

Cuadernos Civitas de JURISPRUDENCIA CIVIL

88

enero/abril 2012

COMENTARISTAS
EN ESTA
ENTREGA:

Klaus Jochen Albiez Dohrmann
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada

Pilar Álvarez Olalla
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos. Magistrada Suplente Audiencia Provincial Segovia

Miriam Anderson
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

José Luis Arjona Guajardo-Fajardo
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Luis Javier Arrieta Sevilla
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Navarra

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Ana Laura Cabezuelo Arenas
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Faustino Cordón Moreno
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alcalá

Paloma de Barrón Arniches
Profesora agregada de Dret Civil. Doctora
Universitat de Lleida

José Ramón de Verda Baamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Ana Díaz Martínez
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Pilar Domínguez Martínez
Profesora Doctora Derecho Civil
Universidad de Castilla la Mancha

2347	SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 2011: <i>Validez del acuerdo de instalación de ascensor adoptado por mayoría de tres quintos, a pesar de quedar afectados elementos privativos de un propietario, que votó en contra. Actos propios. Suficiencia de la mayoría de tres quintos si la afectación no supone pérdida de la habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo.</i> Por Pilar Álvarez Olalla	351
2348	SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 2011: <i>Efectos del divorcio. Cargas familiares. Pago del préstamo garantizado con hipoteca. Deuda de la sociedad de gananciales.</i> Por Gemma Rubio	363
2349	SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2011: <i>Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria: validez de la primera y nulidad de la segunda.</i> Por Miriam Anderson	379
2350	SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2011: <i>Exclusión voluntaria de ley aplicable. Renunciabilidad a expectativas de derecho. Exclusión de retracto en arrendamiento de local de negocio sometido a TRLAU-1964. Valor de la jurisprudencia. Retracción de actuaciones a la instancia.</i> Por Javier Fajardo Fernández	407
2351	SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2011: <i>Relaciones personales de un menor con la mujer que fue pareja de su madre biológica, tras la ruptura de su convivencia. Concepción del niño como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida durante la convivencia como pareja estable de las dos mujeres. Consideración de la ex pareja de la madre biológica como allegada del menor. Régimen amplio de relaciones personales, en atención al interés del menor.</i> Por Ana Díaz Martínez	425
2352	SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2011: <i>Pago por tercero. Ignorancia u oposición del deudor. Acción de reembolso o de enriquecimiento. Utilidad para el deudor del pago hecho por un tercero. Abuso de derecho. Animus nocendi y ejercicio anormal del derecho.</i> Por José Luis Arjona Guajardo-Fajardo	451
2353	SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2011: <i>Compraventa de viviendas. Obligaciones de información y documentación a favor del adquirente. Interpretación de las cláusulas y determinación del contenido del contrato. Especificaciones de la documentación gráfica del proyecto de ejecución que no aparecen en la memoria de calidades incorporada al contrato. Carácter vinculante de la promoción o publicidad y exigibilidad por los compradores.</i> Por José Antonio Martín Pérez	477
2354	SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2011: <i>Arrendamientos urbanos: duración de los contratos otorgados a partir del 9 de mayo de 1985.</i> Por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano	499

- OBJETO** Exclusión voluntaria de ley aplicable. Renunciabilidad a expectativas de derecho. Exclusión de retracto en arrendamiento de local de negocio sometido a TRLAU-1964. Valor de la jurisprudencia. Retracción de actuaciones a la instancia.
- PARTES** D. Isidro y D. Clemente contra Mest 28 2003 y Trabis SL (recurrente).
- PONENTE** Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Arts. 6.2 CC y 6.3 TRLAU 1964

DOCTRINA:

La libertad de pactos prevista en la LAU 1964 para este supuesto constituye en realidad una exclusión de la ley aplicable a los contratos de arrendamiento, lo que está relacionado con el carácter imperativo o no de la norma: no es posible excluir previamente el régimen jurídico establecido en una ley imperativa, mientras que sí lo es en relación a lo establecido en una ley dispositiva. En los casos previstos en la LAU no se produce, por tanto, un desplazamiento de derechos, sino el cambio del régimen aplicable a la relación contractual arrendaticia.

El artículo 6.3 TRLAU-1964 autorizaba la renuncia voluntaria, equiparable a la del número 2 del artículo 6 del Código Civil, de los arrendatarios locales de negocio, salvo del beneficio de prórroga forzosa y se proyecta tanto sobre derechos nacidos, o respecto a los que, aún sin nacer, constituyen expectativa de derecho, siempre que se trate de derechos reconocidos por legislación vigente.

Una sola Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina.

No procede asumir la instancia y sí devolver las actuaciones a la AP para que dicte nueva sentencia en relación con la citada pretensión, con plena jurisdicción a la hora de valorar la concurrencia o no de la causa de resolución arrendaticia alegada, y

todo ello porque esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.3º, una vez se ha declarado lo que corresponde en relación con el interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial, considerándose además necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia.

HECHOS:

El 21-5-1984 se celebra un contrato de arrendamiento de local de negocios en el que los arrendatarios renunciaban expresamente a los derechos de tanteo y retracto.

El 29-10-2004 la finca fue vendida a dos entidades, circunstancia que se comunicó a los arrendatarios el 5-11-2004. El 30-12-2004 éstos ejercitaron la acción de retracto, a la que se opusieron los compradores. El JPI desestimó la demanda por considerar válida la renuncia contractual. Los adquirentes recurrieron. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó la demanda de retracto por considerar nula la renuncia. Los compradores-demandados recurrieron ante el TS.

El TS estimó el recurso, casó la sentencia y desestimó la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Resumen de antecedentes.

1. El 21 de mayo de 1984 D. Isidro y D. Clemente celebraron contrato de arrendamiento de local de negocio sito en el PASSEIG000 número NUM000 de Barcelona con los propietarios.
2. El contrato, en su Cláusula 29, estableció: "en uso de la facultad que le reconoce el párrafo tercero del artículo 6 del Decreto de 13 de abril de 1956, y modificación del 11 de junio de 1964, el arrendatario hace expresa renuncia a los derechos de tanteo, retracto o impugnación establecidos en el Capítulo VI y para todos los supuestos de venta, donación, adjudicación de la finca o de local arrendado, que el citado capítulo hace mención".
3. El 29 de octubre de 2004 la finca fue vendida a las entidades demandadas, notificándose dicha circunstancia a los arrendatarios el 5 de noviembre de 2004.
4. Los arrendatarios interpusieron demanda el 30 de diciembre de 2004 en ejercicio de la acción de retracto consignando, entre otras, la cantidad fijada como precio de la compraventa. La demandada opuso la falta de legitimación activa de la actora por la renuncia efectuada en el contrato, formulando reconvencción para la resolución del contrato de arrendamiento por obras no consentidas.
5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda principal por considerar válida la renuncia al retracto efectuada en la demanda y estimó la reconvencción declarando resuelto el contrato de arrendamiento por obras no consentidas.

6. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y estimó la demanda principal considerando que la renuncia efectuada no es válida al no estar incorporado el derecho al patrimonio del arrendatario. Al haber adquirido los arrendatarios por el retracto la condición de propietarios, desestima la reconvencción en cuanto a la resolución del contrato de arrendamiento.

7. Los demandados han interpuesto recurso de casación por interés casacional *contra* esta sentencia.

SEGUNDO.—*Enunciación del primer motivo de casación.*

El motivo primero del recurso se introduce de la siguiente manera: "Infracción del artículo 1.6 Código Civil y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, representada, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 de junio de 1981, 15 de febrero de 1982, 11 de diciembre de 1989 y 3 de marzo de 1997, en virtud de la cual una sola sentencia no constituye jurisprudencia, por cuanto para completar el ordenamiento jurídico con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo es preciso que esta sea firme y reiterativa en la interpretación y aplicación de la ley".

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4ª, afirma que una renuncia al derecho de retracto arrendaticio sólo podría hacerse efectiva una vez el derecho hubiera nacido incorporándose al patrimonio del arrendatario. La razón de esta afirmación es la STS de 11 de octubre de 2001 a la que otorga un valor absoluto. El hecho de que así lo considerara el Tribunal Supremo no convierte dicha apreciación en fuente del derecho, pues para completar el ordenamiento jurídico con la doctrina sentada por él es necesario que ésta sea firme y reiterativa en la interpretación y aplicación de la ley, sin que una

única sentencia constituya doctrina jurisprudencial.

Resulta improcedente, a juicio del recurrente, resolver la controversia con esta argumentación. Incurrir la sentencia recurrida, en infracción del derecho, al otorgar a la doctrina mostrada por el Tribunal Supremo en esta sentencia, el valor que no le confiere el artículo 1.6 CC.

Este motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.—*La jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico.*

El artículo 1.6 del Código Civil establece que "la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

Según la parte recurrente, se ha producido infracción de este precepto al basar la sentencia recurrida su decisión en una única sentencia de esta Sala, otorgándole el valor que la ley concede a la reiteración de sentencias. Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

A) La infracción del artículo 1.6 CC se produce cuando se niega a la jurisprudencia el valor complementario del ordenamiento jurídico que en el Código Civil se le reconoce. Este valor no ha sido negado por la sentencia recurrida, sino que, al contrario, ha apoyado su decisión en una sentencia de esta Sala relativa a un supuesto idéntico al planteado en el procedimiento para considerar que la renuncia del retracto arrendaticio no es válida.

B) El planteamiento de la parte recurrente de que la Audiencia Provincial solo se apoya en una única Sentencia no puede ser aceptado porque la decisión de la Audiencia Provincial se apoya en la argumentación de la sentencia citada, que está sustentada por distintas sentencias de esta Sala. Así,

en esta STS de 11 de octubre de 2001, citada por la Audiencia Provincial, se citan a su vez sentencias de esta Sala sobre la eficacia jurídica de la renuncia, que ha de ser expresa y contundente (STS 5 de marzo (RJ 1991, 1718), 3 de junio (RJ 1991, 4636), 28 (RJ 1991, 7872) y 31 de octubre (RJ 1991, 7879) y 5 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8919), 14 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1268), 31 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7724) y 19 de diciembre de 1997 (sic) (RJ 1997, 9107)) y sentencias sobre la necesidad de que el derecho haya nacido para poder ser renunciado (STS 14 de noviembre de 1952 (RJ 1952, 2308) y 6 de mayo de 1955 (RJ 1955, 1694)). Esta argumentación es la base de la sentencia de la Audiencia Provincial para considerar que el retracto no fue renunciado válidamente acogiendo un criterio jurídico mantenido por la jurisprudencia en materia de renuncia.

C) En todo caso, una sola Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina. Así, lo ha dicho esta Sala en STS de 18 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3178), rec. Núm. 1731/2004.

No se ha producido, por tanto, infracción del precepto legal alegado.

CUARTO.—*Enunciación del segundo motivo de casación.*

Motivo Segundo. “Infracción de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU 64), así como de lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil, en relación a los artículos 47 y siguientes LAU 64 y a jurisprudencia

que los interpreta en relación a las facultades de renuncia conferidas por el artículo 6.3 LAU 64; así como a la posibilidad de renunciar a expectativas de derecho y por ende al derecho de retracto (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de 26 de junio de 1962; 13 de abril de 1993 (RJ 1993, 2878); 22 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2565); 21 de julio de 1995; 2 de abril de 1996; 9 de abril de 1999; 5, 18 (RJ 1999, 7336) y 22 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7620) y 13 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6823))”.

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia incurre en infracción de los artículos citados al considerar que el retracto arrendaticio es un derecho irrenunciable al suscribirse el contrato ya que la validez de esta renuncia se ampara en una firme línea jurisprudencial y doctrinal.

Desde la perspectiva jurisprudencial se citan las siguientes sentencias: a) la STS de 9 de abril de 1999 (RJ 1999, 1876), que reconoce la renuncia a la indemnización concedida por la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 (RCL 1976, 1192), afirmándose que la renuncia se proyecta tanto sobre derechos nacidos o expectativas de derecho, siempre que se trate de derechos reconocidos por la legislación vigente; b) la STS de 22 de marzo de 1994, sobre la validez de la renuncia al derecho de traspaso; c) la STS de 2 de abril de 1996 (RJ 1996, 2878) sobre la renuncia previa, por prohibirlo la ley, del derecho de prórroga forzosa pero sí la subsiguiente; d) la posibilidad de renunciaciones anticipadas a expectativas de derecho ha sido también expresamente reconocida como regla general por el TS como en la STS de 13 de octubre de 2004 en un supuesto de renuncia anticipada a indemnizaciones en contrato de distribución, o en la Sentencia de 22 de octubre de 1999 sobre la renuncia a la expectativa de subrogación en un con-

trato de arrendamiento; e) sobre la renuncia al derecho de retracto en contrato se pronuncia la STS de 21 de junio de 1995; f) también han sido reiteradas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha admitido la renuncia en contrato al derecho de traspaso como en las Sentencias de 13 de abril de 1993, 5 de octubre de 1999 y 18 de octubre de 1999.

A juicio de la parte recurrente, desde la literalidad de la ley, el derecho de retracto es renunciable de forma anticipada. Afirma que los antecedentes legislativos son muestra de cómo la especial protección se da a los arrendamientos de vivienda, pero no a los de locales de negocios por su finalidad marcadamente económica que hace que la primacía se otorgue al principio de libertad de pactos. Señala que la posterior evolución normativa ratifica esta postura, entendiéndose el derecho de retracto como un derecho que integra el patrimonio del arrendatario desde la celebración del contrato y por tanto, renunciable, posición esta también mantenida por la doctrina científica.

A favor de su argumentación, señala que la jurisprudencia menor, entre ellas la Audiencia de Barcelona se ha mostrado favorable a la validez de las renunciaciones al retracto efectuadas en contrato de arrendamiento de locales de negocio. Así en las Sentencias de 11 de diciembre de 1992, 26 de enero de 1994 (RJ 1994, 445), 25 de marzo de 1998, 11 diciembre de 1993, 30 de septiembre de 1992.

Por otro lado, también afirma que el artículo 6.3 de la LAU 1964 otorga plena validez a la renuncia efectuada por el arrendatario en el contrato de arrendamiento de local de negocio al derecho de retracto regulado en los artículos 47 y siguientes, infringiéndose así por la sentencia recurrida dicho precepto apoyándose en una única resolución judicial. Por todo ello, solicita la casación de la sentencia desesti-

mando la acción de retracto, siendo necesario un pronunciamiento en relación a la acción resolutoria ejercitada.

QUINTO.—*Existencia de interés casacional. Renuncia anticipada a retracto arrendaticio de local de negocio de TRLA 1964.*

A) La cuestión de fondo, relativa a la posibilidad de renuncia a los beneficios concedidos por la LAU 1964 regulada en el artículo 6.3 LAU 1964 y si esta puede realizarse anticipadamente, en concreto con el derecho de retracto arrendaticio por los arrendatarios de locales de negocio ha sido resuelta por esta Sala en la STS de 11 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8796), en la que se dice que “[...] al actuar la renuncia como dejación del derecho sobre el que se proyecta, resulta necesario que el derecho se hubiera incorporado al patrimonio del renunciante, en este caso el arrendatario, respecto al cual el retracto actúa como un derecho expectante, ya que su realización está supeditado a que se den las condiciones legales que posibilitan su ejercicio, es decir la transmisión del objeto del arriendo a un tercero —cambio de titularidad dominical y persona arrendadora— y es entonces cuando la renuncia sí resulta efectiva, al haber nacido el derecho, que queda así a la disponibilidad del arrendatario y de este modo no puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato”.

B) El artículo 6.3 de la LAU de 1964 establece que “Serán asimismo renunciables los beneficios que la Ley confiere al arrendador, lo sea de vivienda o de local de negocio, y a los arrendatarios y subarrendatarios de estos últimos, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario”.

La Ley de 1964 se enmarca dentro de la línea proteccionista de los intereses del arrendatario iniciada por Real De-

creto de 1920 "relativo a contratos de arrendamientos de fincas urbanas y alquileres de las mismas", a la que siguieron las leyes de 31 de diciembre de 1946 en la que se introduce la irrenunciabilidad de derechos en el ámbito de los arrendamientos y el Texto refundido plasmado en el Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre. La irrenunciabilidad de derechos introducida por la LAU de 31 de diciembre de 1946 para los arrendamientos de vivienda confería carácter renunciabile los beneficios concedidos por la ley al arrendador "lo sea de local de negocio o de vivienda, y a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario". Esta misma redacción se mantuvo en el artículo 6 de la reforma de la legislación arrendaticia llevada a cabo por el Decreto de 13 de abril de 1956 por el que se aprobó el texto articulado de la LAU. El Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 mantuvo la prohibición expresa de renuncia, salvo para los casos antes citados.

El régimen legal arrendaticio de esta ley comportaba una clara protección del arrendatario de vivienda, del que se distingue el arrendatario de local de negocio, al que se le otorga la posibilidad de renuncia a los beneficios otorgados por la ley, con una única excepción, la prórroga forzosa. Y esto es lógico porque determinados beneficios o derechos concedidos por la ley pueden constituir un freno para los propietarios a la hora de arrendar. La posición de las partes en los arrendamientos de locales de negocio es diferente a la de las viviendas, pues el desequilibrio que podría aparecer en estas últimas no existe en los locales de negocio. La renuncia que se regula tempranamente en la normativa de los beneficios de este tipo de arrendamientos abre el camino para que los contratantes acomoden el régimen le-

gal a sus propias necesidades, en un marco de libertad de pactos, que es el que rige la normativa posterior (LAU 1994).

La libertad de pactos prevista en la LAU 1964 para este supuesto constituye en realidad una exclusión de la ley aplicable a los contratos de arrendamiento, lo que está relacionado con el carácter imperativo o no de la norma: no es posible excluir previamente el régimen jurídico establecido en una ley imperativa, mientras que sí lo es en relación a lo establecido en una ley dispositiva. En los casos previstos en la LAU no se produce, por tanto, un desplazamiento de derechos, sino el cambio del régimen aplicable a la relación contractual arrendaticia. Por tanto, el término más correcto técnicamente es la exclusión de la ley aplicable, no la renuncia, aunque esta haya sido la más usada tanto en la legislación, en los contratos y en la propia jurisprudencia.

C) Los derechos de tanteo y retracto del inquilino y del arrendatario del local de negocio, en la terminología de la LAU 1964, se regulan en su Capítulo VI. Se trata de uno de los beneficios que la ley otorga a los arrendatarios, tanto de local de negocio como de vivienda. La cuestión se centra en determinar si este derecho es renunciabile de forma anticipada o hay que esperar a conocer las condiciones del tanteo o retracto para que el beneficio surja, tal y como declara la STS de 11 de octubre de 2001.

La Sala considera necesario revisar el criterio seguido en esta sentencia, por entender que no es adecuada plenamente al tenor literal de la norma, sus antecedentes legislativos, ni tampoco con la finalidad antes expuesta. La interpretación por la que la renuncia del derecho de tanteo o retracto solo puede realizarse una vez surjan las condiciones para su ejercicio dejaría vacío de contenido este artículo (6.3 LAU 1964) pues carece de sentido es-

tablecer el derecho a una renuncia a un derecho de carácter potestativo, como es el retracto, limitando sus efectos a los inherentes al no-ejercicio del derecho, cuya posibilidad es inherente a su naturaleza. Los derechos de tanteo y retracto se convertirían así en derechos irrenunciables, pues los derechos irrenunciables no conllevan la obligación de ejercitarlos, sino la facultad de ejercitarlos, siendo susceptibles de renuncia posterior. Este argumento se corrobora en la STS de 2 de abril de 1996, citada por la parte recurrente en relación al derecho de prórroga forzosa se dice que "La prohibición que contiene el párrafo tercero del art. 6 de la anterior LAU ha sido amplia y retiradamente interpretado por la jurisprudencia, aclarando, que lo que no cabe, por prohibirlo la Ley, es la renuncia previa del derecho de prórroga forzosa que establece el art. 57 de la Ley; esto es la renuncia efectuada al tiempo de celebrarse el contrato, pero sí en cambio esta permitida la subsiguiente, o sea la que tiene lugar después de adquirido el derecho mediante incorporación al patrimonio del arrendatario (Sentencias entre otras de 8-2-1.964; 14-5-1.963 (RJ 1963, 2516); 8-6-1968 (RJ 1968, 3766), etc.)". El artículo 6.3 sí atribuye el carácter de irrenunciable a la prórroga forzosa, pues es el único supuesto sobre el que el arrendatario de local negocio no puede ejercitar la renuncia con carácter anticipado. La consecuencia es que esta renuncia anticipada sí puede realizarse en el resto de los beneficios concedidos por la ley. Considerar que no cabe la renuncia anticipada supondría equiparar a los arrendatarios de locales de negocio con los de vivienda, sin que hubiera sido necesario establecer esta distinción en el párrafo tercero, dejando así la posibilidad de ejercicio o no del derecho, una vez surjan las condiciones.

Debe entenderse, por tanto, que, en ese marco de equilibrio entre las partes, en el momento de celebración del

contrato de arrendamiento de local de negocio, las partes pudieron establecer las cláusulas que consideraron pertinentes, permitiendo una renuncia anticipada de los beneficios de la ley, con la única salvedad de la prórroga forzosa. Esta renuncia debía hacerse de forma expresa y escrita. La LAU 1994, en su artículo 4.4, exige que se haga respecto de cada uno de los derechos. Este requisito no estaba regulado con esa redacción en la LAU 1964, pero sí se exigía que se hiciera de forma expresa.

D) En el caso concreto aquí analizado, la cláusula 29 del contrato dice lo siguiente: "en uso de la facultad que le reconoce el párrafo tercero del artículo 6º del Decreto de 13 de abril de 1956, y modificación de 11 de junio de 1964, el arrendatario hace expresa renuncia a los derechos de tanteo, retracto o impugnación establecidos en el Capítulo VI y para todos los supuestos de venta, donación, adjudicación de la finca o de local arrendado, que el citado capítulo hace mención".

La cláusula que fue analizada en la STS de 11 de octubre de 2001 era la siguiente: "[...] y haciendo formal y solemne declaración, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6º de la vigente Ley de arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (Texto articulado), de renuncia expresa a los derechos que la citada Ley concede, excepción hecha de la prórroga forzosa, por lo cual el presente contrato se regirá, en primer término, por las estipulaciones que se pactan y, subsidiariamente, por lo dispuesto para el caso por la Ley civil común, a la cual libremente se acogen las partes".

Existe una clara diferencia entre ambas cláusulas pues mientras que la de la STS de 11 de octubre de 2001 es una cláusula genérica de renuncia, más propia de un contrato de adhesión, la cláusula de este litigio renuncia expresamente a los derechos del Capítulo VI, es decir, al tanteo, al re-

tracto y a la impugnación. Esto nos permite decir que las partes, en ejercicio de su libertad contractual, amparada por el legislador, conocían lo que estaban pactando y a lo que se estaba renunciando, siendo esta renuncia válida por ser una renuncia a derechos que la legislación reconoce al arrendatario, adquiriendo el contratante que renuncia esta condición desde el momento de la firma del contrato.

E) Esta renuncia a derechos reconocidos por la legislación vigente, como señala la parte recurrente, está ya reconocida en nuestra jurisprudencia. Así, en la STS de 9 de abril de 1999 (RJ 1999, 1876) con cita de las STS de 24 de febrero de 1961, 30 de junio de 1984 y 14 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1268) se dice que "El artículo 6.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 autorizaba la renuncia voluntaria, equiparable a la del número 2 del artículo 6 del Código Civil, de los arrendatarios locales de negocio, salvo del beneficio de prórroga forzosa y se proyecta tanto sobre derechos nacidos, o respecto a los que, aún sin nacer, constituyen expectativa de derecho, siempre que se trate de derechos reconocidos por legislación vigente". Y en este caso, es un derecho concedido por la LAU 1964.

La cita de sentencias de esta Sala realizada por la STS de 11 de octubre de 2001 ampara este argumento. Así, la STS de 14 de noviembre de 1952 consideró que no cabía dar el valor de renuncia a la conformidad de la arrendadora con la renta establecida entre el vendedor y el arrendatario cuando el derecho a la renta legal fijada por el legislador en el artículo 118 de la LAU que autorizaba a los arrendadores para incrementar en el 40 por 100 las rentas de los locales de negocios construidos y habitados por primera vez antes del 18 de junio de 1936, fue fijada por el legislador posteriormente. Esta misma doctrina se repite en la STS de 6 de mayo de 1955, al mantener que el be-

neficio otorgado por el artículo 118 LAU no debe estimarse renunciado por derivarse de una ley inexistente al tiempo de celebrarse el contrato. No se trataba, por tanto, de renuncias a un derecho concedido en la ley vigente, sino de una renuncia a un derecho que todavía no se encontraba reconocido por el legislador en el momento de la pretendida renuncia. El argumento de la STS de 11 de octubre de 2001, por tanto, no estaba amparado por las sentencias citadas en apoyo de él, puesto que, el derecho al que se renunciaba sí estaba en la legislación vigente. Cosa distinta es que la cláusula en ese caso era genérica, lo que no ocurre con la del presente supuesto.

Procede, por tanto, la estimación del segundo motivo del recurso de casación.

SEXTO.—*Estimación del segundo motivo del recurso de casación.*

Siendo fundado el recurso de casación, y habiéndose este interpuesto al amparo del artículo 477.2.3° LEC, procede casar la resolución impugnada y resolver sobre el caso declarando lo que corresponda según los términos en que se ha producido la oposición a la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con el art. 487.3 LEC.

En consecuencia, al no entender la sentencia recurrida la posibilidad de renuncia anticipada del derecho de traspaso, procede casar la sentencia considerando que la renuncia realizada en contrato cumple los requisitos para su validez al realizarse de forma escrita y expresa a beneficios concedidos por la legislación vigente, confirmando en este punto a la sentencia de primera instancia en cuanto a la acción de retracto, que debe considerarse desestimada por renuncia de la parte arrendadora.

En cuanto a la resolución por obras no consentidas, el pronunciamiento de la

Audiencia Provincial fue considerar que los arrendatarios habían devenido propietarios, por lo que no se analizó la existencia de causa de resolución de contrato por obras no consentidas. Este razonamiento ha decaído, como consecuencia de la estimación del segundo motivo de casación. Siguiendo el criterio establecido en STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2902), RC n° 325/2006, refrendado por la STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3717), RC n° 1020/2005, no procede asumir la instancia y sí devolver las actuaciones a la AP para que dicte nueva sentencia en relación con la citada pretensión, con plena jurisdicción a la hora

de valorar la concurrencia o no de la causa de resolución arrendaticia alegada, y todo ello porque esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.3°, una vez se ha declarado lo que corresponde en relación con el interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial, considerándose además necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia.

SÉPTIMO.—Costas.

No procede imponer las costas de este recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 de la LEC.

COMENTARIO

1. PLANTEAMIENTO

Un arrendamiento de local de negocio celebrado en 1984 (y por tanto sometido al TRLAU-1964) incluía la cláusula en la que los arrendatarios renunciaban a los derechos de tanteo y retracto. En 2004 el local fue vendido a un tercero y los arrendatarios ejercitaron la acción de retracto dentro de plazo.

La cuestión es simple: ¿Es válida la renuncia al retracto contenida en el contrato de arrendamiento? La respuesta admite dos posibles enfoques. Atendiendo a la norma aplicable parece que sí, porque en el sistema del TRLAU-1964 el arrendatario de local de negocio puede renunciar a todos sus derechos menos a la prórroga forzosa (6.3 TRLAU-1964). Pero si se considera que no cabe renunciar a un derecho que todavía no se ha incorporado al patrimonio del renunciante, la respuesta puede ser que no. La STS 11-10-2001 (en adelante, «la sentencia de 2001»), en la que se fundamenta la instancia en el caso que nos ocupa, se decanta por la segunda respuesta, mientras que la comentada STS 9-5-2011 (en adelante, «la sentencia de 2011») lo hace por la primera.

2. RENUNCIA Y EXPECTATIVAS DE DERECHO

Empecemos por el segundo de los enfoques. Con palabras de la STS 11-10-2001, «al actuar la renuncia como dejación del derecho sobre el que se proyecta, resulta necesario que el derecho se hubiera incorporado al patrimonio del renunciante, en este caso el arrendatario, respecto al cual

el retracto actúa como un derecho expectante, ya que su realización está supeditada a que se den las condiciones legales que posibilitan su ejercicio, es decir, la transmisión del objeto de arriendo a un tercero –cambio de titularidad dominical y persona arrendadora– y es entonces cuando la renuncia sí resulta efectiva, al haber nacido el derecho, que queda así a la disponibilidad del arrendatario y de este modo no puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato» (STS 11-10-2001). Con otras palabras: como el arrendatario sólo puede renunciar a un derecho que ya ha sido incorporado a su patrimonio, no puede renunciar al retracto hasta que no se haya producido el supuesto de hecho que lo origina, es decir, la venta al tercero.

El núcleo de esta argumentación es que «no [se] puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato» (STS 10-11-2001). Para justificar esta doctrina, la sentencia de 2001 invoca las SSTs 14-11-1952 (RJ 1952, 2308) y 6-5-1955 (RJ 1955, 1694), que forman parte de un grupo más amplio formado por las SSTs 24-2-1951 (RJ 1951, 596), 30-3-1951 (RJ 1951, 1006), 14-11-1952 (RJ 1952, 2308), 18-12-1952 (RJ 1952, 2707), 6-5-1955 (RJ 1955, 1694) y 22-3-1994 (RJ 1994, 2565). La primera de ellas afirmó que el traspaso ejercitado por el arrendatario era válido a pesar de la renuncia porque «no podía otorgarse virtualidad a la renuncia de un derecho no creado todavía por ninguna ley cuando la misma se verificó y cuyos caracteres y alcance no podría el arrendatario conocer en el momento de la renuncia» (STS 24-2-1951). Las siguientes completaron el razonamiento: «no pueden interpretarse como la renuncia de un derecho que no pertenecía al arrendatario» (STS 30-3-1951); «ni es dable renunciar a un derecho a la sazón inexistente... ni son eficaces las renunciaciones anticipadas a derechos que las leyes puedan conceder» (STS 18-12-1952). En algún momento la formulación cristaliza en que no es válida la renuncia al derecho «antes de haberse generado por la transmisión del local arrendado..., sin perjuicio de su eficiencia y viabilidad legal cuando el derecho ya nacido e incorporado al patrimonio, se declina por acto voluntario» (STS 21-1-1965 [RJ 1965, 224], sentencia esta última que, me interesa subrayarlo por lo que se verá, no pertenece al grupo de las anteriores en cuanto a los hechos). Esta idea ha terminado incorporándose al Derecho arrendaticio, hasta el punto de que en el sistema de la LAR-1980 sólo se puede renunciar a los derechos desde el momento en que pueden ser ejercitados (art. 11.1 LAR-1980).

Con estos presupuestos, es lógico que la sentencia de 2001 declarase nula la renuncia al retracto: al no haberse cumplido el supuesto de hecho que lo desencadena (la venta al tercero), todavía no era un derecho incorporado al patrimonio del arrendatario, y por tanto no era renunciabile. Aplicando esta doctrina también debería haberse rechazado la validez de la renuncia en el caso que nos ocupa.

Sin embargo, si nos acercamos con más detalle al grupo de sentencias citadas, observaremos que todas ellas se dictaron ante un supuesto de

hecho muy similar ciertamente peculiar. En la STS 24-2-1951 (RJ 1951, 596) el arrendatario había renunciado en el momento del contrato (1943) al derecho de traspaso del local alquilado, derecho que entonces se encontraba regulado por un decreto de 1936 que lo concedía sólo a algunos arrendatarios con carácter muy restrictivo. Posteriormente se aprobó la nueva LAU-1946, la primera que concedió el derecho de traspaso con carácter general y en condiciones muy ventajosas a todos los arrendatarios de local. Esta ley tenía además la peculiaridad de que se aplicaba también a los arrendamientos anteriores a su aprobación que siguieran en vigor (DT 1ª LAU-1946). En estas condiciones, es lógico que el TS aplicara la ley posterior que reconocía los derechos con carácter retroactivo y no una renuncia realizada bajo una ley anterior que no reconocía los derechos renunciados. En todas las demás sentencias de este grupo ocurría lo mismo: la renuncia declarada nula se hizo antes de que entrara en vigor la ley que concedía el derecho renunciado. (Por eso he dicho que no debe incluirse entre ellas a la STS 21-1-1965, cuyos hechos no tienen nada que ver con lo anterior, y que menciona la frase citada anteriormente como obiter dictum, pues admite una renuncia posterior al contrato y anterior al cumplimiento del supuesto de hecho). Se comprende la justicia de este grupo de sentencias, pero su doctrina no puede generalizarse más allá de sus circunstancias un tanto peculiares.

Con carácter general, no es correcto decir que el derecho no se incorpora al patrimonio de su titular (y por ello no es renunciable) hasta que puede ser ejercitado, es decir, hasta que se ha cumplido el supuesto de hecho previsto legalmente para su ejercicio (la venta al tercero en el retracto, el fin del periodo vigente para la prórroga forzosa). El cumplimiento del supuesto de hecho es relevante para su exigibilidad y ejercicio, pero no afecta a su renunciabilidad. Un derecho no necesita ser exigible para ser renunciable. Por lo mismo, tampoco es correcto decir que para renunciar a un derecho éste tenga que estar incorporado al patrimonio del renunciante, salvo que admitamos que las expectativas de derecho forman parte del patrimonio del renunciante (eso sí, con el carácter eventual que las caracteriza), en cuyo caso no hay problema para aceptar eso ni para admitir que las expectativas de derecho son renunciables. Naturalmente, la renuncia debe cumplir los requisitos que le son propios. Pero cuando esos requisitos no se cumplen, como ocurrió en los casos que provocaron la jurisprudencia citada, con frecuencia no será por la falta de titularidad («no se puede renunciar a algo que no se tiene»), sino por el defecto de conocimiento («no se puede renunciar a algo que se desconoce tener»).

Entiendo que nada de esto contradice a la STS 5-5-1989 (RJ 1989, 3588), referencia obligada en materia de renuncia. Según ella, la renuncia de los reservatarios a sus derechos hereditarios realizada antes del segundo matrimonio del reservista no implica la renuncia a la reserva viudal. Pero esto no es un argumento contra que se pueda renunciar a las expectativas, sino a favor de que no se debe presumir que el renunciante está

renunciando tácitamente a derechos que ni tiene, ni sabe que podrá llegar a tener.

Por lo demás, sin salir de la jurisprudencia sobre arrendamientos protegidos, hay un buen número de sentencias que admiten la renuncia del arrendatario a sus derechos legales en un momento posterior al contrato y sin que todavía se haya producido el supuesto de hecho para poder ejercitarlo. Así ocurrió en las SSTs 21-1-1965 (RJ 1965, 224) (renuncia a retracto en arrendamiento de local), 8-6-1968 (RJ 1968, 3766) (renuncia a prórroga forzosa en arrendamiento de local), 1-10-1982 (RJ 1982, 5534) (renuncia a prórroga forzosa en arrendamiento rústico), 7-4-1986 (RJ 1986, 1842) (renuncia a retracto en arrendamiento rústico), 19-9-1989 (RJ 1989, 6321) (renuncia a prórroga forzosa en arrendamiento rústico), 17-3-1992 (RJ 1992, 2199) (renuncia a prórroga forzosa en local), 13-4-1993 (RJ 1993, 2878) (renuncia a traspaso en local), 9-2-1995 (RJ 1995, 1633) (renuncia a retracto en arrendamiento rústico), 2-4-1996 (RJ 1996, 2878) (renuncia a prórroga forzosa en local) y 22-10-1999 (RJ 1999, 7620) (renuncia a subrogación legal en vivienda). Todas ellas admiten de forma inequívoca la renuncia a un derecho que todavía no es ejercitable. Su doctrina debe prevalecer frente a la de las sentencias anteriormente citadas, cuyo ámbito debe limitarse al supuesto para el que fueron dictadas: la renuncia a derechos concedidos por ley posterior.

Recapitulando, podemos decir que un grupo de sentencias ha negado (acertadamente) la validez de la renuncia a derechos concedidos por leyes posteriores, pero al hacerlo ha introducido el argumento (discutible) de que sólo puede renunciarse a derechos exigibles. La extrapolación de esta doctrina más allá de su ámbito inicial ha ocasionado sentencias como la de 11-10-2001. Pero lo correcto es lo contrario: que se puede renunciar a una expectativa.

La sentencia de 2011 aclara todo esto al afirmar que la renuncia «se proyecta tanto sobre derechos nacidos, o respecto a los que, aún sin nacer, constituyen expectativa de derecho, siempre que se trate de derechos reconocidos por legislación vigente» (STS 9-5-2011, FD 5º-E). En la última frase podemos ver reconocida la validez de la doctrina enunciada por el grupo de sentencias anteriores, pero también la limitación de su ámbito. Esta limitación queda de manifiesto también cuando la sentencia de 2011 reprocha a la de 2001 que, al basarse en sentencias sobre renunciaciones de derechos concedidos por leyes futuras, «no estaba amparada por las sentencias citadas en [su] apoyo..., puesto que el derecho al que se renunciaba sí estaba en la legislación vigente» (STS 9-5-2011, FD 5º-E).

3. LA RENUNCIA AL RETRACTO EN LOCAL DE NEGOCIO EN EL TRLAU-1964

Una vez confirmado que cabe la renuncia a un derecho o expectativa de

derecho que todavía no puede ser ejercitado, debemos acudir a la norma aplicable para ver si admite o no la renuncia al retracto.

El art. 6.3 TRLAU-1964 deja claro que son renunciables todos los derechos del arrendatario de local menos la prórroga forzosa. Y el TS, citando jurisprudencia consolidada, afirma que «el artículo 6.3 TRLAU-1964 autorizaba la renuncia voluntaria, equiparable a la del número 2 del artículo 6 del Código Civil, de los arrendatarios de locales de negocio, salvo del beneficio de prórroga forzosa» (STS 9-5-2011, FD-5º). En el mismo sentido, la STS 13-4-1993 (RJ 1993, 2878) admitió la renuncia al derecho de traspaso, y la STS 9-4-1999 (RJ 1999, 1876) admitió la renuncia contractual al derecho a recibir la indemnización por ruina del inmueble arrendado.

Si el TRLAU-1964 otorgaba un margen amplio para la renuncia a los derechos del arrendatario de local, no ocurría lo mismo con los del arrendatario de vivienda, que no eran renunciables (6.3 TRLAU-1964). El TS justifica esta diferencia en que «el desequilibrio que podría aparecer en estas últimas no existe en los locales de negocio. La renuncia que se regula tempranamente en la normativa de este tipo de arrendamientos abre el camino para que los contratantes acomoden el régimen legal a sus propias necesidades, en un marco de libertad de pactos, que es el que rige la normativa posterior (LAU-1994)» (STS 9-5-2011, FD 5º-B). Por eso, «considerar que no cabe la renuncia anticipada supondría equiparar a los arrendatarios de locales de negocio con los de vivienda» (STS 9-5-2011, FD 5º-C).

4. EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE LEY APLICABLE

La sentencia comentada afirma que «este supuesto constituye en realidad una exclusión de la ley aplicable a los contratos de arrendamiento..., no una renuncia, aunque ésta haya sido la [palabra] más usada tanto en la legislación, en los contratos y en la propia jurisprudencia» (STS 9-5-2011, FD 5º-B).

En efecto, cuando el arrendatario renuncia en el mismo contrato de arrendamiento a su derecho legal a retraer, lo que hace no es propiamente renunciar abdicativamente a un derecho o expectativa del que sea titular. Lo que ocurre en estos casos es una exclusión voluntaria de ley aplicable del 6.2 CC o, lo que es lo mismo, una «renuncia preventiva», una «disposición negocial por la que las partes excluyen el normal contenido dispositivo del negocio que celebran», o un «cambio del régimen aplicable a la relación contractual arrendaticia» (STS 9-5-2011, FD 5º-B) (cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, Ad art. 6, *Comentarios Edersa*, I-1, 2ª ed., 1992, p. 739; cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Ad art. 6, en *Comentarios MJ*, 1992, I, pp. 34-36, PASQUAU LIAÑO, Ad art. 6, en *Jurisprudencia civil*, 2ª ed., 2010, I, pp. 58-61).

El Supremo ha dictado muchas sentencias sobre exclusión de derechos,

pero casi siempre dándole el nombre de renuncia, que sigue utilizando incluso a lo largo de esta misma sentencia, a pesar de afirmar correctamente que no lo es. Hasta ahora la sentencia de referencia sobre exclusión de ley aplicable era la STS 7-6-1983 (RJ 1983, 3452), que la negaba para el caso enjuiciado, pues las partes habían pretendido excluir el régimen legal de los recursos procesales, que es imperativo. En lo sucesivo habrá que citar junto a ella a la ahora comentada, en la que no sólo se habla de exclusión de ley aplicable, sino que se admite una y se le da su correcta calificación.

La exclusión de ley aplicable está regulada conjuntamente con la renuncia a derechos y exige los mismos requisitos que ella: debe ser inequívoca y no puede ir contra el orden público ni intereses de terceros (6.2 CC). Pero la distinción entre renuncia y exclusión no es puramente terminológica. La exclusión es bilateral, tiene que producirse en el seno mismo del contrato y sólo puede tener lugar respecto a derechos dispositivos.

5. RENUNCIA, EXCLUSIÓN Y DERECHOS IMPERATIVOS

Aunque no sea el supuesto de esta sentencia, no está de más recordar algo que guarda mucha relación con todo lo anterior. Las normas que otorgan derechos configurados legalmente como imperativos no pueden ser excluidas de la regulación contractual por las partes, pero los derechos o expectativas que nacen de ellas sí pueden ser renunciados después de nacido el contrato. Así, las SSTs 21-1-1965 (RJ 1965, 224), 8-6-1968 (RJ 1968, 3766), 1-10-1982 (RJ 1982, 5534), 7-4-1986 (RJ 1986, 1842), 19-9-1989 (RJ 1989, 6321), 17-3-1992 (RJ 1992, 2199), 13-4-1993 (RJ 1993, 2878), 9-2-1995 (RJ 1995, 1633), 2-4-1996 (RJ 1996, 2878) y 22-10-1999 (RJ 1999, 7620) admiten la renuncia a un derecho legal del arrendatario (retracto, prórroga forzosa, traspaso o indemnización por ruina) realizada en un momento posterior al contrato pero anterior al cumplimiento del supuesto de hecho desencadenante del derecho renunciado.

La primera de las citadas, la STS 21-1-1965, casando la instancia, admitió la validez de una renuncia a los derechos de tanteo y retracto del arrendatario de local. En su razonamiento, el Supremo dijo que no es válida la renuncia al derecho «antes de haberse generado la transmisión del local arrendado para ponerlo a salvo de toda coacción ambiental impulsada por su necesidad de uso, sin perjuicio de su eficiencia y viabilidad legal cuando el derecho ya nacido e incorporado al patrimonio, se declina por acto voluntario y consentido». En esta doctrina subyace una interpretación muy concreta de la norma arrendaticia: que su finalidad no es impedir la autonomía de la voluntad sino compensar el déficit negociador de las partes (PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia civil*, I, p. 60). Todo ello sin perjuicio de que en algunas de las sentencias mencionadas fuera discutible que la renuncia cumpliera las exigencias de una auténtica declaración «voluntaria, consentida» y «libre de coacción ambien-

tal», cuestión que no procede abordar aquí. Por cierto, como ya hemos visto antes, la afirmación sobre la necesidad de incorporación al patrimonio del renunciante es obiter dictum, pues en esta sentencia, como en todas las demás de este grupo, la renuncia tuvo lugar antes de que se cumpliera el supuesto de hecho desencadenante del derecho renunciado (en este caso, la venta al tercero).

Recapitulando lo anterior, hablando de renuncia entendida en sentido amplio se pueden sugerir las siguientes distinciones. Según su configuración legal los derechos o expectativas pueden ser imperativos (irrenunciables) o dispositivos (renunciables). Según el momento en el que tiene lugar, la renuncia (en sentido amplio) puede darse en el momento de perfección del contrato (exclusión), en un momento posterior a éste (renuncia anticipada), o cuando el derecho ya es exigible por haberse cumplido su supuesto de hecho desencadenante (renuncia a derecho ejercitable). Distinto de todo lo anterior es el no-ejercicio de un derecho potestativo, que no requiere ninguna declaración de voluntad, sino la mera inacción de su titular desde el momento en que el derecho empieza a poder ser ejercitado hasta el momento en que caduca.

Las partes no pueden excluir válidamente de la regulación negocial una ley aplicable que concede a una de ellas derechos imperativos, pero sí pueden hacerlo cuando los derechos concedidos son dispositivos. Tanto los derechos imperativos como los dispositivos son renunciables en documento posterior, ya sea antes, ya después de que se haya cumplido su supuesto de hecho. Y ambos pueden ser igualmente no ejercitados por su titular una vez desencadenado su supuesto de hecho. Luego lo que distingue a los derechos dispositivos de los imperativos no es que los primeros sean renunciables, pues todos lo son, sino que la ley que los otorga es excluible por las partes mediante y desde el momento mismo del contrato.

Lo anterior hace que no sea muy convincente un argumento invocado por la sentencia de 2011 frente a la de 2001. «La interpretación por la que la renuncia del derecho de tanteo o retracto sólo puede realizarse una vez surjan las condiciones para su ejercicio dejaría vacío de contenido este artículo (6.3 TRLAU-1964), pues carece de sentido establecer el derecho a una renuncia a un derecho de carácter potestativo, como es el retracto, limitando sus efectos a los inherentes al no-ejercicio del derecho, cuya posibilidad es inherente a su naturaleza. Los derechos de tanteo y retracto se convertirían así en irrenunciables, pues los derechos irrenunciables no conllevan la obligación de ejercitarlo, sino la facultad de ejercitarlos, siendo susceptibles de renuncia posterior» (STS 9-5-2011, FD 5º-C). El argumento no es convincente porque el no-ejercicio no absorbe la renuncia. Aunque se admitiera la doctrina de la sentencia de 2001, la renuncia al retracto no estaría vacía de contenido. Permitiría al arrendatario renunciar formalmente al retracto en el momento en que se le notifica la venta al tercero o después, algo útil para el tercer adquirente, pues le asegura que no habrá retracto sin necesidad de esperar a

que se agoten los plazos legales (30 días en urbanos y 60 días en rústicos, cfr. arts. 25.2 LAU-1994 y 22.2.II LAR-2005).

6. COMPARACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LAS SENTENCIAS DE 2001 Y 2011

Conviene detenerse brevemente sobre los hechos que dieron lugar a las sentencias de 2001 y de 2011, que, como reconoce la segunda de ellas, son casi idénticos (STS 9-5-2011, FD 3º-A). Ambas sentencias se referían a sendos contratos de arrendamiento de local de negocio sometidos al TRLAU-1964 que incluían una cláusula más o menos estándar en la que el arrendatario renunciaba a sus derechos de tanteo y retracto. En ambos casos el arrendador vendió el local a un tercero, la venta se comunicó al arrendatario y éste ejerció el retracto en tiempo y forma. En ambos casos el JPI desestimó la demanda con base en la exclusión contractual, pero la Audiencia consideró nula la renuncia, revocó la instancia y estimó la demanda. La diferencia está en la reacción del TS. La sentencia de 2001 confirmó la instancia y la nulidad de la renuncia, mientras que la de 2011 afirmó la validez de la exclusión, casó la instancia y desestimó el retracto.

Pese a esta similitud, la sentencia de 2011 insinúa en algún momento que las diferencias entre ambas decisiones se deben a diferencias entre las cláusulas contractuales analizadas: la de 2001 era demasiado genérica y más propia de un contrato de adhesión, mientras que la de 2011 era suficientemente concreta y por ello válida (cfr. FD 5º-D). Me parece que la lectura de las cláusulas indica más bien lo contrario. En el contrato de la sentencia de 2001 el arrendatario renunciaba a todos los derechos concedidos por la LAU «excepción hecha de la prórroga forzosa». En el de la sentencia de 2011 renunciaba a los derechos de «tanteo, retracto o impugnación». Aunque el primero tenga una formulación negativa y el segundo una positiva, ambos son sustancialmente idénticos porque son inequívocos en lo esencial: el arrendatario de local renuncia a todo lo que la ley vigente le permite renunciar, que es todo menos la prórroga forzosa (art. 6.3 TRLAU-1964). Además, ambas cláusulas cumplen los requisitos de expresión y forma escrita (6.2.V TRLAU-1964), sin que les sea exigible que la renuncia se haga por separado (la regla del art. 4.4 LAU-1994 no formaba parte del TRLAU-1964, cfr. FD 5º-C).

El TS sugiere que el contrato de 2001 era de adhesión. Probablemente lo fueran los dos. Ambos contratos eran anteriores a la LCGC-1998, pero aunque hubiera que aplicarles la normativa de condiciones generales nada habría cambiado, porque las cláusulas discutidas cumplían el requisito de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC-1998) y, aunque la renuncia de los consumidores a sus derechos legales puede ser abusiva (hoy, art. 86.7 TRLCU-2007), los renunciantes eran arrendatarios de local comercial y no consumidores (art. 3 TRLCU-2007).

Por tanto, a pesar de lo que insinúa la de 2011, los hechos y cláusulas de ambas sentencias eran sustancialmente idénticos. ¿Por qué entonces ese empeño por atribuir la diferencia de las decisiones a los hechos? A veces el TS quiere disimular una contradicción entre dos de sus sentencias o reducir el perfil de un cambio de jurisprudencia. Por comprensibles y legítimas que sean estas razones, no impiden reconocer que la sentencia de 2011 ha cambiado el criterio de la de 2001.

7. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

Uno de los motivos invocados en el recurso de casación e inadmitidos por el Supremo estaba basado en que, según los recurrentes, la Audiencia de instancia se fundamentaba en una única sentencia a la que otorgaba un «valor absoluto» (la STS 11-10-2001). El Alto tribunal rechaza que esto fuera así por varios motivos. Aunque la Audiencia se basaba en una única sentencia, ésta a su vez citaba a otras, por lo que no puede decirse que se basara sólo en una (no debe olvidarse que en otro lugar la sentencia de 2011 reprocha a la de 2001 que «no estaba amparada por las sentencias citadas en [su] apoyo», cfr. FD 5º-E). Basarse en una única sentencia no supone negar el valor complementario del ordenamiento de la jurisprudencia, y por tanto no contraviene el art. 1.6 CC. Pero, sobre todo, el TS recuerda que una sola sentencia de la Sala 1ª del TS (sea o no del Pleno) «puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva» (FD 3º). En cierto modo, la sentencia analizada es un ejemplo de esto mismo en la medida en que rectifica la doctrina anterior de la STS 11-10-2001. Por si hubiera dudas, el TS justifica esta afirmación citando un caso más evidente: la STS 18-5-2009 (RJ 2009, 3178), en la que el TS, rectificando su propia jurisprudencia anterior, entendió que la retransmisión a los televisores de las habitaciones de los hoteles es un acto de comunicación pública a efectos de propiedad intelectual.

8. REPOSICIÓN DE ACTUACIONES

Junto a la cuestión de la pertinencia o no del retracto, que es sin duda la parte más interesante del caso, no debe olvidarse que en primera instancia la parte demandada-retraída había reconvenido la resolución del arrendamiento por obras in consentidas. El JPI desestimó el retracto y estimó la resolución solicitada en reconvenición. La AP admitió el retracto, con lo que la resolución devino irrelevante. El TS, al casar la instancia e inadmitir el retracto, hace surgir de nuevo la cuestión sobre la resolución. En efecto, si no hay retracto, los arrendatarios tendrán derecho a permanecer en el arrendamiento, salvo que la resolución haya

sido procedente, en cuyo caso carecerán de título para poseer y se les podrá desahuciar.

En lugar de asumir la instancia y pronunciarse sobre el fondo de este asunto en segunda sentencia, en este caso el TS repone las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación «con el fin de que la Audiencia Provincial entre a valorar la causa de resolución arrendaticia». No se puede decir que sea una novedad absoluta, porque el TS ya lo había hecho, al menos, en las SSTS 29-4-2009 (RJ 2009, 2902) y 25-5-2010 (RJ 2010, 3717). Aquí lo hace con los mismos argumentos: porque la ley no lo prohíbe siempre que la sentencia se haya pronunciado sobre la parte relativa al interés casacional (487.3 I y 477.2.3º LEC) y «para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia» (FD 6º).

Javier Fajardo Fernández