



Roj: **SAP OU 946/2003 - ECLI: ES:APOU:2003:946**

Id Cendoj: **32054370022003100405**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **2**

Fecha: **18/11/2003**

Nº de Recurso: **386/2002**

Nº de Resolución: **271/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE

Sección 2ª

Rollo: RECURSO DE APELACION 386/02

(APELACION CIVIL)

La Audiencia Provincial de OURENSE, Sección Segunda, constituida por los Ilmos. Sres. D. ABEL CARVAJALES SANTA EUFEMIA, Presidente, D. FERNANDO ALAÑON OLMEDO Y D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**, Magistrados, ha pronunciado la siguiente.

### **SENTENCIA**

En OURENSE, a DIECIOCHO de NOVIEMBRE de DOS MIL TRES.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de JUICIO DE COGNICIÓN procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE NÚM. UNO OURENSE, seguidos con el nº 25/01, Rollo de apelación nº 386/02, en los que aparece, como parte APELANTE, D./Dª. Narciso, representado/a por el/la Procurador/a D./Dª y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª ARTURO J. MOSQUERA DIÉGUEZ y como, APELADO, LA ENTIDAD RECREATIVOS CEDA S.A., representado/a por el/la procurador/a D/Dª ANTONIO PÉREZ FUERTES, y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª. MARGARITA TESOURO GONZÁLEZ Y D. Eduardo, en situación procesal de rebeldía; sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Es MAGISTRADO- PONENTE el Ilmo. Sr. D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de primera instancia de NÚM. UNO OURENSE se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 11 ABRIL DE 2002 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador D. Antonio Pérez Fuertes en nombre y representación de Recreativos Ceda S.A. contra D. Narciso y D. Eduardo a abonar a Recreativos Ceda S.A. la cantidad de CUATRO MIL DOSCIENTOS SIETE EUROS CON OCHO CÉNTIMOS (4.207,08 EUROS) equivalente a setecientos mil pesetas (700.000 ptas.) en cumplimiento de la cláusula penal fijada en el contrato de instalación-exploración estipulado con fecha 25 de septiembre de 1.997 entre D. Juan Enrique en representación de Recreativos Ceda S.A. y D. Narciso y D. Eduardo, con aplicación del interés legal desde la fecha de celebración del contrato hasta la fecha de la presente resolución, y desde ésta y hasta el completo pago serán de aplicación los intereses previstos en el art. 921 de la LEC de 1.881. Con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D./Dª. Narciso recurso de apelación y, seguido por sus trámites legales se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.



TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales a excepción del término para dictar sentencia debido al excesivo número de asuntos que obran ante esta Sección.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ourense, en el Juicio de Cognición 25/2001, en la que se estima la demanda interpuesta por Recreativos Ceda, S-A., y se condena a D. Narciso y D. Eduardo a abonar a aquélla 4.207,08 euros en cumplimiento de la cláusula penal contractual y al abona del interés legal desde la fecha de celebración del contrato de instalación-exploración, de fecha 25 de septiembre de 1997, hasta la fecha en que se dicta la sentencia de Instancia, se alza uno de los condenados en apoyo de sus pretensiones, D. Narciso .

SEGUNDO.-En primer lugar, sostiene el apelante que el contrato de instalación-exploración de máquinas recreativas, celebrado entre el ahora apelante y D. Eduardo, el 25 de septiembre de 1997, Sociedad Recreativos Ceda S.A. en virtud del cual la empresa operadora (Recreativos Ceda S.A.) se comprometía a la instalación de máquinas recreativas en el establecimiento del que es titular, en el momento de la celebración del contrato, D. Narciso, para su explotación en el citado establecimiento (bar denominado "Mesón el Paso"), y como contrapartida el Sr. Narciso recibió 700.000 ptas, es un contrato de adhesión.

Siguiendo el correcto criterio de la Juzgadora de Instancia, estamos ante contrato tipo que nada dice respecto de la libertad de las partes contratantes, es decir, que efectivamente estemos ante un contrato de estas características no significa que las partes no hubiesen tenido la oportunidad de negociar las cláusulas del negocio jurídico bilateral. No hay que olvidarse que en el ámbito de la negociación y tráfico mercantil, debido a la uniformidad de las obligaciones de esta naturaleza, se tiende a repetir el mismo clausulado en diferentes contratos. Esto no excluye en absoluto la libertad de las partes para la conveniente y necesaria negociación de los términos del contrato, no constando este extremo de la falta de libertad para concertar el contrato de instalación-explotación de máquinas recreativas.

TERCERO.- No constando en autos la falta de libertad para contratar del Sr. Narciso y del Sr. Eduardo y su habiendo quedado acreditado que ambos prestaron su consentimiento, por tanto de forma libre, en el contrato referido, cabe entrar a considerar la cláusula penal introducida en la cláusula 8 del contrato.

En el art. 1.192 del C. c. regula la cláusula penal, estableciéndose que puede pactarse entre las partes que, para caso de incumplimiento de cualquiera de ellas, se imponga la pena pactada. Pues bien, ésto es lo que las partes acordaron en la cláusula 8.2 C) del contrato de instalación- explotación y, constando el incumplimiento del contrato por los demandados, ya que no han cumplido con el tiempo mínimo de duración del contrato que era de 7 años (cláusula 2.1) porque se ha cesado en el mantenimiento de las máquinas recreativas en funcionamiento y explotación permanente y continua durante toda el tiempo de duración del contrato (cláusula 7.1 del contrato), procede la aplicación de la cláusula pactada que consiste en la devolución íntegra de las cantidades entregadas al Sr. Narciso y Sr. Eduardo además del pago de los intereses al tipo legal desde la fecha de entrega de tales cantidades (25 de septiembre de 1999) hasta la de su efectiva devolución.

A mayores, con el cese de la actividad por parte de los demandados sin llegar a los siete años pactados en orden a la explotación de las máquina recreativas en el establecimiento de éstos (Mesón), es discutible la buena fe de los mismos, buena fe que es exigible, desde que se han perfeccionado los contratos, según el art. 1258 C.c..Frente a este extremo no puede invocarse que dicho cese se produce por "causas mayores" que le impiden continuar cumpliendo el contrato por el hecho de que al local se le haya seguido un expediente administrativo "de ruidos" (según el propio apelante) y que como conclusión del mismo se ha procedido a su cierre.

No tiene sentido examinar el carácter abusivo de la cláusula penal pactada, por el hecho de que, como dice el apelante; se haya fijado "globalmente excluyendo la división por año o atribución proporcional...., dando igual que el contrato se finalice al mes o a los 6 años, 11 meses y 29 días". Este no es el caso o el supuesto que se ha dado en la realidad, más bien es al contrario, consta que antes de un mes desde que se había celebrado el contrato con la mercantil, el 22 de octubre de 1997, D. Narciso, se desliga de la comunidad que mantenía con D. Eduardo. Lo que hay que dejar claro es la existencia de dos relaciones jurídicas diferenciadas. Por un lado, la que liga al Sr. Narciso y al Sr. Eduardo con Recreativos Ceda, S.A. y por otro lado, la relación jurídica existente entre ambos demandados.

De la primera relación surgen una serie de derechos y de obligaciones entre las partes, siendo una de las obligaciones la de responder en caso de incumplimiento según la cláusula penal pactada, con independencia de la relación jurídica pactada entre el Sr. Narciso y el Sr. Eduardo .



CUARTO.- Por último, hay que analizar si estamos ante una responsabilidad de carácter solidaria o mancomunada.

Los arts. 1137 y 1138 C.c. establecen claramente la regla general de la responsabilidad mancomunada en aquellas obligaciones en las que existen pluralidad de partes obligadas. Sólo un supuesto en que la solidaridad, por ser un régimen de responsabilidad más gravoso que el de la mancomunidad, se pacte expresamente es aplicable. En el presente caso, no habiendo cláusula contractual alguna en la que se fije el régimen de responsabilidad solidario, en aplicación de los referidos arts. 1137 y 1138 C.c., existe una responsabilidad mancomunada y es de esta forma como han de responder los inicialmente demandados, siendo uno de ellos (D. Narciso ), apelante. Siendo estos los extremos acreditados procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

QUINTO.-En materia de costas, en aplicación del art. 398.1, en relación con el art. 394 LEC, se imponen a la parte apelante.

Por lo expuesto, la Audiencia ha dictado el siguiente:

### FALLO

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por D./D<sup>a</sup>. Narciso , contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. UNO OURENSE , en autos de JUICIO DE COGNICIÓN 25/01, Rollo de apelación nº 386/02, de fecha 11 ABRIL DE 2002, QUE SE CONFIRMA , con imposición de costas de la alzada al APELANTE.

Al notificar esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que en unión de los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Istmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Istmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, certifico.