

22 de junio de 1959.

## **CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO, CAUSA DE RESOLUCION**

- Cierre de local de negocio como causa de resolución del contrato de arrendamiento.
- Incongruencia.
- Alteración de la *litis contestatio*.
- Manifestaciones hechas en los escritos de alegaciones y confesión en juicio.
- Eficacia en juicio de los documentos públicos. Fuerza probatoria de los libros de los comerciantes.
- Libro-registro de viajeros.
- Prueba de presunciones.
- Prueba de las obligaciones.
- *Onus probandi*.
- Distribución de la carga de la prueba.

## **RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA**

### **SOBRE RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL HOTEL INTERNACIONAL DE SAN SEBASTIAN**

#### **A LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

D. Federico Demá e Ilurre, Procurador de los Tribunales y de D. Lucio San Martín Andueza, representación que tengo acreditada en autos de recurso de injusticia notoria preparado por mi representado contra sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 22 de marzo de 1958, en juicio seguido contra el mismo por D. Aurelio Pérez Garmendia, sobre resolución del contrato de arrendamiento del Hotel Internacional de San Sebastián; ante la Sala, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que dentro del término de quince días que se me concede en providencia de 9 de los corrientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, formalizo, por medio del presente escrito, el recurso de injusticia notoria anunciado, a cuyo fin establezco los siguientes

#### **ANTECEDENTES**

##### **I**

El arrendamiento y sus condiciones. Por escritura pública de 2 de marzo de 1927, D.<sup>a</sup> Jesusa Lara Prieto arrendó la casa número 59 de la calle de San Martín, de San Sebastián, de que era propietaria, a D. Lucio San Martín y Andueza, por un plazo de diez años, y pactándose el precio o merced de 20.000 pesetas anuales durante los cinco primeros años y de 23.000 pesetas los cinco años restantes, con las demás estipulaciones que constan en la mencionada escritura.

En 21 de noviembre de 1939, y también por escritura pública, se otorgó nuevo contrato de arrendamiento, interviniendo las mismas partes como arrendadora y arrendatario, respectivamente. La duración del contrato se fijó igualmente en diez años, y se estipuló un precio o merced de 23.000 pesetas anuales.

Ambos contratos fueron inscritos en el Registro de la Propiedad.

##### **II**

D. Aurelio Pérez Garmendia -el demandante, hoy recurrido- adviene arrendador, por compra que de la citada finca hizo a D.<sup>a</sup> Jesusa Lara Prieto, según escritura pública

de 25 de noviembre de 1939. Tenía, por consiguiente, conocimiento de que compraba una finca urbana arrendada.

### III

Todos los establecimientos de hostelería de San Sebastián, y especialmente los del tipo del que es objeto de estos autos, sufren las oscilaciones de concurrencia de viajeros, según la temporada. Hay gran afluencia en verano, mientras en los meses centrales del invierno apenas existe movimiento de viajeros. No obstante, el Sr. San Martín, bien que procure alguna -necesaria- economía de gastos en invierno, *no cierra su local de negocio*, sino que lo tiene a punto, *durante todo el año*, para recibir a cualquier cliente que se presente. Es la propia familia del empresario la que atiende a estos viajeros.

### IV

El arrendador promovió juicio de resolución del contrato, con fecha 13 de abril de 1957, fundado en una nueva causa de la reciente Ley: la del número 3.º del artículo 62 y número 11 del artículo 114. El *pretexto* utilizado fue que encontró cerrada *materialmente* la puerta del edificio en alguna ocasión.

### V

Seguido el pleito por sus trámites ante el Juez Decano número 1 de San Sebastián, éste dictó sentencia con fecha 11 de diciembre de 1957, desestimatoria de la demanda, con el siguiente fallo:

«Que desestimando la demanda promovida por el Procurador D. Enrique Jáuregui Gainzarain, en nombre y representación de D. Aurelio Pérez Garmendia, contra D. Lucio San Martín Andueza, sobre resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio denominado "Hotel Internacional", sito en el número 59 de la calle de San Martín, de esta ciudad, y, en su consecuencia, declaro no haber lugar a la resolución de dicho contrato de arrendamiento solicitado por la parte actora y absuelvo de la demanda al demandado, e impongo al actor las costas de este juicio por legal imperativo.»

Los fundamentos en que se apoya esta sentencia de primera instancia pueden resumirse así:

a) La doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 15 de junio de 1948, 27 de noviembre de 1950, 20 de enero y 29 de octubre de 1951 y otras), que tiene declarado que en materia de desahucio y resolución de contratos de arrendamiento urbano, la prórroga es la regla general y la no prórroga la excepción y por eso *las causas de desahucio opuestas a aquella norma general deben ser interpretadas restrictivamente*.

b) Que debidamente seleccionada la materia jurisprudencial que cita la sentencia, relativa a la carga de la prueba -sentencias de 3 de junio de 1953, 30 de noviembre de

1943 y 12 de abril de 1948-, ha de valorarse discrecionalmente por el juzgador si hay datos aparentemente contradictorios o interruptivos del cierre durante más de seis meses en el curso de un año, que puedan ser fácilmente preparados al efecto, y, por otra parte, si de la serie de hechos relativos a la falta de recepción de clientela de un negocio se deduce ser esporádicos o, por el contrario, ha de suponerse por inducción lógica la continuidad de la situación de cierre durante los días que concretamente no resulta en la prueba acreditado si estuvo cerrado o abierto, con la importante salvedad de que *por el hecho de que un huésped entre el primero o salga el último no se prueba que en el mismo día renunció un hotel a seguir abierto.*

Por ello, ni está exonerado de toda la prueba el actor, y *tanto más cuanto que tiene que probar un hecho que el texto legal define en forma afirmativa*, ni tampoco le basta en estos casos con negar los hechos al demandado, y es el criterio discrecional del juzgador el que debe decidir, finalmente, si la negación de hechos de la demanda es suficiente para el demandado, o si los hechos gramaticalmente o realmente contradictorios de aquéllos es más fácil de probarlos que los que la ley exige como amparo del complejo de hechos aducido por el actor.

c) Respecto al cierre del Hotel Internacional en los finales de la primavera del año 1956, estima la sentencia que *la prueba que ofrecía el actor ha quedado poco menos que inconsistente*, por estar reseñados en el libro de viajeros del Hotel, siempre ofrecido al control de la Policía gubernativa, un número crecido de huéspedes apenas iniciada la vigencia del actual ordenamiento del arrendamiento urbano, no obstante la certificación de que en mayo de 1956 no hubo consumo de agua, *lo cual deja en plena duda toda la eficacia de las certificaciones acerca de este suministro*, por lo que el problema se puede concretar al fin de temporada de verano de 1956, o sea, desde esta época, al comienzo de la temporada de verano de 1957. A favor de este cierre hay unas actas notariales de presencia, en tres fechas distintas y distantes, de las que se deduce que no hay más señal de vida en el Hotel que una ventana abierta, y que no se puede entrar en el accionando desde fuera la puerta, *pero no de lo que hubiera ocurrido si se hubiera llamado pidiendo entrada. Ninguna prueba de que ningún huésped, en esas fechas, haya pedido alojamiento y se le haya negado por cierre; ninguna prueba de que se haya dado de baja el establecimiento a efectos contributivos; ninguna prueba de que no viviera nadie en el Hotel en el concepto que fuera durante el invierno. Prueba absoluta de que el consumo de agua y electricidad se ha reducido al mínimo en esa temporada, y prueba racionalmente cierta de que el personal de servicio del Hotel, que estaba dado de alta a efectos laborales, fue dado de baja en 30 de septiembre de 1956, aparte dos intentos de lectura de contadores, fallidos por encontrarse cerrado el Hotel, según el empleado encargado de esta operación hizo constar.*

d) Frente a esta prueba está la admisión por el actor de que *dos hijas del demandado habitan en el Hotel fuera de la temporada de verano*, aunque no admite que se dedicaran dentro de él a atender hospedados; la notoria y admitida por ambas partes de que *la afluencia de personas a los hoteles de San Sebastián disminuye mucho fuera de la temporada de verano*; la guía oficial del Turismo, en que consta que *el Hotel está abierto durante los doce meses del año*, y los asientos del libro de viajeros del Hotel, *en que con fechas que rozan los seis meses, pero no los rebasan, aparece la salida del último viajero y la entrada del primero, desde otoño de 1956 a la primavera de 1957.* La contradicción entre la falta de personal a últimos y a primeros de las indicadas fechas y la atención de huéspedes en el Hotel durante las mismas, la soluciona el actor

atribuyendo inexactitud a tales asientos, hechos por el interesado demandado, y éste las explica relacionándola con la gran disminución de hospedados a principios y a finales de temporada, -con la permanencia de la familia del hostelero en el edificio durante todo el año -hecho en parte admitido- y con la falta de relación necesaria y directa entre las fechas de baja y alta laboral de productores y la realidad.

e) Al valorar la prueba, la sentencia se refiere a las actas notariales, respecto de las cuales ya queda reseñado hasta dónde se extiende el valor de los hechos que la fe pública notarial ampara. Examina también las diferencias que hay entre los partes de viajeros concordantes con los libros del Hotel y las manifestaciones de los encargados de anotar consumos de suministros sobre haber o no haber podido llevarlos a cabo por las causas que fueran; y aprecia como diferencia esencial la de que una manifestación falsa de haber entrado o salido huéspedes puede tener consecuencias graves gubernativas y penales, aparte de que requiere la colaboración del viajero, que no tiene por que exponerse a tal sanción, y menos aun cuando no hace falta ninguna tener un huésped cómplice o inventado para acreditar que el Hotel está abierto o vacío, *pues la falta de clientela no la sanciona la Ley con la anulación del contrato, si no equivale a cierre voluntario e injustificado*. Y, por otra parte, en cuanto a la manifestación de un empleado subalterno del servicio de aguas, no consta que se tomen medidas para comprobar la veracidad de su aserción, ya que, además, o se causa con ello otro perjuicio al servicio de aguas que tardar en cobrar lo consumido hasta la próxima toma de anotación del consumo.

f) Admite la sentencia que no es imposible que se atienda un corto número de huéspedes por la familia del hotelero, ni racionalmente es imposible que si en varios días, en meses distintos, la puerta del Hotel estaba cerrada, por no tener huéspedes ni esperarlos, estuviera abierta al día siguiente o durante otros días.

g) Y termina la sentencia de primera instancia con estos tres «considerandos» que se transcriben a continuación:

«Considerando: Que con ello queda decidida la cuestión de si el demandado cerró o no el establecimiento durante ciento ochenta días, en el sentido de que no ha quedado probada esta excepción a la proroga, sin que no sólo la valoración de los hechos, sino la prueba de su existencia, deba interpretarse con criterio favorable al actor, sino cuando se advierta simulación clara de funcionamiento o apertura, siguiendo así las normas jurisprudenciales al principio indicadas. Y respecto a la última sentencia citada, de ella se desprende la improcedencia de estimar una falsedad, que sería penalmente punible, sin que ni se adviertan indicios suficientes para ella, ni siquiera la parte actora llegue terminantemente a afirmarla, ni a impugnar el documento en este sentido.

Considerando: Que siempre es de delicadeza suma la apreciación de cómo con una interpretación libre y que deje en segundo plano lo que se deduce de la prueba y lo que la ley expone literalmente, se serviría el espíritu inspirador de ella, al margen o por encima de sus propios preceptos, o por lo menos inclinándose a favorecer al que aparece como parte débil en el asunto. No puede el juzgador ir más allá de lo que ha ido el espíritu proteccionista del legislador, que es el que le debe dar, en su caso, su justa medida, ni disminuir en ninguna ocasión el respeto a la Ley y a las resultas de la prueba del proceso, ni tampoco debe prejuzgar, en muchos casos, cuales sean las consecuencias reales del fallo del asunto en uno u otro sentido. Por ella, y relacionado con los intereses

públicos que se invocan, con atribución de abuso de derecho al arrendatario, no es de estimar como indudable que un hecho concreto, como es la resolución de este caso, favorezca o perjudique a los intereses mercantiles, turísticos o de otra clase, de la población en general. Lo único indudable es que por la liberación del contrato de arrendamiento de un hotel, del mismo modo que se puede por el propietario exigir de un nuevo arrendatario que se tenga abierto durante todo el año, puede exigírsele mayor renta o condiciones más onerosas, e incluso pactarse un contrato nuevo o de temporada con el propio arrendatario saliente, con condiciones, bien más justas con arreglo a las actuales condiciones de vida, dada la antigüedad del contrato, bien simplemente más favorables a la propiedad, nada de lo cual aparece *prima facie* censurable, pero se alude a ello únicamente para hacer constar la atención del juzgador hacia todos los aspectos del problema que pueden tener el carácter de interés general que por las partes en juicio se ha invocado.

Considerando: Que, por ella, no debe darse lugar a la demanda y debe condenarse en las costas a la parte actora, por ser así preceptivo.»

## VI

Contra la anterior sentencia se interpuso, por la representación del demandante, recurso de apelación para ante la Audiencia Territorial. Se celebró la vista, y la Sala, con fecha 6 de marzo de 1958, dictó providencia declarándose en *discordia*, «por no haberse llegado a unanimidad de criterios entre los señores que la componen, conformes en todos los demás puntos litigiosos, en el extremo del número de días en que el Hotel de que se trata permaneció sin funcionar».

Celebrada nueva vista, con asistencia del Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial, más otro Sr. Magistrado designado al efecto, la Sala dictó sentencia, con fecha 22 de marzo de 1958, por la que se revoca la del Juez de primera instancia número 1 de San Sebastián, y dando lugar a la demanda se declara no haber lugar a la proroga del arrendamiento de la casa número 59 de la calle de San Martín, dedicada a local de negocio denominado Hotel Internacional; dando también lugar al desahucio, requiriendo de lanzamiento al demandado si no lo desaloja y condenándole en las costas de primera instancia.

Se funda esta sentencia en que lo que ha de decidirse en el recurso es si el local de negocio Hotel Internacional, de la ciudad de San Sebastián, permaneció o no cerrado por un plazo superior a seis meses. Y («considerando» primero) estima que el Juzgado de primera instancia no es consecuente con las afirmaciones que hace en el «considerando» tercero de su sentencia, pues, a pesar de ellas, entiende la doctrina del Tribunal Supremo que se refiere a la interpretación restrictiva de las causas de resolución del contrato de arrendamiento al análisis de las pruebas que evidencian la realidad del cierre, llegando, tras una apreciación de la prueba que no puede aceptarse -a juicio de la Sala-, a desestimar la demanda.

Califica la sentencia, en su «considerando» tercero, de suceso que ha de darse por acaecido que el Hotel Internacional de San Sebastián permaneció cerrado al público durante ciento ochenta días, del 9 de octubre de 1956 al 6 de abril de 1957, inclusive, «puesto que en el hecho 6.º de la contestación a la demanda -dice- así se reconoce».

Urgenos ya anticiparnos a señalar el gravísimo error que padece la Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona -Sala de discordia-, cuando basa su afirmación principalmente en esa atribución inexacta al escrito de contestación a la demanda -bien contraria a la realidad-, de que el demandado lo ha reconocido, cuando la verdad es que, en su escrito de contestación, reiteradamente niega el hecho de que el Hotel Internacional hubiera permanecido cerrado; así, en el fundamento II del escrito de contestación se dice: «Insistimos en que sólo durante ciento ochenta días no tuvo huéspedes el Hotel Internacional, *lo que no supone que durante ese periodo de tiempo estuviera cerrado*, ya que es notorio que un Hotel puede estar abierto y carecer de huéspedes... » «*El Hotel Internacional, en realidad, ha estado abierto todo el año...*», si bien durante ciento ochenta días no ha tenido la fortuna de tener huéspedes» (folio 84 vuelto). Error en el que reincide en el «considerando» quinto, en el que sobreestima, como más tarde demostraremos, una certificación del Ayuntamiento de San Sebastián en la que no se acredita el cierre del establecimiento por el periodo que la ley exige para resolver la relación arrendataria, sino simplemente el hecho, más modesto, de que, en un determinado día, el lector de contadores de agua asegura -sin otra base probatoria que su propia y personal afirmación- no haber podido proceder a su lectura. Frente a tan clara situación del problema, la Audiencia, por el contrario, entiende que se ha de partir de aquella otra realidad -que no lo es- para no perderse en disquisiciones inútiles respecto a si el libro de viajeros del Hotel Internacional es o no un documento privado falto de eficacia por no haber sido reconocido ni legitimado por ninguna otra prueba, ni si, aun apreciándolo como libro de comercio, pudiera reconocérsele eficacia a sus asientos en este litigio, porque de todas las anotaciones que en autos se conocen de ese libro sólo dos interesan: la que se refiere al día 8 de octubre de 1956 (viajero D. Miguel Laguna) y la relativa al 7 de abril de 1957 (viajero D. Fernando Poole), y la fuerza probatoria de éstas más se debería a los partes de viajeros presentados a la Comisaría del Cuerpo General de Policía (folios 70 y 71) que a tales asientos.

A juicio de la Audiencia, los partes que se presentaron a la Comisaría del Cuerpo General de Policía, reflejados en el correspondiente libro, no pueden tener otra significación probatoria que la de una presunción a favor de la existencia de un viajero en los días que se visaron los partes, presunción judicial de aplicación subsidiaria; y en los autos aparecen unidas certificaciones (folio 125, Delegación del Instituto Nacional de Previsión; folio 126, Delegación de Mutualidades Laborales) a las que se ha de tener por eficaces y se ha de proclamar la realidad de lo que aseguran: Que desde 1 de octubre de 1956 hasta el 11 de abril de 1957 no contaba el Hotel con personal alguno de servicio, y saca la consecuencia de que un hotel sin personal es como una tienda sin existencia o una fábrica sin obreros, y al no practicarse los actos propios del comercio o industria, esos establecimientos han de reputarse cerrados.

También se apoya la sentencia en la certificación del Ayuntamiento de San Sebastián (folio 124) para admitir que el local permaneció cerrado más de seis meses, y termina estimando, por estas razones, que procede la revocación de la de primera instancia.

## VII

Por los Magistrados Sres. Sotés Errazu y González García se formuló un voto particular, en el sentido de confirmar en todas sus partes la sentencia dictada por el

Juzgado de primera instancia número 1 de San Sebastián, por entender que la apreciación de si el Hotel estuvo cerrado o no durante más de ciento ochenta días es una cuestión de hecho, y a tal efecto bastaría la aceptación de los fundamentos de la sentencia del Juzgado para resolver en sentido de ser procedente la absolución del demandado, por no acreditarse por el actor, a quien incumbe hacerlo, que, efectivamente, fueran más de los expresados días los que el Hotel permaneció cerrado. Y por las razones que alegan, estiman que ni la baja del personal a efectos laborales, ni la certificación municipal de que no pudo hacerse la lectura del consumo durante el mes de abril, son datos bastantes para deducir que los dos viajeros que se citan como clave del problema no fueran tales, sin que quepan las comparaciones a que la sentencia de la Sala se refiere: tienda sin existencias o fabrica sin obreros, porque las hipótesis son en todo ajenas al caso actual, en que los viajeros pudieron ser atendidos por familiares del arrendatario.

## VIII

Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, de fecha 22 de marzo de 1958, de que queda hecho mérito, se preparó por mi representado, en tiempo y forma oportunos, recurso de injusticia notoria para ante el Tribunal Supremo; y se tuvo por preparado en virtud de auto de 11 de abril siguiente, emplazándose a las partes para comparecer ante dicho Tribunal, con fecha 12 del mismo mes.

Se han consignado las rentas correspondientes al trimestre de abril, mayo y junio del presente año, según consta en el resguardo de la Caja de Depósitos, Sucursal de Navarra, por importe de 15.500 pesetas (cuyo original obra en poder del Abogado del Estado) y que por copia expedida por el Secretario de Sala obra en autos.

## IX

Habiendo sido emplazado, como queda dicho, con fecha 12 de abril, el 21 del mismo mes compareció ante esa Sala Primera del Tribunal Supremo el Procurador que suscribe, en nombre de D. Lucio San Martín Andueza; y por el presente escrito, dentro del término legal del artículo 136, formalizo el recurso de injusticia notoria, que apoyo en los siguientes

### MOTIVOS DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA

#### *MOTIVO PRIMERO*

Al amparo de la *causa 3.ª* del artículo 136 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos: injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal.

La sentencia de la Sala de discordia parte del hecho -cuyo reconocimiento se imputa al demandado- de que el Hotel Internacional permaneció cerrado al público, por



lo pronto, durante ciento ochenta días, en el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 1956 al 6 de abril de 1957, inclusive («considerando» tercero). Y esta atribución al demandado del reconocimiento del hecho del cierre por un período justo de ciento ochenta días no tiene para la Sala carácter subsidiario o complementario; todo lo contrario, es fundamento esencial y decisivo del fallo cuando en el «considerando» quinto da por probado -en virtud de una certificación del Ayuntamiento de San Sebastián, referente a datos obrantes en el Negociado de Aguas-, que el Hotel Internacional estaba cerrado también el día 8 de abril de 1957 y, por tanto, durante más de ciento ochenta días, al añadir esta fecha al período, según la Sala, ya confesado por el demandado.

En efecto, en su «considerando» tercero, la sentencia de la Sala de discordia, objeto de recurso, dice así: «...de suceso que ha de darse por acaecido, *puesto que en el hecho sexto de la contestación a la demanda así se reconoce*, que el Hotel Internacional, de San Sebastián, permaneció cerrado al público durante ciento ochenta días (del 9 de octubre de 1956 al 6 de abril de 1957, inclusive) ... » Y esta afirmación la reitera, con carácter de fundamento *decisivo* para el fallo, la Sala sentenciadora en el «considerando» quinto: «...según la certificación del Ayuntamiento de San Sebastián, que constituye el folio 124, estaba cerrado (el Hotel Internacional) el día 8 de abril de 1957, y como sin incluir ese día *se reconoce, como se deja dicho en la contestación a la demanda, que permaneció cerrado ciento ochenta días...* »

Como ya decíamos en el apartado VI de los antecedentes de este escrito, la Sala sentenciadora atribuye tal reconocimiento erróneamente al demandado. Basta, para comprobarlo, la lectura directa del escrito de contestación, que obra en autos a los folios 81 y siguientes.

En el hecho sexto del escrito de contestación, a que se refiere la Sala, se dice (folio 82 vuelto): «Aunque creemos haber demostrado, a pesar de no estar obligados a ella, que *el Hotel Internacional no ha estado cerrado al público más de ciento ochenta días...*» Y es evidente que esta frase no tiene ni puede tener el valor de reconocimiento de un hecho articulado de contrario y que perjudica al demandado:

A) Porque afirmar que decir «el Hotel Internacional no ha estado cerrado al público más de ciento ochenta días...» es reconocer que ha estado cerrado durante ese mismo período no es conclusión lógica que autoricen las reglas de la sana crítica. El demandado, en esta frase, incluso considerada aislada del resto del escrito de contestación, se expresa dialécticamente. Y en ese sentido debe ser ponderada tal expresión de mero carácter negativo, no afirmativo.

La realidad es que el demandado -el Letrado del demandado en su escrito de contestación- lo más que dijo en el sentido que la sentencia pretende es «que no estaba probado el cierre más de ciento ochenta días»; pero eso no es -de ninguna manera- decir que estaba probado el cierre de los ciento ochenta días. Atribuirle la afirmación de que al decir que no estaba probado el cierre de más de ciento ochenta días que estaba cerrado durante ese lapso de tiempo es un sofisma; sofisma que se desenmascara fácilmente, pues para que no esté probado el cierre de más de ciento ochenta días es *suficiente* que haya estado cerrado ciento ochenta días justos, pero *no es necesario* que haya estado cerrados los ciento ochenta días, porque lo más comprende lo menos. Se confunden, pues, en la sentencia categorías tan elementales en el orden lógico (y el

juicio jurídico es un juicio lógico) como la *razón suficiente* con la *razón necesaria* o causalidad.

B) Porque, además, las reglas de la sana crítica exigen que tal frase sea leída en relación con su contexto. Y así, no es lícito aislarla, ni siquiera cortarla. Es notorio que los hechos cuarto y sexto (así numerado este último por error, en realidad es el quinto), de la contestación están en relación con el hecho cuarto de la demanda (folios 57 y siguientes) en que por el actor se alega el supuesto cierre del Hotel durante un período ininterrumpido del 1 de octubre de 1956 hasta el 7 de abril de 1957, por lo menos. Y en el hecho cuarto de la contestación se encabeza así la réplica al correlativo de la demanda: «A partir de este hecho, el actor desconoce la verdad cuantas veces estima le es conveniente olvidarse de aquella» (folio 81 vuelto), y se añade, más adelante (folio 82 y 82 vuelto): «Es decir, que en los meses de octubre de 1956 a abril del año en curso que, según el actor, estuvo cerrado el Hotel, demostramos nosotros que tuvo huéspedes hasta el día 8 del primero de los meses citados y desde el día 7 del segundo. No que estuvo abierto al público, ya que, como se ha dicho y es notorio, puede un hotel estar abierto al público y no tener huéspedes. Pues bien, de esa prueba se deduce que el único período de tiempo en que el Hotel careció de huéspedes fue el siguiente:

Octubre, veintitrés días; noviembre, treinta días; diciembre, treinta y un días; enero, treinta y un días; febrero, veintiocho días; marzo, treinta y un días, y abril, seis días; en total, ciento ochenta días.

Si ha tenido huéspedes todo el año, menos ciento ochenta días, y si es absolutamente imposible que se afirme que un Hotel está cerrado al público teniendo huéspedes, es notorio que resulta falso que el hotel haya estado cerrado, en el año a que hace referencia el demandante, más de seis meses; es decir, más de ciento ochenta días.»

Porque el hecho sexto de la contestación a la demanda, que debe ser considerado dialécticamente como mera continuación del hecho cuarto, contiene en sí mismo, además, la negación de que la frase de méritos suponga el reconocimiento que estima la Sala. En efecto, en el referido hecho sexto se dice así:

«Aunque creemos haber demostrado, a pesar de no estar obligados a ello, que el Hotel Internacional no ha estado cerrado al público más de ciento ochenta días, para poner de manifiesto la temeraria actividad judicial del demandante, acompañamos los siguientes documentos:

1.º Cartas de pago acreditativas de que D. Lucio San Martín ha pagado la Contribución Industrial por los siguientes trimestres: tercero y cuarto de 1956 y segundo, tercero y cuarto de 1957 (documentos 6 y 7).

2.º Recibos de luz a partir del mes de mayo de 1956, en el que se acredita que dicho mes, que se afirma estuvo cerrado el Hotel, se satisfizo por ese concepto 1.403,87 pesetas, y en el de junio, 1.580,90 pesetas, y en el de octubre de 1956, 631,93 pesetas (documentos 8, 9 y 10).

3.º Recibos por suministro de agua correspondientes a los trimestres siguientes: segundo y cuarto de 1956, de cuyas lecturas se deduce que, en el primero de ellos, se pagaran 461,95 pesetas, y en el segundo, 8.556,00 pesetas (documentos 11 y 12).

4.º Testimonio referido a la *Guía Oficial Abreviada de los Hoteles de España*, editada por la Dirección General de Turismo y correspondiente al año 1956, en el que se hace constar que el Hotel Internacional está abierto durante todo el año (documento 13).

Causa verdadera extrañeza que se afirme ha estado más de seis meses cerrado un hotel en período en el que, en el único documento oficial referente a los hoteles españoles, se hace la afirmación de que está abierto durante todo el año; que ha satisfecho la contribución industrial en los períodos en que se afirma está cerrado, que durante todo el año ha pagado importantes cantidades por suministro de fluido eléctrico y que también durante todo el año ha acreditado el consumo de grandes cantidades de agua.»

D) Porque la negación del hecho del cierre durante el período de meritos resulta asimismo de los fundamentos de Derecho del escrito de contestación. En efecto, en el fundamento segundo se afirma por el demandado (folio 84): «Insistimos en que sólo durante ciento ochenta días no tuvo huéspedes el Hotel Internacional, *lo que no supone que durante ese período de tiempo estuviera cerrado*, ya que es notorio que un hotel puede estar abierto y carecer de huéspedes...» «*El Hotel Internacional, en realidad, ha estado abierto todo el año...*, si bien durante ciento ochenta días no ha tenido la fortuna de tener huéspedes» (folio 84 vuelto). Y en el fundamento tercera (en el escrito se numera también segundo, por error) se afirma terminantemente: «Y en este caso, además de haberse probado que no estuvo cerrado durante más de ciento ochenta días, ya que no excedió de ése el número de días en que careció de huéspedes, *hemos demostrado que estuvo abierto todo el año*, porque durante todo el año satisfizo importantes cantidades por el suministro de fluido eléctrico, y porque también durante ese largo período de tiempo pagó importantes cantidades por el suministro de agua» (folio 85).

Queda demostrado, así, que no existe tal reconocimiento por el demandado del hecho del cierre del Hotel Internacional, de San Sebastián, durante los ciento ochenta días que comprende el período del 9 de octubre de 1956 al 6 de abril de 1957; reconocimiento que le atribuye, repetimos, la Sala de discordia en los «considerandos» tercero y cuarto de la sentencia recurrida.

Con ello, la Sala ha cometido un grave error, que al incidir sobre el escrito de contestación descarta la articulación de este motivo como error en la apreciación de la prueba y exige su formulación procesal al amparo de la causa tercera del artículo 136 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Pues, en efecto, al reducir la Sala el ámbito de la cuestión litigiosa a la sola cuestión de hecho de si se había rebasado, o no, el período de ciento ochenta días en que, según ella, ya el demandado reconocía haber permanecido cerrado el Hotel Internacional, se comete injusticia notoria por infracción de preceptos y de doctrina legal, aplicados indebidamente.

En primer lugar, incide la sentencia en vicio de incongruencia, que se denuncia invocando el artículo 349 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al limitar la cuestión litigiosa en virtud de la contestación a la demanda en términos que no pueden imputarse

al demandado. Y así es, porque es doctrina mantenida en reiteradísima jurisprudencia por esa Sala del Tribunal Supremo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 349 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya citado, que incurre en incongruencia el Juez o Tribunal que se aparta del principio general de *juxta allegata et probata*, que en materia civil obliga al juzgador a decidir los problemas planteados con sujeción a los hechos alegados, por lo que la Sala de discordia atribuyendo al demandado una admisión no efectuada de hecho ha alterado el cuasi contrato de *litis contestatio*, que tanto obligaba a ello como a las partes por imperio del principio dispositivo que rige en nuestro procedimiento: entre otras, sentencias de 18 de octubre de 1927 y 30 de noviembre del mismo año, 2 y 24 de febrero de 1928, 13 de febrero de 1930, 9 de junio de 1949 y 22 de enero de 1952.

Concretamente, el error de apreciar conformidad donde no la hubo ha sido, en aplicación de la anterior doctrina, calificado de incongruencia por sentencia de 4 de junio de 1908.

A mayor abundamiento, y subsidiariamente, y aun cuando es sabido que «las manifestaciones consignadas en la demanda o contestación no tienen el valor ni la fuerza de la confesión judicial» (sentencias de 19 de abril de 1886, 17 de diciembre de 1887 y 12 de junio de 1890), tampoco cabría considerar en ningún caso que el hecho del cierre, al menos por un período de ciento ochenta días, del Hotel Internacional, ha sido admitido por el demandado y por ello hay lugar a tenerle en este extremo por confeso (poniendo en relación el artículo 549 con los artículos 540, 524 Y565), pues (dejando incluso la insuperable dificultad de identificar la manifestación efectuada por el demandado en el hecho sexto de la demanda con la confesión *llana* que exige el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con los concordantes del mismo cuerpo legal, antes ya citado) es evidente que, por aplicación del artículo 1.233 del Código civil, tampoco cabría dividir contra el demandado tal confesión, teniendo en cuenta sólo una frase que le perjudica -si es mal leída-, y despreciando, por el contrario, todo el restante contenido del escrito de contestación, en que tal frase, además, recibe cumplido sentido, tal como aquí queda analizado.

Y aun cabe argumentar que resulta del todo insólito que el presunto reconocimiento de un supuesto de hecho concreto, que la Sala de discordia «descubre» en la sentencia recurrida, haya sido inadvertido por el Juzgado *a quo*, que no sólo no se refiere al mismo en su sentencia, sino que, en trámite oportuno, dejó de aplicar lo dispuesto en el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que es segura no habría dejado de hacer de ser tan evidente la conformidad del demandado que declara la sentencia de la Sala.

Por último -conocida la regla general, formulada por reiteradísima jurisprudencia, de que el vicio de incongruencia sólo sabe ser esgrimido contra el fallo o pronunciamientos y no contra los fundamentos de la resolución-, nos acogemos a la excepción, declarada por sentencias de 18 de febrero de 1933, 9 de marzo de 1934 y 5 de febrero de 1935, que admite este motivo «contra los considerandos que sean base y premisa forzosa del fallo», que es nuestro caso.

**MOTIVO SEGUNDO**

Al amparo de la *causa 4.ª* del artículo 136 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos: Manifiesto error en la apreciación de la prueba cuando se acredite por la documental o pericial que obre en los autos.

La sentencia recurrida, además, da por probado -erróneamente, como demostraremos- que el Hotel Internacional, de San Sebastián, a que se refiere el pleito, estuvo cerrado al público más de ciento ochenta días, en el período de tiempo comprendido entre 1 de octubre de 1956 y 12 de abril de 1957, en que el personal obrero dependiente de la empresa estuvo dado de baja a efectos de Seguros Sociales y Mutualidad Laboral; o bien, entre 9 de octubre de 1956 (puesto que admite que el día 8 había un viajero) y 8 de abril de 1957 (en que -según asevera- no se pudo tomar lectura del contador de agua, por el Servicio de Aguas del Ayuntamiento, por hallarse cerrado -dice- el Hotel). Es decir, la sentencia recurrida llega a esa conclusión de hecho, mediante una *sui generis* apreciación de estas dos pruebas: las certificaciones de altas y bajas de Seguros sociales, expedidas por el Jefe del Departamento de Afiliación y Contratación de la Delegación del Instituto Nacional de Previsión, de Guipúzcoa, y por el Interventor de la Delegación Provincial de Mutualidades Laborales, a 28 de julio de 1957 (folios 125 y 126 de los autos), y la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de San Sebastián, a 27 de julio de 1957, folio 124 de los autos.

Pero al apreciar de aquella manera esta prueba, la sentencia recurrida incurre en manifiesto error, acreditado por la *prueba documental*, a saber:

A) Los referidos documentos no acreditan que el Hotel estuviera cerrado al público más de ciento ochenta días. Las certificaciones del Instituto Nacional de Previsión y de Mutualidades Laborales podrían acreditar, a lo sumo, o que el Hotel, durante el período de tiempo a que se refieren, había prescindido del personal asalariado, o que había incumplido las obligaciones de cotizar para los Seguros Sociales y para la Mutualidad. Ninguna de ambas hipótesis es equivalente ni equiparable a la de tener cerrado el Hotel, ya que para que este funcione y pueda recibir huéspedes, en el reducido plan de turismo de la temporada de invierno, en San Sebastián, no es necesario tener un personal fijo asalariado; y, por otra parte, la falta de afiliación, y consiguientemente de cotización, sólo significaría el incumplimiento de unas obligaciones de la empresa para con su personal, pero no el cierre del establecimiento. La realidad es que, para el escaso movimiento de viajeros en esa temporada, se bastaban y sobaban los familiares del empresario, que durante *todo el año* permanecen en el Hotel, dispuestos a recibir huéspedes, a aposentarles y a servirles.

La certificación del Secretario del Ayuntamiento de San Sebastián, en la que, con referencia a datos que se dice obran en el libro de aforo existente en el Negociado Administrativo de Aguas, se dice que el 8 de abril de 1957 no se pudieron tomar lecturas en los contadores, por hallarse cerrado el Hotel, tampoco prueba que ese día el Hotel estuviera cerrado al público. En la hipótesis de que la aseveración fuera cierta, sólo probaría que, *a la hora en que se presentó el empleado de Aguas*, la puerta estaba materialmente inaccesible; pero no prueba ni que hora era, ni si se intentó *llamar* con señales acústicas para que abriesen. En una palabra, no demuestra que si hubiera llegado un viajero hubiera dejado de ser recibido. Y es más sorprendente que la sentencia recurrida sobreestima el dato a que se refiere la citada certificación del Secretario del Ayuntamiento de San Sebastián, cuanto que si no niega que el día 7 de abril hubo por lo menos un huésped, esta circunstancia denotaba que ese día 7 estaba el

Hotel abierto al público, y no tenía por que no estarlo al día siguiente, en que la temporada de primavera había avanzado un día más.

Para no incurrir en este error, por otra parte, le habría bastado a la Sala de discordia tener presente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, por sentencia de 12 de mayo de 1956, al examinar un documento semejante. (En aquel caso se trataba del cobro de las facturas por consumo de energía eléctrica; en este caso, de la lectura de los contadores de consumo de agua. El supuesto, pues, es el mismo). En la calendada sentencia, en efecto, se estima que «...como el comunicado de Unión Eléctrica Madrileña... se limita a aseverar estrictamente que en los meses de febrero a julio y de septiembre a octubre de 1952 no ha cobrado las facturas de consumo de luz por hallarse cerrado el local de negocio arrendado, obvia parece la procedencia de su desestimación por injustificación total, ya que la aludida comunicación, carente de la calidad de documento público, *no afirma más que ha encontrado cerrado el local en los breves y contados momentos que requieren las operaciones intermitentes y mensuales* exigidas por las relaciones nacidas de un contrato de suministro de energía eléctrica y, en consecuencia, no acredita la falta de exactitud del aserto que sirve de base al fallo de *no haber sido probado el cierre total* y definitivo del establecimiento industrial con sede en el local de negocio objeto del arrendamiento...»

No es posible, por otra parte, desconocer la falta de lógica en que incurre la Sala al atribuir a la certificación de méritos tal relevancia. Ya que si por la certificación obrante al folio 124 tiene por acreditado el cierre del Hotel durante todo el día 8 de abril de 1957, por la certificación librada por el mismo Ayuntamiento, al folio 133, en que constan las cantidades de agua consumidas en los trimestres tercero y cuarto de 1957, debió tener -asimismo- por acreditado que el Hotel estuvo abierto durante todo ese periodo, pues en cualquier día de cada uno de esos dos trimestres hubieron de ser leídos los contadores.

B) El error de apreciación de prueba en que ha incurrido la Sala de instancia se demuestra no sólo con la prueba documental en que aquella misma se apoya -o sea, las certificaciones indicadas en el apartado A) que antecede-, sino en estos otros documentos que obran en autos, y que demuestran que el Hotel no estuvo cerrado más de ciento ochenta mas:

1.º Los asientos del libro oficial de partes de viajeros, en cuyo folio 18 vuelto, bajo el número 99, aparece D. Miguel Laguna Soria como entrado en el hotel el 3-X-1956 y como salido el 8-X-1956, y al folio 19 del mismo libro aparece registrado, con el número 1, D. Fernando Poole P. Pardo, como viajero que entró el 7-IV-1957. Un testimonio notarial de particulares de este libro (autorizado en San Sebastián, por el Notario D. Rafael Navarro Díaz, a 20 de mayo de 1957), figura a los folios 66 a 69 de los autos de primera instancia. Y al folio 137 de los mismos autos aparece una diligencia de cotejo del testimonio notarial, con el libro registro de entradas y salidas de viajeros, obrante en el hotel, que lleva diligenciado de revisión y «conforme» de la policía de fechas 6 de julio y 13 de agosto de 1956. Pues bien, estos documentos demuestran que había viajeros el 8 de octubre y el 7 de abril; luego el Hotel funcionaba y estaba abierto al público; luego 10 estaba también antes del 8 de octubre y después del 7 de abril.

2.º A los folios 70 y 71 de los autos obran los partes de salida del viajero D. Miguel Laguna Soria, fecha 8 de octubre de 1956, y de entrada del viajero D. Fernando Poole Pérez Pardo, fecha 7 de abril de 1957; ambos sellados con el sello de «Comisaría del Cuerpo General de Policía. Viajeros. San Sebastián». Estos documentos corroboran la demostración del error en la apreciación de las pruebas, que se denuncia en el apartado 1.º que antecede.

3.º A los folios 72 y 73 de los autos están unidas las cargas de pago de la Intervención de Hacienda de San Sebastián, que justifican que D. Lucio San Martín estuvo dado de alta de la contribución industrial, en el epígrafe 323 (que es el de Hoteles, Tarifas de la Contribución Industrial, Orden de 11 de octubre de 1950), justificante de que se hallaba habilitado para ejercer la industria y tener, por tanto, abierto el Hotel al público, en todo el trimestre abril-junio 1957.

4.º La *Guía Oficial Abreviada de Hoteles de España*, en su página 110, inserta la indicación de que el Hotel Internacional, de San Sebastián, funciona los doce meses del año. Al folio 79 de los autos figura testimonio notarial de dicha inserción, autorizado por el Notario de San Sebastián D. Luis Hoyos de Castro, en 15 de mayo de 1957.

5.º En oficio de la Comisaría del Cuerpo General de Policía de San Sebastián, fecha 30 de julio de 1957, que obra al folio 114 de los autos, el Comisario Principal Jefe comunica al Juzgado que el día 7 de abril de 1957 entró en el Hotel Internacional el viajero Fernando Poole P. Pardo, y que *el día 10* de octubre de 1956 salieron del mismo Hotel los viajeros Miguel Laguna Soria y Fernando Fábregas Abad.

6.º Al folio 136 hay otro oficio de la misma Comisaría de Policía, fecha 26 de julio de 1957, en que se comunica que en 8 de octubre de 1956 aparece dada la salida del Hotel del viajero D. Miguel Laguna Soria, y que el 7 de abril de 1957 aparece el parte de entrada de D. Fernando Poole Pérez Pardo.

7.º Una certificación del Delegado de «Iberduero, S. A.», en Guipúzcoa, fecha 9 de julio de 1957 (folio 131 de los autos), acredita que el Hotel Internacional, en el mes de octubre de 1956, consumió energía eléctrica por importe de 1.941,45 pesetas, y en el mes de abril de 1957, por importe de 184,55 pesetas.

8.º El Secretario del Ayuntamiento de San Sebastián, en 6 de julio de 1957 (folio 133), certifica que en el cuarto trimestre de 1956 el Hotel Internacional consumió 304 metros cúbicos de agua.

En resumen: los documentos en que la sentencia recurrida se funda para sentar el hecho de que el Hotel Internacional estuvo cerrado al público más de ciento ochenta días -de octubre de 1956 a abril de 1957- han sido apreciados con manifiesto error, como se demuestra con la prueba documental que hemos reseñado en los apartados 1.º a 8.º que anteceden, referida toda a documentos de autenticidad indiscutible.

### *MOTIVO TERCERO*

Al amparo de la *causa 3.ª* del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal.

La sentencia recurrida infringe, por violación, los siguientes preceptos legales, relativos a *pruebas*:

1) El artículo 1.218 del Código civil, que preceptúa que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, *del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste*. La violación de este precepto legal se ha producido en la sentencia al atribuir a las certificaciones del Instituto Nacional de Previsión, de la Delegación de Mutualidades y del Secretariado del Ayuntamiento sobre lectura del contador (folios 125, 126 Y 124 de los autos) una *fehaciencia de hechos* que no motivaron su otorgamiento. Pues la no afiliación ni cotización a Seguros Sociales y Mutualidades sería el único hecho de que darían fe aquellas certificaciones; y el estar cerrada la puerta del Hotel, en el momento en que se presentó el empleado lector del contador, sería lo único que podría aseverar la del Secretario. Pero no cabe extender esa fehaciencia al hecho, distinto y no motivante del otorgamiento, de que el Hotel estuviera o no abierto al público, es decir, dispuesto para recibir viajeros.

2) Contrariamente, el mismo artículo 1.218 del Código civil, en su primer párrafo, ha sido violado en la sentencia en cuanto se ha desconocido o negado la fehaciencia que resulta de los hechos acreditados por los documentos reseñados en los párrafos 1.º a 8.º del motivo segundo; documentos que dan fe del hecho de que el Hotel estuvo abierto al público por lo menos hasta el día 8 de octubre de 1956, en que salió de allí un viajero, y que estaba abierto ya, por lo menos, desde el 7 de abril de 1957, en que entró otro viajero.

En especial, interesa referir esta violación del artículo 1.218 del Código civil a la falta de estimación por la Sala, cuando valora la prueba documental, de los comunicados librados por el Comisario Principal Jefe de la Comisaría de Policía de San Sebastián -fechados en 26 y 30 de julio de 1957, y que obran a los folios 114 y 136 de los autos-, a los que ni siquiera la sentencia en considerando alguno se refiere. Y, sin embargo, éstos sí que son *documentos públicos y solemnes*, pues están expedidos por un funcionario público autorizado para ello en el ejercicio de sus funciones (art. 596, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil), y son *eficaces en juicio*, pues han sido traídos a los autos en virtud de prueba articulada por una y otra parte (artículo 597, regla 2.ª, de la Ley de Enjuiciamiento civil). Por ellos resulta *fehacientemente* acreditado que, en *7 de abril de 1957*, entró en el Hotel Internacional, de San Sebastián, el viajero Fernando Poole P. Pardo, y que en *8 y 10 de octubre de 1956* salieron del mismo Hotel los *viajeros* Miguel Laguna Soria y Fernando Fábregas Abad.

Es decir, que -aun suponiendo que la carencia de huéspedes equivaliera a cierre- el Hotel Internacional sólo careció de huéspedes en un lapso de tiempo que no excedió de ciento ochenta días.

Al no tener en cuenta la Sala estos documentos infringe, por inaplicación, los artículos 1.216, 1.218 y concordantes del Código civil y los artículos 596, número 3.º, y 597, regla 2.ª, de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3) Los artículos 1.227 y 1.228 del Código civil, en cuanto la Sala declara que los partes de viajeros aportados por el demandado a los autos (folios 70 y 71) «no pueden tener otra significación probatoria que una *-presunción-*». Y ello porque, admitiendo que



tales partes -producidos en cumplimiento de una obligación legal: Real Orden de 27 de noviembre de 1858- tuvieran la consideración de meros documentos privados, siempre resultarían en su fecha indubitada desde que «se hayan entregado a un funcionario por razón de su oficio» (art. 1.227 del Código civil), y el que «quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen» (art. 1.228).

Pues bien, consta en los autos el parte de salida del Hotel Internacional, en 8 de octubre de 1956, del viajero Miguel Laguna Soria (folio 70) y el parte de entrada, en 7 de abril de 1957, del viajero Fernando Poole Pérez Pardo. Y consta, también, y a instancia de la parte actora (folio 104), que tales partes han de entregarse inmediatamente en la Comisaría de Policía, que procede a su *archivo* (folio 105).

Es evidente, además, la infracción que comete la Sala al estimar tales documentos como base documental de una *mera presunción*, cuando son la prueba cierta y absoluta de un hecho. El artículo 1.249 del Código civil resulta, asimismo, violado por aplicación indebida.

Corroborada ésta, además, esta prueba por la documental pública, que consta en los folios 114 Y 136, Y a la que nos hemos referido en el apartado anterior de este mismo motivo.

4) La regla primera del artículo 48 del Código de comercio sobre fuerza probatoria de los libros de los comerciantes, interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que también tales libros prueban a favor del comerciante: sentencias de 4 de febrero de 1892, 9 de diciembre de 1905 y 19 de noviembre de 1915, entre otras; cuando se lleven en regla: sentencias de 8 de febrero de 1932, 4 de junio de 1930 y 6 de febrero de 1929. Todos estos preceptos y doctrina legal resultan infringidos, al no haber sido aplicados.

En efecto, no deja de ser asombroso leer, en el tercer considerando de la sentencia recurrida: «...para no perderse en disquisiciones inútiles respecto a si el Libro de viajeros del Hotel Internacional es o no un documento privado, falto de eficacia por no haber sido reconocido ni legitimado por ninguna otra prueba, ni si, aun apreciándolo como libro de comercio, pudieran reconocérsele eficacia a sus asientos en este litigio...», pues, en efecto, la calificación jurídica del Libro de viajeros y la eficacia de prueba de sus asientos no es una disquisición inútil, como pasamos a demostrar.

De acuerdo con el número 5.º del artículo 33 y el artículo 34 del Código de comercio, el Libro-Registro de Viajeros, que están obligados a llevar todos los industriales de hostelería, es un libro de comercio. La legislación especial de que resulta tal obligatoriedad es la Real Orden de 27 de noviembre de 1858, que dispone, entre otros deberes a que están sometidos los establecimientos dedicados a esta industria, lo siguiente:

1.º Llevar un Libro-Registro de Viajeros, foliado y autorizado por la autoridad competente, en el que se inscriben por orden las personas que llegan a los establecimientos, con expresión de sus nombres de pila y dos apellidos, el día, mes y año de su entrada, el lugar de donde vienen, aquel a que se dirigen, profesión, objeto del viaje, documentos de identidad que presentan y su residencia habitual.

2.º Dar partes diarios de lo que resulta de dichos registros y con arreglo a las instrucciones dictadas por las autoridades gubernativas.

3.º Exhibir los expresados registros, siempre que a ello fueran requeridos, a las autoridades o sus agentes.

Consta en los autos, al folio 132, por diligencia efectuada por el Juzgado, en 26 de julio de 1957, ante los Procuradores y Letrados de las partes, que el Libro-Registro de Viajeros del Hotel Internacional, de San Sebastián, fue exhibido conforme a lo dispuesto en el artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 47 del Código de comercio. Y resulta de tal práctica de prueba, autorizada por la firma de todos los presentes, que el Libro oficial de Viajeros exhibido (abierto en 13 de junio de 1955, mediante diligencia extendida por el Comisario de Policía, y revisado en 6 de julio y 13 de agosto de 1956) constan los asientos de viajes de Miguel Laguna Soria, que salió en 8 de octubre de 1956, y Fernando Poole P. Pardo, que entró en 7 de abril de 1957.

Por ello, es evidente que estos asientos, que constan literalmente testimoniados al folio 137 vuelto, son eficaces en este litigio. Al no estimarlo así la Sala de discordia, infringe por inaplicación la doctrina legal y preceptos que se recogen en este motivo.

Y, una vez más, hemos de advertir que también esta prueba de libros de comerciantes queda corroborada por la documental pública al coincidir tales asientos con lo certificado por el Comisario Jefe a instancia de ambas partes.

#### *MOTIVO CUARTO*

Al amparo de la *causa 3.ª* del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal.

La sentencia recurrida infringe, también por violación, el artículo 1.253 del Código civil: «Para que las presunciones no establecidas por la Ley sean apreciables como medio de prueba es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.» La violación de este precepto, en la sentencia recurrida, es bien patente. Se consideran como demostrados estos hechos: la falta de afiliación de obreros o empleados, en el Hotel, en un periodo de tiempo determinado, a los seguros y cargas sociales; y el haberse encontrado cerrada la puerta, en un día determinado, por el empleado lector del suministro de agua. Y de estas premisas se deduce la conclusión de que el Hotel no funcionaba o no estaba abierto al público. Entre las premisas y la conclusión *no hay enlace preciso y directo*: pues el Hotel puede funcionar y recibir viajeros (en esa temporada de invierno en que son contados los que pasan por él), aunque no tenga personal dependiente que cotice a Seguros Sociales y aunque en un momento dado la puerta permanezca cerrada y haya que usar timbre u otra señal acústica para llamar. El criterio humano nos enseña que para recibir huéspedes, en escaso número, no hace falta tener montada una plantilla de camareros, conserjes y demás servidores; que pueden ser atendidos por familiares femeninos del empresario que permanezcan en el establecimiento, y que un hotel puede estar «abierto al público» sin necesidad de que a todas horas del día y de la noche tenga franqueables sus puertas sin llamada.

En cambio, se desprecia el enlace preciso y directo entre el hecho de entrada y salida de viajeros y el estar el local abierto, lo que constituye más que una presunción.

La denuncia que queda formulada de falta de enlace directo y preciso entre las premisas de hecho que sienta la Sala -con notorio error de hecho y de derecho, como ya hemos demostrado- y la conclusión a que llega no es caprichosa ni obedece a interés del recurrente. No se trata de sustituir el criterio de la Sala sentenciadora por el particular de esta parte: opiniones más autorizadas que la nuestra convienen en la inadmisibilidad de la presunción que combatimos. En efecto, por certificación unida a los autos de este recurso, consta el voto reservado por los Magistrados Sres. Sotés y González contra el fallo de la Sala de discordia. En este voto reservado se ha razonado así:

«Considerando: Que el problema a dilucidar en el presente recurso es el que acertadamente plantea el primero de los de la sentencia disidente: si el Hotel Internacional permaneció, dejó de permanecer cerrado más de ciento ochenta días, es decir, una cuestión de puro hecho, sometida a las resultancias de la prueba, y que, a tal efecto, bastaría la aceptación de los fundamentos de la sentencia del Juzgado para resolver en sentido de ser procedente la absolución del demandado, por no acreditarse por el actor, a quien incumbía hacerlo, que, efectivamente, fueran más de los expresados días los que el Hotel permaneció cerrado, conclusión, la absolutoria, a la que el Juez de primera instancia llega después de un detenido examen comparativo de los elementos de juicio aportados por una y otra parte.

Considerando: Que por los Magistrados que firman este voto se han examinado nuevamente los aludidos elementos de juicio, sin encontrar, en conciencia, base para una modificación del fallo, con las consecuencias que para el arrendatario llevaría el hacerlo y, dando por hecho que durante ciento ochenta días, como se ha reconocido, el Hotel en cuestión permaneció, no precisamente abierto y sin huéspedes, sino cerrado al público, estiman, ya -con referencia a la sentencia de la Sala de discordia-, que ni la baja, a efectos laborales, del personal, ni la certificación municipal -según la que no pudo haberse determinado día- lectura de cierto consumo durante el mes de abril, son datos bastantes para deducir que los dos viajeros que en dicha sentencia se citan como claves del problema y la presencia de los cuales limita el plazo a que este voto viene refiriéndose, no fueran tales; ya que ni la omisión de aquella lectura en un momento dado, sin que se acredite no pudo hacerse en otro, cabe sea interpretado como que el Hotel se hallaba cerrado al público, cuando hay otros elementos que abonan lo contrario; ni la baja del personal impide que un viajero acuda al Hotel y sea atendido en la forma posible, ya que no cabe atribuir la presencia, por otra parte indudable, de dichos viajeros a razones de parentesco, amistad íntima u otras cualesquiera que les privaran del carácter con que aparecen inscritos en los libros oficiales; sin que quepan las comparaciones a que la sentencia de la Sala se refiere, tienda sin existencias o fábrica sin obreros; porque las hipótesis son en un todo ajenas al caso actual, en el que los viajeros aludidos pudieron ser atendidos, dado su número, por familiares del arrendatario, ello aun suponiendo que la baja de personal fuese total y no se contara con otros elementos en la fecha en que aquella se diera.

Considerando: Que, por ello, y teniendo en cuenta el carácter y objetivo de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, estimase procedente la confirmación de la sentencia apelada en todas sus partes, sin imposición de costas de este recurso, por no apreciarse circunstancias determinativas de ello.»

En todo caso, establecidas ambas presunciones (una, que no habiendo personal asegurado debe considerarse el Hotel cerrado, y otra, que la existencia demostrada de viajeros hace presumir que el Hotel estuviera como tal abierto), la aplicación del principio general de «atender lo que es más verosímil» (sentencia de 10 de febrero de 1904) debería haber llevado a la Sala de discordia a declarar lo que todos los demás (Juzgado de primera instancia y dos Magistrados de la misma Sala) estiman: no haber lugar a la demanda.

#### *MOTIVO QUINTO*

Al amparo de la *causa 3.ª* del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal.

Se invoca como precepto infringido, por violación, el artículo 1.214 del Código civil, según el cual la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. La violación consiste en que la sentencia no ha exigido al actor la prueba de que el Hotel permaneciera cerrado más de ciento ochenta días.

Este motivo se articula en íntima enlace con el precedente, pues, en efecto, la Sala de discordia, al establecer la presunción de que un Hotel sin personal asegurado debe considerarse cerrado concede a favor de la parte actora una verdadera dispensa de la carga de la prueba del hecho mismo del cierre. Con ello invierte la carta probatoria - con violación, por consiguiente, de los principios rectores del *onus probandi*- y altera radicalmente la situación dialéctica de las partes en el proceso.

No desconocemos que el Tribunal Supremo, en materia de arrendamientos urbanos, ha dado amplio paso a la suficiencia de la prueba por presunciones. Pero no es necesario advertir que tal prueba indirecta ha sido admitida *con eficacia bastante* sólo en aquellos negocios (subarrendos, cesiones y traspasos sin consentimiento del arrendador) ocultos o clandestinos, cuya investigación o prueba plena es difícil o imposible para el actor, pues las partes han procurado ocultarlo a su conocimiento, como lo estima una reiteradísima jurisprudencia confirmada por sentencias de 17 y 19 de febrero y 1 de marzo de 1958. Por ello, esta doctrina legal no puede ser aplicada en el caso de autos sin una verdadera dislocación de los principios rectores de la carga de la prueba. Aquí no estamos, en efecto, frente a negocio alguno clandestino u oculto. El hecho alegado por el actor -el cierre de un hotel de viajeros por un periodo superior a seis meses- no puede ser considerado nunca como suceso clandestino y oculto cuyo conocimiento, investigación y prueba plena le sea difícil o imposible. Todo lo contrario, lo alegado por el arrendador en estos autos es un hecho que sólo puede producirse en forma externa, manifiesta y notoria y pública, por lo que ha debido serle exigida la plena demostración.

Es doctrina legal que *sólo se reparte la carga de la prueba cuando el litigante demandado no rechaza Los hechos alegados de contrario*, por lo que al oponer otros con los que intenta hacer ineficaz la acción ejercitada debe probarlos, pues entonces depende de la realidad de los hechos impositivos u obstativos el que los fundamentos de la acción no produzcan los efectos que le son propios: sentencias de 23 de diciembre de

1954 y 12 de marzo de 1958. No es éste nuestro caso: el demandado ha rechazado los hechos alegados por el actor y, por ella, el principio general de que el demandante debe pechar con la carga de la prueba no sufre alteración ni excepción alguna. Así, pues, sólo al actor incumbe aquí la prueba -la prueba plena-, pues es él quien «enuncia un hecho por el cual pretende un cambio de la situación jurídica existente»: sentencias de 20 de febrero de 1943 y 13 de enero de 1951. Y es esta obligación de probar, viejo precepto - Ley 1.<sup>a</sup> del Título XIV de la Partida 3.<sup>a</sup> - vigente: artículo 1.214 del Código civil.

El actor alega que el Hotel Internacional ha estado cerrado más de ciento ochenta días desde el 1 de octubre de 1956. ¿Qué es lo que ha probado? El arrendador sólo ha probado lo siguiente:

1.º Que la Empresa Hotel Internacional causó baja en Seguros Sociales por «fin de temporada» en 30 de septiembre de 1956 y en 13 de abril aun no había cursado alta alguna: folios 125 y 126.

2.º Que los días 8 de febrero y 8 de abril de 1957, según el Ayuntamiento, no se pudieron leer los contadores de agua por estar el Hotel cerrado: folio 124.

3.º *Que el viajero Fernando Poole P. Pardo entró en 7 de abril de 1957 y los viajeros Miguel Laguna y Fernando Fábregas Artigas abandonaron el Hotel en 10 de octubre de 1956: folio 114.*

Es decir, el actor no ha probado en modo alguno el hecho que alega. Todo lo contrario, según la prueba practicada a su instancia y por el aportada a los autos, no está demostrado hecho tan fácil de probar, de haber sido cierto, como que el Hotel estuviera cerrado a los viajeros que a él acudían durante más de ciento ochenta días, ni siquiera que el Hotel lo encontrara *cerrado viajero alguno ni aun durante un sólo momento*, y está demostrado, en cambio, por el actor mismo, que el Hotel sólo careció de huéspedes durante un lapso de tiempo incluso inferior a ciento ochenta días: del 10 de octubre de 1956 al 7 de abril de 1957.

Por tanto, es de aplicación el principio general *actore non probante, reus est absolvendus*: sentencias de 20 de febrero de 1943 y 29 de mayo de 1952.

La existencia de viajeros, por otra parte, tan bien ha sido demostrada por el demandado, aun estando dispensado de pechar con esta carga de prueba, pues «lo que no se prueba no puede perjudicar a aquel contra quien se alega, aunque éste nada justifique por su parte»: sentencia de 12 de octubre de 1912

La Sala de discordia, de los tres elementos de prueba más arriba ordenados, traídos a los autos a instancia del actor, olvida totalmente el tercero (la existencia de viajeros en 10 de octubre de 1956 y 7 de abril de 1957); sobrevalora el segundo (que no pudo leerse el contador el día 8 de abril de 1958), y basa en el primero una presunción de cierre del establecimiento en el hecho de la baja de Seguros Sociales. Tal valoración de la prueba ha quedado ya impugnada en los demás motivos de este recurso. Por lo que respecta al objeto de este motivo, basta añadir que la presunción en que se basa la Sala en su fallo -aun suponiéndola eficaz, que ya demostramos que no lo es supone, además, una violación rotunda de la carga de la prueba, pues las presunciones judiciales, como es sabido, tienen carácter subsidiario y supletorio «a las que el Juzgador debe acudir,

dado su carácter secundario, siempre que el hecho incierto debatido no tenga demostración eficaz por medio de prueba directa» (sentencias de 2 de febrero de 1925 y 11 de abril de 1947), pues «dicha clase de prueba, por su naturaleza, es de aplicación subsidiaria, sin que exista obligación para el juzgador de acudir a ella cuando el hecho dudoso tiene demostración eficaz por los demás medios de prueba señalados en el artículo 1.215 del Código civil ofrecidos por las partes...» (sentencia de 16 de abril de 1957, que cita por cierto la Sala *a quo* y en su sentencia infringe).

Aquí el hecho dudoso -cierre del Hotel durante más de ciento ochenta días- no sólo no ha sido demostrado por el actor, sino que el propio demandante ha demostrado, repetimos, todo lo contrario: la existencia de viajeros durante el periodo de tiempo en que, según el, estuvo el Hotel cerrado.

### *MOTIVO SEXTO*

Al amparo de la *causa 3.ª* del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: injusticia notoria por infracción de precepto y doctrina legal.

La sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida, el artículo 62, en su número 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 13 de abril de 1956 que estatuye que no tendrá derecho el inquilino o arrendatario a la prórroga legal cuando el local de negocio permanezca cerrado por plazo superior a seis meses en el curso de un año, a menos que el cierre obedezca a justa causa. Infringe, en las mismas modalidades (interpretación errónea y aplicación indebida) el artículo 114, en su *causa 11.ª*, que faculta para resolver el contrato de arrendamiento urbano, a instancia del arrendador, por concurrir alguna de las causas de denegación de prórroga señaladas en el artículo 62.

*a)* Interpretación errónea de dichos preceptos legales. La sentencia recurrida atribuye al inciso «cuando el local de negocio *permanezca cerrado*, etc.», con respecto a los establecimientos de *hostelería*, un sentido equivocado; pues le basta con la presunción de que no se dispone de personal asalariado en un período de tiempo, o de que la puerta del edificio se halla cerrada con llave, picaporte o pestillo (sin que conste que se carecía de timbre o llamador), para entender que el local de negocio había retirado temporalmente su oferta de admisión de viajeros. La interpretación correcta de dichos preceptos legales es, sin embargo, esta otra: en los locales de negocio en los cuales no se venden *mercancías*, sino que se prestan *servicios*, el permanecer cerrado debe entenderse que ocurre cuando el dueño del establecimiento se niega a prestar esos servicios; esto es, *la negativa a prestar tales servicios*, con independencia del problema de permanencia o no de obreros -de personal asalariado- o del hecho de que en determinados momentos la puerta exterior sea o no accesible sin uso de timbre o llamada, es lo que constituye y caracteriza el cierre.

*b)* Aplicación indebida de los preceptos referidos. Faltando el supuesto legal -«cuando el local de negocio permanezca cerrado por plazo superior a seis meses en el plazo de un año»-, es evidente que no procede aplicar los preceptos legales citados. La sentencia recurrida, que da lugar a la resolución del arriendo por no prórroga, fundada en dicha causa, aplica indebidamente la norma, originando una injusticia notoria por infracción de precepto legal.

No parece que sea ocioso llamar la atención de la Sala acerca de un aspecto del litigio que afecte a todos los motivos del recurso, porque dimana del fallo mismo recurrido. Se trata de la trascendencia que para la parte demandada tiene la condena de resolución de este arrendamiento; y de la iniquidad que va implicada en esa trascendencia. Generalmente, en esta clase de pleitos se discuten intereses de índole económica y se contrastan los daños y perjuicios que, para una y otra parte, puede significar la sentencia en un sentido o en otro. Perder la ocupación arrendaticia de un local o tener que seguir soportando un inquilino de renta, de mayor o menor cuantía, es el dilema que se formula en esa confrontación, con significación *económica* de graduación variable. Pero en nuestro caso, para el recurrente, no se ventila un interés exclusivamente *económico*; se trata de algo mucho más grave: se trata de un interés *vital*, ser o no ser, perder o conservar el negocio que constituye base de la vida de la familia y que a través de los años ha venido sosteniéndose merced al trabajo y al sacrificio de quien, en su ancianidad, se ve al borde de la ruina. ¡Arruinar a una familia por un día, sin que ese día tenga, ni mucho menos, certidumbre!

Grave y duro sería que por haber transcurrido un día más del plazo señalado por la Ley hubiera que aplicar la drástica sanción de la pérdida del local de un negocio, del que, desde siempre, vive una familia. En tal caso, la demanda se habría formulado con manifiesto abuso de derecho y la pretensión merecería ser desestimada, conforme al artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero cuando ese día fatal no ha transcurrido; cuando una ponderada valoración de la prueba lleva a la convicción de que el local no estuvo cerrado ni más de ciento ochenta días, ni siquiera ciento ochenta días, la consecuencia que la sentencia aplica sobre el demandado ya no sólo merece la calificación de grave y dura, sino que llega a conturbar el ánimo de aquellos espectadores que confrontan la trágica situación en que el arrendatario queda, con el injusto y desmesurado enriquecimiento de un propietario que compró el inmueble por un precio adecuado a la situación arrendaticia que lo gravaba, y que ahora -en virtud de una prestidigitación- podría enajenarlo, libre de arriendo, en una cifra astronómica.

(El local no estuvo cerrado ni más de ciento ochenta días, ni ciento ochenta días, ni propiamente -como industria- ningún día; primero, porque consta que recibió en esos días algún viajero, y segundo, porque ni el *cierre material* -no probado como situación continuada- de la puerta de acceso significaría necesariamente cierre de la industria -en Inglaterra, en Francia, seguramente también en España, hay hoteles con la puerta cerrada-, ni tampoco tiene esta significación la no afluencia de viajeros. ¡Que más quisieran los dueños del establecimiento que afluyeran aquéllos durante todo el año! El cierre de un establecimiento de esta industria se producirá cuando, presentándose viajeros en el local, respondan la dirección o gerencia, de manera sistemática, que no los reciben. Por el contrario, allí viven los dueños *todo el año, ocupando el local*, con sus familiares y servicio esperando y *recibiendo a los contados viajeros que llegan*; no se produce, pues, ni siquiera la desocupación o cierre que por justa causa admite la Ley en el número 3.º del artículo 62).

Con razón ha dicho KARL LARENZ: «Muchos juristas presentan hoy, como dos puntos de vista absolutamente separados, el concepto y sistema del Derecho, de un lado, y, de otro, la importancia para la vida de las normas jurídicas y su contenido de trascendencia social. La consecuencia de esta separación es la inmediata incisión, frecuentemente observada, de uno de dichos aspectos en el otro, que, como ha puesto de

relieve M. COING recientemente, provoca verdaderamente una sensación de arbitrariedad.

Para desvirtuar esta sensación nos toca a los hombres que luchamos por el imperio de un orden jurídico de bases éticas, procurar que la solución de los conflictos de intereses se formule y se obtenga «a escala humana», en esas dimensiones en que se dibujan la verdad y la moral, y que no se alteran nunca, a pesar de la técnica y de la frivolidad, que todo lo invaden en nuestros días.

En virtud de todo lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA se digne tener por formalizado el recurso de injusticia notoria, a nombre de mi representado, contra la sentencia de que se ha hecho mérito; y, estimando dicho recurso, dictar resolución por la que, dando lugar a él, se anule y deje sin efecto la recurrida, dictándose nueva sentencia en que se confirmen los pronunciamientos de la del Juzgado de primera instancia número 1 de San Sebastián, por la que se desestimo la demanda inicial del pleito, se absolvió al demandado y se impuso al actor las costas del juicio.

OTROSI DIGO: Que, según queda ya indicado en el apartado VIII de los «antecedentes» de este escrito, mi representado se halla al corriente en el pago de la renta. Así consta en el rollo de Sala correspondiente a estos autos, por copia, expedida por el Secretario, del resguardo de haber ingresado en la Caja de Depósitos, Sucursal de Navarra, la cantidad de 15.500 pesetas por el trimestre de abril, mayo y junio del corriente año.

SUPLICO A LA SALA se digne tener por hecha esta manifestación, a los efectos legales oportunos.

Interlineado en el folio 6 vuelto: «por el contrario» (línea 19), vale; interlineado en el folio 12 vuelto: «-dice-» (línea 15), vale; enmendado en el folio 17, última línea: «1.858», vale. Los subrayados a mano en los folios 7 vuelto, 9, 13, 15 vuelto, 16, 17 Y 23, de los veinticuatro que constituyen este recurso, valen.

Madrid, 27 de mayo de 1958.