las prestaciones recíprocas*, atendidas la antigüedad del arriendo, la renta que se venía abonando, la importancia funcional y económica, las rentas del mercado y el emplazamiento del local.

²⁶ Vid., por ejemplo, el artículo 40 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

²⁷ La propia LA Rústicos, en su artículo 41, no tiene en cuenta los incrementos de producción imputables a la iniciativa del arren-

datario o las mejoras cuyo costo hubiera anticipado, para revisar (elevar) la renta.

²⁸ Sentencia JPI Zamora 30 de septiembre de 1988 tantas veces mencionada; la AP de Valladolid parece deducir de este dato la existencia de subarriendo: al introducir en el local unas máquinas con las que se obtiene un beneficio por un tercero y una recaudación a veces muy superior a la renta del establecimiento, se hace uso del local por un tercero, lo que es subarriendo (SAP, 19 de diciembre de 1989).

²⁹ Artículo 47 Ley Propiedad Intelectual: Si en la cesión a tanto alzado se produjese una manifiesta desproporción...».

³⁰ El mencionado artículo 47 LPI: «... en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración equitativa...»; las normas sobre compraventa por exceso de cabida (artículo 1470 CC); y las normas de la LAU sobre revisión de renta, de manera especial el artículo 99, ninguno de cuyos supuestos contempla los muy superiores beneficios a la renta pagada. Por último, la LA Rústicos, además del ya citado artículo 40, su artículo 43 legítima a ambas partes de forma extraordinaria «por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una *lesión* superior al 15 por 100 de la renta *justa*».

³¹ Acción de carácter subsidiario, muy excepcionalmente se reconoce al propio contratante (artículo 321 Comp. catalana y Ley 499 de Navarra). Pero lo más importante es que la rescisión se refiere a defectos congénitos del contrato y a su formación, de manera que la lesión se debe referir a ese momento y no a posteriores evoluciones del mercado que puedan depreciar el bien o su valoración.

minos de la ecuación formada por las recíprocas prestaciones.

En el caso que nos ocupa, la obtención de ingresos adicionales por una nueva modalidad de explotación introducida en el bar, daría lugar a la elevación de renta, con base en el art. 99.10 LAU, si considerásemos que el arrendatario ha cambiado parcialmente de destino su local (es, además de negocio de hostelería, negocio recreativo). La construcción no es difícil como veremos.

4. LA EQUIDAD

Me resulta sorprendente la facilidad con que se hila la equivalencia de prestaciones alterada con el recurso a la equidad³². Algunos tribunales han resuelto el contrato de arrendamiento por razones de equidad³³. A su juicio, el art. 3.2 CC les autoriza para resolver un contrato en que prestación y contraprestación no son equivalentes. En mi opinión, aparte del estricto alcance que tiene la aplicación de la equidad según el art. 3.2 CC, no alcanzo a comprender que un Tribunal pueda, por equidad, resolver un contrato porque el negocio del arrendatario va muy bien y recauda mucho más dinero que el alquiler que paga.

La intervención de los tribunales en los contratos sólo puede tener justificación porque se demuestre nulidad, incumplimiento o alguna causa de resolución. Habría desequilibrio cuando la formación del contrato se ha visto viciada por algún defecto de representación o de voluntad de los celebrantes: parece justo y equitativo que un tribunal declare nulo un contrato en que una parte se aprovecha ilícitamente de la situación de necesidad o error de la contraparte, cuando no la ha provocado de propósito. Pero en los casos de precio vil³⁴ o cuando hay precio superior al legal, la aplicación de la equidad ha llevado usualmente a los jueces a apreciar la nulidad parcial para no favorecer al infractor. Cuando se da incumplimiento u otra causa de resolución es justo y equitativo que los jueces resuelvan el contrato, en la medida que las causas de resolución reflejan la equidad y justicia de la norma contractual o legal que considera resoluble un contrato porque la relación obligatoria está desequilibrada, a veces, de forma irremediable.

³² En ocasiones se invoca de forma inmediata al rechazo del argumento realidad social. Mejor que el artículo 3.1, será aplicar el artículo 3.2 CC.

³³ Según la Audiencia de Valladolid, es contrario a la equidad, que ha de ponderarse en la aplicación de las normas, permitir la introducción del tercero obteniendo el arrendatario un beneficio muy superior a la renta (sentencias de 16 de diciembre de 1989, 19 de diciembre de 1989, 13 de octubre de 90 y 29 de noviembre de 1990). No resulta equitativo que en el local del arrendador se ejerza un negocio (el juego) por un tercero, distinto de, arrendatario, sin consentimiento del arrendador (sentencia 13 de septiembre de 1990).

³⁴ Que no constituya supuesto de causa ilícita.

³⁵ El concepto social de bar puede quedar plasmado en la Reglamentación vigente sobre máquinas de azar pues no se pueden instalar más de dos máquinas (en los locales hosteleros, excepto los campings), a tenor del artículo 36.1.d del Reglamento de 27 de abril de 1990. Cuando se sobrepase o se instalen máquinas de tipo C, se considerarán como salas de juego de casino

Pero, en mi opinión, la equidad no llama al juez a resolver un contrato válido que el arrendatario ha cumplido escrupulosamente, por el solo hecho de que la evolución social y económica le lleva temporalmente a explotar una idea brillante o un artilugio de moda incrementando sus beneficios, sin haberse aprovechado del arrendador o haberlo perjudicado. En todo caso, y admitiendo la aplicabilidad de la equidad al contrato de arrendamiento, sería para paliar el desequilibrio (elevando, en su caso, la renta), pero no para desahuciar por un golpe de suerte del arrendatario. Si, recogiendo el argumento, no es equitativo que el arrendatario gane más dinero que el esperado (?), no es equitativo tampoco echarlo a la calle.

5. LA REALIDAD SOCIAL

Como primer y más repetido argumento en favor de mantener al arrendatario en el local se ha invocado la realidad social y los argumentos sociológicos y económicos. Así, por un lado, es tan extendido y corriente el hecho de que los bares y locales de hostelería tengan máquinas recreativas que es difícil encontrar uno que no las tenga. Por ello se ha incorporado al concepto³⁵ actual de bar o local de hostelería la existencia de una serie de servicios complementarios³⁶ como el teléfono, la máquina de tabaco o las tragaperras³⁷. Sin embargo, por otro lado, se ha considerado que es muy peligroso estimar la resolución por subarriendo en este caso pues, dado lo extendido de dicha práctica, podría suponer el desahucio de miles de locales de negocio y obstruir o bloquear un sector económico muy importante como es el hostelero³⁸.

Para mí es admisible la primera vertiente del argumento sociológico, su lado positivo, esto es, que se ha incorporado como un uso social y del sector económico hostelero, la instalación de tragaperras y juegos electrónicos accionados por monedas y dicho uso nos puede servir de integración e interpretación «modernizadora» del contenido del contrato. No estoy, en cambio, tan convencido de la oportunidad del segundo razonamiento, la vertiente negativa, que avisa del peligro que supone el desahucio masivo de locales arrendados por ser tan extendida

(artículo 35.2) a los efectos administrativos (aunque el dueño lo llame bar). Las máquinas de tipo A no dan premio en metálico; las de tipo B pueden dar un premio no superior a veinte veces el valor de la jugada; las de tipo C o de azar dan un premio hasta 250 veces la jugada (400 veces, según el anterior Reglamento de 1987). Las máquinas C no pueden ser instaladas en los bares, que podrán tener dos máquinas, de tipo A o B (tres máquinas, según el Reglamento de 1987).

³⁶ Que es un medio legítimo de entretenimiento y captación de cliente.

³⁷ De acuerdo JPI Valladolid 23 de mayo de 1988 y JPI Burgos 4 de marzo de 89. Sin embargo no es equiparable al servicio público de teléfono, según las sentencias de AP Valladolid, de 29 de noviembre de 1990 y del JPI de Zamora, de 30 de septiembre de 1988.

³⁸ Es un hecho notorio y extendido. De admitir que constituye subarriendo, se producirían gravísimas consecuencias para el sector (sentencia AT La Coruña 7 de marzo de 1988). De manera parecida razona la STS de 21 de febrero de 1991.

dicha práctica. Por un lado, no estoy seguro si el sector hostelero es más importante que el inmobiliario, que igualmente genera millones de puestos de trabajo, como no estoy seguro si podemos jerarquizar entre propiedad y empresa, a tenor de los artículos 33 y 38 CE. A mí me cuesta hacerlo. Yo creo que si la práctica está extendida, si fuera irregular (de cara al contrato o a alguna norma), lo que tienen que hacer los arrendatarios es regularizar su situación, pero no creo que el juez deba legalizarla y darla por buena³⁹ por su generalidad.

El lector atento de este comentario podría encontrar cierta contradicción con lo expuesto antes acerca del desconocimiento de las prácticas habituales en la economía de mercado. Decía yo que si la ajeneidad de las pertenencias de un local de negocio o la obtención de beneficios por un tercero implica subarriendo, tendríamos causa de resolución para todos los locales de negocio minoristas de España. Interpretarlo así significa desconocer la economía de mercado. Mi reproche al argumento socioeconómico por el peligro de desahuciar a miles de arrendatarios que instalen tragaperras sin autorización del arrendador es porque puede eximir de cumplir con el contrato o la ley y por hacer supuesto de la cuestión. Mientras la economía de mercado y los sistemas usuales de distribución no parecen discutibles⁴⁰, lo que nos estamos preguntando es qué calificación jurídica nos merece dicha práctica tan extendida, pero no por ello descartamos que sea quizá irregular o causa de resolución.

6. LA ACCESORIEDAD DE LA EXPLOTACION DE LAS TRAGAPERRAS

De forma igualmente frecuente, se ha argumentado que el local de negocio arrendado puede verse complementado por una serie de servicios accesorios a la explotación principal⁴¹. De esta manera, la explotación de las tragaperras, constituye, a juicio de los demandados y algunos tribunales, un servicio complementario del bar, como lo son el servicio de teléfono, las máquinas de tabaco, discos o fotocopiadoras o fotomaton si las hubiera. Con apoyo en alguna jurisprudencia del TS, la concesión del servicio de bar dentro de un cine arrendado no constituye subarriendo sometido a autorización del arrendador⁴². De igual forma que al bar del cine sólo van los clientes del cine, en nuestro caso, serían juga-

dores de la máquina los clientes del bar y no se trataría de negocio autónomo o, a la inversa, un local de juego donde se sirven bebidas a los jugadores.

Como puede verse, la accesoriadad negocial está ligada a la tesis de que la posesión exclusiva del local la sigue teniendo el arrendatario⁴³, quien, entre otras cosas, decide los horarios de apertura y, por tanto, el acceso a las máquinas, cuya explotación depende funcionalmente de la explotación del bar o local hostelero. Sin embargo, la formal accesoriadad del negocio recreativo respecto del hostelero puede verse contradicha, de forma cualitativa, porque los clientes van a un bar concreto porque⁴⁴ tienen tragaperras y, de forma cuantitativa, porque el titular del bar recauda mucho más por la explotación de la máquina que por el resto de conceptos, incluido el teórico negocio principal. La accesoriadad, sostenible en un principio, puede negarse^{44 bis} en alguno de los casos antedichos y, como veremos a continuación, cuando el arrendatario del local cambia parcial o totalmente de destino el local hostelero, que pasa a ser en parte o en todo negocio recreativo, de juegos de azar y suerte electrónicos.

7. EL CAMBIO DE DESTINO DEL LOCAL DE HOSTELERIA. OBRAS INCONSENTIDAS

Cuando algún tribunal español ha considerado irrelevante el número de máquinas recreativas instaladas en el bar, parece quitar importancia a la accesoriadad antes estudiada y al destino del local de negocio. Excepcionalmente, se ha incluido en alguna demanda⁴⁵ de resolución, la pretensión supletoria de elevación de renta por cambio de destino, lo que acerca mucho más a la realidad del problema.

De igual forma que la accesoriadad alegada no lo es tal o tan evidente cuando el arrendatario ha «invadido» su local con una veintena de máquinas tragaperras, sustituyendo y quitando mesas y sillas, podemos decir que el arrendatario ha cambiado parcial o totalmente el destino principal de su local de negocio.

Sin encontrar la frontera numérica⁴⁶ donde acaba el negocio complementario y empieza el cambio de destino del local, el conjunto de hechos pueden darnos la respuesta: depende del local y de las consecuencias que dicha instalación suponga en el mismo. Si, como dije antes, el titular del local comienza a sustituir mobiliario de hostelería para reemplazarlo por las máquinas de juego, es muy probable que

³⁹ Según la Audiencia de Valladolid no se puede invocar el artículo 3.1 CC, ya que si el juego está permitido, no quiere decir que sea una actividad digna de especial protección (sentencia 13 de septiembre de 1990). Para el JPI de Zamora «las circunstancias sociales han creado desde hace tiempo... los supuestos propicios para el despliegue en la explotación de tales juegos... que junto a la psicología del juego fomentada hacia el ciudadano, basada en una moral exclusivamente hedonista opuesta a la moral del esfuerzo...» (sentencia 30 de septiembre de 1988).

⁴⁰ Lo son técnicamente, desde luego. Pero encuentran protección constitucional. Las normas sobre competencia, que limitan al empresario, protegen precisamente la libertad del mercado.

⁴¹ Para el JPI de Valladolid, la explotación de las máquinas puede entenderse como una consecuencia más de la titularidad sobre el negocio que alberga el local (sentencia 16 de enero de 1990).

⁴² STS de 15 de marzo de 1976 y 31 de octubre de 1963. Es un servicio de bar sin salida propia al exterior y supeditado al horario del cine.

⁴³ Sin embargo, para la Audiencia de Valladolid es introducción de un tercero la instalación de tragaperras, aunque sean accesorias en la explotación industrial (sentencia 20 de octubre de 1988).

⁴⁴ No en vano se sostiene que es un medio de captación de clientela.

^{44 bis} Lo hace la STS 10 de octubre de 1991 citada en nota 1 bis.

⁴⁵ La que es estimada en parte por el JPI de Burgos, sentencia 25 de febrero de 1989.

⁴⁶ Otra cosa es el límite administrativo permitido. Vid nota 35.

esté cambiando en parte o en todo el destino del local ⁴⁷.

Sin embargo, el cambio de destino no es idéntico, en mi opinión, a la accesoriad económica de la explotación. Pensemos en un local con veinte mesas en que se introduce una máquina tragaperras. Si por las razones que fueran (comida mala, menú caro, etc.) el arrendatario recauda más con la máquina que con las consumiciones de bebidas y comidas, no es seguro que haya cambiado de destino el local, aunque el negocio complementario y accesorio sea más lucrativo que el principal ⁴⁸. Inversamente, si el arrendatario sustituyera varias mesas por veinte ⁴⁹ máquinas y dejase dos mesas para comer, es indiferente la recaudación mayor o menor por uno u otro concepto para afirmar que ha cambiado el destino del local. La destinación del local es, según pienso, algo intencional del arrendatario y no se debe calificar por los resultados.

Como sabemos, sin embargo, aun cuando calificásemos de cambio de destino la instalación de las tragaperras en el bar, no se trata por ello, y a primera vista, de una causa de resolución del arrendamiento. El art. 99.10 LAU lo configura como causa de elevación ⁵⁰ de renta y sólo indirectamente de resolución, cuando el adquirente por traspaso cambia-se la clase de negocio antes del año del traspaso (arts. 32.2 y 114.5ª LAU). Probablemente la equidad o una idea de equidad está presente en estas normas, pero la solución que ofrecen es la revisión de la renta o la no admisión del traspaso en que la clientela ganada con el esfuerzo del traspasante o no existe (por eso se cambia su destino) o no es atendida por el nuevo locatario.

A pesar de todo esto, será posible pedir la resolución —sin mediar traspaso— del arrendamiento por cambio de destino cuando se ve acompañado de realización de obras inconscientes que cambian la configuración del local (art. 114.7ª LAU), salvo autorización judicial ⁵¹. Dicho supuesto será frecuente en caso de instalación masiva de máquinas tragaperras y «reconversión» del bar en salón de juego

o recreativo. La demolición de tabiques, el desmontaje de la barra del bar o de las cocinas del mismo podrían constituir supuestos para ello.

Además será posible admitir la resolución del arrendamiento cuando el cambio de destino infrinja la prohibición contenida en los Estatutos de Propiedad Horizontal donde se encuentre el local de hostelería (art. 7.3 LPH). Lo cierto es que el art. 19 LPH habla de apercibimiento, privación de uso y lanzamiento, lo que a veces implicará resolución y otras veces no. La resolución del contrato instada por la Junta resulta difícil, a menos que lo haga el arrendador. A pesar de lo que dice el art. 19.2 LPH, creo que el vínculo obligatorio arrendatario subsiste, a no ser que se resuelva a instancia de uno de los contratantes ⁵²; otra cosa es que el local arrendado no pueda ser usado. Si dicha imposibilidad es imputable al arrendador (que no avisó al arrendatario del contenido de los Estatutos y consintió el cambio de destino sin oposición) ⁵³, al arrendatario rebelde a las advertencias o a ambos, determinará la responsabilidad que fuere, entre la que podría encontrarse que el arrendatario, acreedor del local solicitase del arrendador la puesta a disposición de otro local de características parecidas, donde puede continuar su negocio no prohibido por el contrato, ni por la ley ni por los Estatutos del inmueble.

Por último, cabría admitir en determinados casos la vía a la resolución por cambio de destino, cuando estuviese expresamente prohibido por el contrato. Esto supone abrir el *numerus clausus* del art. 114 LAU, pues admitiendo, con Fuentes Lojo, que el arrendador, habiendo destino pactado expresamente en el contrato, puede entablar una acción declarativa para prohibir al arrendatario que se desvíe del destino pactado ⁵⁴, la definitiva desobediencia del arrendatario debe dar derecho a resolver el arriendo. No se trata tanto de la aplicación de los arts. 1.555.2 y 1.569.4 CC como de la aplicación de las normas contractuales al arrendamiento, aunque esté sometido a legislación especial. Dicha legislación podrá anular o integrar determinadas cláusulas

⁴⁷ «Aunque se previó el cambio de destino en el contrato (de churrería a cafetería) no se permite situar el negocio como destinado exclusivamente a las máquinas, pues el cambio está permitido dentro de actividades análogas y no diametralmente opuestas» (sent. JPI Zamora 30 de septiembre de 1988).

⁴⁸ «Con independencia de que sea la recaudación de la tragaperras superior o igual a la renta del local, lo importante es que el local sigue destinándose a bar...» (sentencia JPI León 31 de mayo de 1989). Como ya hemos visto, la reciente STS de 10 de octubre de 1989 niega que en estos casos pueda calificarse de negocio auxiliar o complementario.

⁴⁹ Tal hipótesis es ilegal, constituye una infracción administrativa, pues como ya hemos visto tienen limitada el número de máquinas a instalar en dos o tres según se rijan por el Reglamento de 1990 o de 1987. Pero no es imposible, y su condición de ilícito administrativo no nos impide valorarlo desde el punto de vista civil, como cambio de destino. Eso parece que hace el TS, cuando considera el local «invadido» con cinco máquinas, aprecia cambio de destino, pero lo califica de subarriendo para poder resolver el contrato. (No conocemos con detalle los hechos antecedentes) (STS de 10 de octubre de 1991).

⁵⁰ Pero sólo da derecho a elevar el 10 por 100 si es exclusivamente cambio de destino y no concurren además obras autorizadas judicialmente (artículo 114.7.ª 4 LAU) en cuyo caso la elevación queda al arbitrio judicial.

⁵¹ La sentencia del JPI de Burgos de 25 de febrero de 1989, por ejemplo, eleva la renta mensual de 6.052 a 70.000 pesetas.

En este caso se realizaron obras, que, denegadas en principio por el Juez, fueron ordenadas por el Ayuntamiento para adecuar el local. El bar fue transformado en cafetería de lujo, excediendo la imposición municipal, pero el Juez no resuelve el arriendo. En este caso, es casi marginal la instalación de las tragaperras, que se trae a colación como último y subsidiaria causa de resolución.

⁵² En contra la doctrina, tácitamente, pues nada comenta al respecto y se limita a transcribir el mandato del artículo 19 LPH. En contra también la tesis jurisprudencial que considera que la Junta se subroga por el acreedor que no instó la resolución (STS 14 de junio de 1968, 24 de junio de 1968 y 29 de septiembre de 1973) o que los copropietarios no son terceros en el arrendamiento del local (STS 10 de octubre de 1981).

⁵³ De acuerdo Fuentes Lojo (*Suma de la propiedad por apartamentos...* pág. 1745), que critica la STS de 24 de junio de 1968 antes citada, según la cual la Junta de propietarios no puede subrogarse en más derechos que los que tenga el arrendador inactivo. Como el acreedor, en dicho caso, había autorizado la actividad prohibida por los Estatutos, se considera que la Junta no puede ejercitar la facultad del artículo 19.2. Esto demuestra que no hay subrogación ni resolución propia del vínculo obligatorio. La Junta puede perder la privación de uso del local por uso antestatutario, lo permita o prohíba el contrato. Lo que demuestra que la acción no es contractual ni subrogatoria.

⁵⁴ Fuentes Lojo. *Suma de Arrendamientos Urbanos*, 8.ª ed, pág. 1.303.

que impliquen renuncia de derechos irrenunciables, pero, una vez determinado su contenido, su incumplimiento es, a mi juicio, causa de resolución (art. 1.124 CC). Sabiendo que dicha opinión es francamente minoritaria, aplastada por la reiterada jurisprudencia sobre el *numerus clausus*, sólo la brindo como posible salida a la esquizofrenia que vive la legislación de arrendamientos entre dos sistemas radicalmente opuestos, no admitiéndose que la realidad social⁵⁵ o las normas supletorias del CC (a pesar del art. 8 LAU) puedan hacer nada. De igual forma, las normas de nulidad sobre contratos o de responsabilidad contractual son aplicables a los arrendamientos bajo legislación especial.

Es cierto, no obstante, que algunos casos de cambio total de destino, si no implican obras, pueden suponer subarriendo, ya por la introducción de un tercero que participa en la gestión o de las ganancias de todo el local (cuando el local sólo tiene máquinas recreativas, necesariamente la empresa operadora está participando en la explotación del local), ya cuando hay un contrato de franquicia que implica venta o explotación de productos de un solo proveedor (el anterior bar pasa a ser distribuidor exclusivamente de una fábrica o marca de bebidas). En estos casos es difícil decir que el tercero no se ha introducido en el arrendamiento, a diferencia de cuando el arrendatario dispone de incontables proveedores.

8. LA CLAUSULA REBUS... Y LAS PRESUPOSICIONES CONTRACTUALES

La inadmisión de la cláusula *rebus sic stantibus* en materia de arrendamientos no nos puede hacer perder de vista que el arrendador merece nuestra atención, considerando un hecho cierto: a la hora de contratar se fija la renta considerando el tipo de negocio que se va a explotar⁵⁶. De manera que las nuevas modalidades de explotación son contempladas por alguna ley especial como inaplicables a un contrato celebrado en un tiempo en que no existían o no eran conocidas⁵⁷. La idea latente viene a respetar la presuposición contractual⁵⁸ y la organización de intereses que se hace el contratante, en este caso el arrendador. De la misma forma que anteriormente admitimos que los beneficios inesperados por ambas partes al arrendar el local, son uno de los riesgos que deben soportar, careciendo de pretensión de resolución o de enriquecimiento; y de igual manera que sostuve que la idea feliz del comercian-

⁵⁵ Vía *rebus sic stantibus*: la realidad social y económica en que se pactó el arriendo nada tienen que ver con las presentes.

⁵⁶ A contrario, «... ya habiendo máquinas antes de la explotación del bar por el demandado, fueron tenidas en cuenta para fijar el precio...» (sentencia JPI Valladolid 19 de diciembre de 1990).

⁵⁷ Artículo 43.5 de la Ley de propiedad intelectual: la transmisión no alcanzará a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.

Las distancias y salvedades deben hacerse. Entre otras razones, porque arrendado un local para el negocio, debe estimularse que el arrendatario investigue y explore nuevas formas de explotación.

⁵⁸ Que no goza de amplia protección en nuestro derecho vi-

te o la moda de un artilugio que dispara las ventas y beneficios del arrendatario no puede ser castigada con la resolución y el desahucio, debemos sin embargo atender caso por caso al momento y al contenido de cada contrato de arriendo y al destino decidido por el arrendatario para calificar la situación como patológica o normal, comprendida dentro de los riesgos del contrato. No se trata ya de la suerte y éxito de ventas del arrendatario sino de la inexigibilidad a un arrendador de que prevea que su contraparte puede explotar un negocio desconocido a la hora de celebrar el arrendamiento. Es posible que la base del negocio o las circunstancias se vean alteradas cuanto más antiguo sea el arrendamiento. Esto coincidirá casi siempre con la renta más exigua, pero no es ésta la razón que nos debe llevar a estimar la resolución del arriendo o la revisión drástica de la renta. Asimismo, cuando el cambio de negocio sea radical y el nuevo negocio sea de clase opuesta al inicial, es más probable que el arrendador no haya podido imaginar al celebrar el contrato la renta que sería más adecuada y proporcional, habida cuenta que se trata de un contrato de duración indefinida. Salvo aquellos casos en que el nuevo destino implique obras, subarriendo o actividades inmorales o insalubres, es difícil resolver el contrato de arrendamiento, como no sea admitir la validez de la cláusula *rebus sic stantibus*, también en materia de arrendamientos.

9. NORMAS ADMINISTRATIVAS Y FISCALES. RESPONSABILIDAD DEL ARRENDADOR Y PROPIETARIO

Es posible que el arrendatario instale las máquinas tragaperras sin observancia de la regulación administrativa y fiscal sobre la materia. Aunque la norma administrativa o fiscal no debe variar nuestra calificación civil⁵⁹ del supuesto estudiado, la infracción de las normas administrativas requiere nuestra atención por dos razones: la primera, estudiar si los ilícitos administrativos ocasionales o reiterados del arrendatario constituirían causa bastante para resolver el contrato; la segunda, porque habida cuenta de las sanciones contempladas en la regulación administrativa y fiscal y la responsabilidad establecida, se suscitan no pocas dudas sobre su aplicación y exigen reconocer al arrendador o al propietario un poder de prohibición de instalar las máquinas en el local.

El art. 64 del RD de 27 de abril de 1990 (Re-

gente, más que por vía de principios generales. Vid. Gavidia Sánchez. *Presuposición y riesgo contractual*. ADC XL, II, abril-junio, 1987, págs. 525 y ss.

⁵⁹ Según la Audiencia de Valladolid, la regulación administrativa del juego no puede mediatizar las relaciones contractuales (SAP 29 de julio de 1989). Sin embargo, la propia Audiencia parte del artículo 15 del Reglamento de 1987, de máquinas recreativas, para presumir la propiedad ajena (SAP 16 de diciembre de 1989) o para estimar legalmente imposible la cesión en arrendamiento (19-12-89).

Sin embargo, no hay completa estanqueidad entre normas civiles y administrativas al respecto. No hay más que ver la causa 8.ª del artículo 114 LAU.

glamento de Máquinas Recreativas y de Azar) contempla como sanciones, entre otras, el cierre temporal o definitivo del local donde se juegue y la inhabilitación temporal o definitiva del local para el juego⁶⁰. La clausura del local afecta, como puede entenderse, al propio local, sea quien fuere su propietario. Ni aunque venciera o se resolviera el arrendamiento, no es muy seguro que el propietario pudiera utilizarlo o arrendarlo en negocios recreativos. Eso parece desprenderse de la afección del local. Estamos, en el mejor de los casos, en un supuesto claro de perjuicios ocasionados al arrendador por el arrendatario⁶¹. Con o sin resolución, es admisible, a mi juicio, una acción indemnizatoria por los perjuicios inferidos al arrendador por ilícitos administrativos imputables al arrendatario (1.101 y 1.123 CC, además del 1.559.3 CC, sin demasiado esfuerzo interpretativo, creo yo).

Por su parte, la Ley de 29 de junio de 1990, de Presupuestos del Estado, al adoptar medidas urgentes en materia presupuestaria y tributaria⁶², modifica en parte el RD Ley de 25 de febrero 1977 regulador del juego y lo declara en parte vigente. Al establecer un gravamen complementario sobre la tasa de juego, la Ley de 29 de junio de 1990 declara sujetos pasivos de la obligación «los que lo fueren de la tasa fiscal sobre juegos de envite, suerte o azar» (art. 38.Dos.2.2ª Ley 29-6-90).

Según el RD Ley de 1977, regulador de la tasa del juego⁶³, son sujetos pasivos de la tasa los organizadores y las empresas cuyas actividades incluyen la celebración de juegos. Pero el propio art. 3.º2.º del RD Ley declara:

«Serán responsables solidarios de la tasa los dueños y empresarios de los locales donde se celebren»⁶⁴.

Aunque no nos haga variar nuestra calificación civil de la instalación de máquinas tragaperras, esta responsabilidad fiscal solidaria del dueño del local

de negocio donde se juegue, requiere nuestra decisión interpretativa. O la norma fiscal no dice exactamente lo que quiere decir y presume que el dueño del local obtiene beneficios del juego allí desarrollado, o la norma fiscal es radicalmente inconstitucional en la medida en que declara responsable fiscal⁶⁵ a u sujeto al que no es imputable en modo alguno⁶⁶ el hecho imponible, pues el dueño puede no ser arrendador o, aun siéndolo, ni ha autorizado la máquina tragaperras ni se beneficia de su explotación.

Como debemos salvar la norma fiscal, ésta debe contemplar el hecho imponible y los sujetos pasivos con todos sus matices: de esta manera, el dueño que no sea arrendador o que, siéndolo, no ha autorizado la instalación (pues hemos negado su calificación como subarriendo) no puede ser fiscalmente responsable. Sin embargo, la aplicación que se viene haciendo del RD Ley de 1977 parece quitarnos la razón.

Si la tasa sobre el juego y el gravamen complementario, regulados por la Ley 29 de junio de 1990, consiste en cuotas fijas, las máquinas o aparatos automáticos, precisamente, parecen estar manejando el fundamento de la renta presunta (como, por ejemplo, la licencia fiscal). En ese caso, creo que es reconocible al dueño declarado responsable fiscalmente la oportunidad de «derribar» la presunción⁶⁷, probando que se encuentra desligado por completo del hecho imponible desarrollado en su local: si no aparece un arrendamiento a su nombre y la prueba de que autorizó el juego, es posible que se declare su irresponsabilidad fiscal. Lo contrario rayaría en la inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, cuando menos la responsabilidad administrativa y fiscal que recaiga sobre el local o sobre el propietario deben considerarse genuinos perjuicios causados por el arrendatario —debido a la omisión negligente de sus deberes— al

⁶⁰ Idéntica sanción se contemplaba en el artículo 45 del Reglamento de 3 de julio de 1987, derogado por el de 1990. Atención que hay una omisión en la publicación, precisamente en el artículo 45, por lo que se hace necesario el BOE de 4 de julio de 1987 (R. 1.578) y el de 29 de julio de 1987 (R. 1.749).

⁶¹ Bastaría invocar el principio *ubi commodum* ..., aunque, en cierta forma, la propia LAU, en su artículo 114 contempla perturbaciones de hecho (causa 7.ª y 8.ª) y de derecho (causa 8.ª). No obstante, no contempla explícitamente la venta del piso por el arrendatario o cualquier otro acto de dominio realizado por el locatario. Las consecuencias perjudiciales que se deriven, haya o no terceros de buena fe, son auténticas perturbaciones de derecho que deben dar derecho a resolver. En todo caso, podría alegarse incumplimiento del artículo 1.258 y por tanto del contrato en toda conducta desleal hacia el arrendador si no se estima que los actos de disposición realizados indebidamente por el arrendatario son causa suficiente de resolución (la hipoteca o venta podrían entrar en el amplio concepto de no necesidad del arrendatario).

⁶² BOE 30 de junio de 1990 (R. 1.337)

⁶³ BOE 7 de marzo de 1977 (R. 476). En realidad el bosque de normas reguladoras de la «tasa» legal sobre los juegos de suerte envite y azar es mucho más frondoso. Desde 1977, modificaciones parciales del RD Ley se han efectuado en el RD Ley 8/82, de 30 de abril, con las OO. de 15 de junio y 26 de noviembre de 1982; en el artículo 22 de la Ley 5/83 de 29 de junio; en el RD 2.221/84 de 12 de diciembre, completado por la Orden de 21 de diciembre de 1984 y en el artículo 7.º del RD 338/85, de 15 de marzo. Pero el RD Ley de 1977 subsiste para nuestros efectos al declarar los sujetos pasivos y responsables del impuesto-tasa

⁶⁴ Idéntica redacción tiene el artículo 4.3 del RD 2.221/84 citado.

⁶⁵ No parece que sea exactamente la misma situación que la que describe el artículo 37 de la Ley General Tributaria a pesar del término empleado.

⁶⁶ Una cosa es que sea responsable un tercero, distinto del sujeto pasivo y del sustituto, por mandato de la Ley, y otra que lo pueda ser cualquiera. Se trata de una garantía personal que no declara afecto el local donde se juegue, por lo que, imagino, el adquirente del local no se verá vinculado por el artículo 41 LGT. Sin embargo, el titular actual, al devengarse la tasa, sí. (Y con todo su patrimonio). A mí me parece excesivo. De acuerdo, Oron Moratal. *Régimen fiscal del juego en España*, Madrid, 1990, pág. 89, y López Berenguer. *Manual D Tributario Parte especial*, 3.ª ed, Madrid, 1990, pág. 794 Nada dicen al respecto Ferreiro, Clavijo, Martín Queralt y Pérez Royo. *Curso... Parte especial*, pág. 709, Madrid, 1991.

Por otra parte la STS de 3 de marzo de 1984 declara que el sujeto de la tasa es la empresa operadora, cualquiera que sea la relación civil que guarde con el titular del local. De esta forma, queda aun más lejos el propietario, arrendador o no. El texto del RD Ley de 1977 y del RD 2.221/8 dejan poco espacio a la interpretación «el dueño que sea empresario del local» porque la norma dice *son*, lo que lleva implícito que pueden ser personas distintas el dueño y el empresario. No siendo una afección real del local al pago del tributo, creo que el dueño deberá tener alguna vinculación con el hecho imponible para ser responsable.

⁶⁷ O sea, discutir su responsabilidad (vid. Martín Queralt, Lozano, *Curso Derecho Financiero* pág. 374), porque la presunción que maneja dicha norma es *iuris et de iure*.

arrendador. Además de la acción indemnizatoria⁶⁸ que reconozcamos a éste frente a aquél, es muy probable, a mi juicio, que nos encontremos ante una causa de resolución del arrendamiento.

Si el arrendamiento realiza una actividad (accesoria o no) de juego clandestino, pues incumple las normas administrativas o fiscales, estamos ante un supuesto de actividad inmoral desarrollada en el local arrendado, que da derecho a la resolución (art. 114.8ª LAU). La inmoralidad, que según el TS comprende la ilicitud (falsificación de billetes, STS 17-4-1961, prostitución, 13-4-71, y también el juego prohibido, STS 3-3-54), consistiría no tanto en el *impago* de impuestos que, aunque pudiera resultar inmoral para la conciencia social, no es actividad u omisión desarrollada en el local, cuanto en la actividad de juego «negro» e irregular dentro del local. Aunque se pueda decir que la STS de 1954, al considerar el juego prohibido como algo inmoral, está en una época en que estaba prohibido todo tipo de juego, lo cierto es que hoy también está prohibido el juego como negocio, con omisión de deberes fiscales y administrativos⁶⁹.

En cuanto a la simple infracción de normas administrativas (no fiscales) podrían merecer el calificativo de causa de resolución si lo consideramos igualmente juego prohibido, aunque la aplicación de la causa 8.ª del art. 114 resulta algo más difícil que la anterior. Aunque dicha conclusión no es muy segura, la clausura del local por la Administración perjudica de tal manera al arrendador y propietario que me parece oportuno reconocer al dueño acción para solicitar la retirada de las máquinas, para evitar dicha clausura definitiva. La resolución sería, a mi juicio, admisible, cuando el incumplimiento reiterado del arrendatario supone al arrendador perturbaciones de hecho o de derecho graves, sean o no encajables en el art. 114.8ª LAU. Todo ello sin olvidar la pertinente acción indemnizatoria.

Si la norma fiscal o administrativa cambiara no declarando responsable al propietario o el local, nuestra respuesta sería diferente. En todo caso, las graves consecuencias que puede afrontar el propietario del local no deben hacernos cambiar nuestra calificación civil. La instalación no es subarriendo, aunque en determinados casos, el propietario (o la Administración, no lo olvidemos), pueden pedir al arrendatario que retire las tragaperras de su local.

CONCLUSION

La mera introducción de máquinas tragaperras en un local de negocio no supone por sí misma subarriendo. Ni la obtención de beneficios por un tercero ni la propiedad de éste sobre las máquinas son datos decisivos, pues ocurre igual con otros proveedores del arrendatario o con otro mobiliario comercial que el arrendatario puede tener alquilado o adquirido en *leasing* o con reserva de dominio.

La realidad social, siendo extendidísima la práctica de instalar tragaperras en los locales de hostelería, puede haber consolidado un uso que debe ayudarnos a interpretar el contrato de arrendamiento, incluso cuando éste contuviera el expreso pacto de que el local se destinará a bar.

El desequilibrio entre la renta pagada y los beneficios del arrendatario no pueden calificarse de quiebra de la equivalencia de prestaciones o alteración de la ecuación contractual. En todo caso, si las ganancias adicionales se produjeran porque el arrendatario ha cambiado parcial o totalmente el destino del local, la renta puede ser revisada conforme al art. 99 LAU.

En algunos casos, el cambio de destino a local recreativo puede significar también causa de resolución cuando se vea acompañado de obras o se incumpla la expresa prohibición del arrendador de realizar actividades de juego en el local, contenida en el pacto. De manera excepcional, la cláusula *rebus sic stantibus*, a pesar de la jurisprudencia, podría ser invocada en casos de alquileres antiquísimos en cuyo tiempo era desconocida la forma de explotación adoptada por el arrendatario. Por último, habría causa de resolución si el arrendatario celebra un contrato de cuentas en participación, societario o parciario con la empresa operadora de la máquina, sobre los ingresos de la explotación global del local y no sólo sobre la máquina.

Las sanciones administrativas y fiscales que pudiera sufrir el local o el propietario del mismo por infracciones cometidas por el arrendatario son genuinos perjuicios, de los que debe protegerse al arrendador, no sólo por la vía resarcitoria. O consideramos el juego ilegal (sin autorización administrativa o fiscalmente irregular) una actividad inmoral, dentro del art. 114.8ª, o reconocemos al arrendador acción declarativa que condene al arrendatario a retirar las máquinas, cuya explotación le generó responsabilidad.

⁶⁸ O en algunos casos, sólo de enriquecimiento (Martín Queralt, Lozano, *Curso...* pág. 373).

⁶⁹ Supuesto además de competencia ilícita.