

Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano

Remedies to the early termination by the tenant of lease agreements of urban real estate properties

por

JORDI SAGRERA RULL
Abogado

RESUMEN: En este trabajo se analizan las consecuencias jurídicas que se derivan del desistimiento anticipado por el arrendatario de un contrato de arrendamiento urbano, bajo las Leyes de Arrendamientos Urbanos de 1994 y 1964, y para los dos tipos de inmuebles con regulación diferenciada en dichas leyes: las viviendas y los que tienen un uso distinto del de vivienda. Se diferencian también los casos, frecuentes en arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en que el contrato contiene una cláusula penal para garantizar su duración, de aquellos que no la tienen. Finalmente, se examinan también los aspectos específicos a tener en cuenta para los arrendamientos de locales en Centros Comerciales.

ABSTRACT: *This paper analyses the legal effects and remedies following the early termination by a tenant of a lease agreement of urban real estate*

properties, either under the Urban Real Estate Acts of 1994 and 1964. The analysis differentiates between residential and commercial lease agreements, which are subject to different legal treatments, and between the contracts including a penalty clause —which is typical in commercial lease agreements— and those which do not. The specific aspects for commercial lease agreements in Shopping Centers are tackled in the last sections of this paper.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. Desistimiento anticipado. Viviendas. Locales de negocio. Cumplimiento de contrato. Resolución de contrato. Posesión. Cláusula penal. Centros Comerciales.

KEY WORDS: *Urban lease agreements. Early termination. Dwelling. Commercial premises. Enforcement of the lease. Termination of the lease. Possession. Penalty clause. Shopping Centers.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUMPLIMIENTO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—III. RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE.—IV. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 1964.—V. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 1994: 1. ARRENDAMIENTOS SIN CLÁUSULA PENAL: A) *Vivienda*. B) *Uso distinto del de vivienda*. 2. ARRENDAMIENTOS CON CLÁUSULA PENAL: A) *Cláusula penal*. B) *Vivienda*. C) *Uso distinto del de vivienda*. 3. ARRENDAMIENTOS EN CENTROS COMERCIALES: A) *Aspectos generales sobre el desarrollo y funcionamiento de Centros Comerciales*. B) *Características específicas a tener en cuenta al valorar el desistimiento de arrendamientos en Centros Comerciales*.—CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento legal del desistimiento de los arrendamientos de inmuebles urbanos por el arrendatario es una materia que genera una cierta confusión, probablemente motivada porque sobre ella se han proyectado diversos regímenes normativos: el de los contratos sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964¹ (LAU 64), el de los de la LAU de 1994² (LAU 94), así como el aplicable a viviendas y el que rige para inmuebles para otros usos, generalmente locales comerciales. Respecto a estos últimos, habría también que distinguir los que se encuentran en un centro o complejo comercial, pues tienen unas especificidades que deberían ser tenidas en cuenta. Además, en los casos —bastante frecuentes— en los que se ha pactado una cláusula penal para el desistimiento, son de aplicación las normas del Código Civil reguladoras de esta figura jurídica³.

Esta variedad de marcos normativos y la aplicación casuística que han hecho los tribunales dificultan una imagen nítida de los efectos del desistimiento en casos concretos, con la consiguiente inseguridad jurídica.

La controversia principal que generalmente se plantea cuando un arrendatario desiste anticipada e injustificadamente de un contrato de arrendamiento por tiempo determinado es la de la indemnización por el periodo incumplido, en particular por las rentas pactadas que hubiera percibido el arrendador si la duración convenida se hubiera respetado. Puede tratarse de una cantidad muy elevada si la renta es alta y el desistimiento se produce faltando todavía mucho periodo contractual por cumplir. Pero también pueden suscitarse otras cuestiones importantes, como la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato, la reclamación de daños y perjuicios distintos a la renta, o la pronta recuperación por el arrendador de la posesión del inmueble.

Con este artículo quiero hacer un repaso general a estas cuestiones. Quiere ser una guía, aunque no exhaustiva porque por razones de brevedad no entraré a tratar todos los detalles, sí suficientemente esclarecedora para el profesional del derecho o del arrendamiento de inmuebles.

Haré primeramente unas consideraciones de carácter general, en primer lugar sobre la disyuntiva a la que debe enfrentarse el arrendador cuando el arrendatario desiste anticipadamente del arrendamiento antes del periodo contractual estipulado, de si le conviene o no aquietarse a la terminación del contrato; y seguidamente, acerca de la recuperación de la posesión del inmueble por el arrendador. Más adelante, trataré con mayor detalle la situación para cada uno de los supuestos contemplados: bajo la LAU 64 y 94, con o sin cláusula penal, para vivienda o para un uso distinto, y locales en Centros Comerciales.

II. CUMPLIMIENTO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Por regla general, el desistimiento va acompañado de un ofrecimiento de devolución de la posesión del inmueble al arrendador. Así, si este no se opone al desistimiento, podrá recuperar la posesión sin dificultades y volver a arrendarlo. Cuando las expectativas en las condiciones de un nuevo arrendamiento son mejores que las del existente, normalmente será de interés para el arrendador terminar cuanto antes el arrendamiento, aceptando el desistimiento del arrendatario.

Por el contrario, cuando esas expectativas son peores o inciertas, puede ser de interés del arrendador que no se extinga el arrendamiento existente y, en caso de que el desistimiento no esté fundado en justa causa, exigir el cumplimiento íntegro del contrato. Ahora bien, no siempre tendrá a su alcance ese derecho:

i) Para los arrendamientos de vivienda sujetos a la LAU 94, el artículo 11 de dicha Ley establece el derecho del arrendatario a desistir del contrato una

vez que hayan transcurridos al menos seis meses, siempre que lo comunique al arrendador con al menos quince días de antelación. Así, aunque las partes hubieran pactado una duración más larga del contrato, el arrendatario podrá, en dichas condiciones, desvincularse de este anticipadamente⁴.

El referido artículo 11 contempla la posibilidad de que las partes pacten que en esos casos el arrendatario indemnice al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Si no se hubiera pactado indemnización alguna, el arrendatario podrá desistir libremente⁵, siempre que hayan transcurrido seis meses de contrato y preavise al arrendador con quince días de antelación. Si la indemnización que permite la Ley está prevista en el contrato, será exigible al arrendatario. En cambio, en virtud del artículo 6 LAU 94, para los arrendamientos de vivienda será nulo el pacto de indemnizar por una cantidad superior⁶.

ii) Para los arrendamientos sujetos a la LAU 64, tanto de vivienda como de local de negocio, el artículo 56 de dicha Ley establece que si el arrendatario desaloja el inmueble antes del periodo de duración pactado deberá comunicar su propósito al arrendador con treinta días de antelación e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.

Esta disposición parece garantizar que para arrendamientos sujetos a la LAU 64, en caso de desistimiento del arrendatario sin justa causa el arrendador debería ser indemnizado en cualquier caso con todas las rentas por el periodo incumplido. No obstante, la jurisprudencia ha rebajado sustancialmente los efectos de esta disposición, tal como expondré en el punto IV siguiente.

Por tanto, no siempre tendrá el arrendador el derecho a exigir el cumplimiento del contrato cuando el arrendatario no cumpla el plazo de duración pactado.

Cuando el arrendatario no tenga el derecho de desistir anticipadamente, si lo hace nos hallaremos ante un incumplimiento contractual que, en virtud de los artículos 27 LAU 94 y 1124 del Código Civil facultará al arrendador para escoger entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. En estos casos el arrendador podrá oponerse al desistimiento y exigir el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, en la práctica la opción del cumplimiento puede presentar dificultades. Si, como ocurre con frecuencia, el arrendatario persiste en su intención y desaloja el inmueble, consignando notarialmente o entregando de otro modo las llaves y dejando de pagar la renta, el arrendador se queda con el inmueble vacío y teniendo que reclamar judicialmente el cumplimiento forzoso del contrato y el pago de las rentas a medida que van venciendo.

No obstante, esta es una situación que en casos de arrendamientos para uso distinto del de vivienda cuyo plazo había ya vencido en el momento de resolverse la reclamación judicial, ha dado lugar a una condena al arrendatario a

pagar todas las rentas por el periodo incumplido, sin que se estimara que cabía moderar la cantidad a pagar⁷.

Sobre el cumplimiento forzoso del arrendamiento también son destacables dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de mayo y 3 de octubre de 2017, ambas en casos de uso distinto del de vivienda y en los que el Tribunal estimó condenar al arrendatario que desistía ilegítimamente del contrato a cumplirlo íntegramente: (i) en la primera de ellas revocó una sentencia de la Audiencia Provincial por la que se declaraba que al haber efectuado el arrendatario el depósito notarial de las llaves se había producido una resolución de facto y, por tanto, no cabía exigir el cumplimiento del contrato, sino solo la indemnización de daños y perjuicios; y (ii) en la segunda, el Tribunal revocó otra sentencia de Audiencia Provincial, por la que se aplicaba analógicamente a un arrendamiento para uso distinto del de vivienda el artículo 11 LAU 94 —que está previsto para arrendamientos de vivienda— y estimaba que no cabía gravar a la arrendataria con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada como sería mantener vigentes los mismos contratos con las rentas pactadas cuando el desistimiento no ha sido arbitrario, sino debido a diversos eventos económicos —básicamente, la situación de grave crisis económica, que llevó a la arrendataria a una situación de pérdidas e inviabilidad financiera— que le hacían muy dificultoso continuar con la relación contractual.

Frente a la situación de exigir el cumplimiento, que se puede prolongar en el tiempo y acabar resultando en la imposibilidad práctica de forzar al arrendatario a retomar el arrendamiento, el arrendador puede seguir la vía, que según las circunstancias puede ser más pragmática, de requerir el cumplimiento y, en el caso de negativa del arrendatario, resolver el contrato por incumplimiento de este, recuperar la posesión del inmueble, reclamar de los daños sufridos y poner de nuevo el inmueble en el mercado. Ahora bien, si el arrendador no quiere acabar económicamente perjudicado, la adopción de esta vía debe ir precedida de un análisis de las expectativas de volver a arrendar el inmueble y de que prospere una reclamación al arrendatario incumplidor por las rentas correspondientes al periodo no cumplido.

Ante esta disyuntiva, por regla general el arrendador deberá evaluar si es más de su interés (i) resolver el contrato, con una recuperación más rápida del inmueble y una reclamación judicial de daños por las rentas dejadas de percibir o, en su caso, de cumplimiento de la cláusula penal que se haya pactado, con el riesgo de que no sea estimada totalmente; o (ii) exigir el cumplimiento al arrendatario que ha desistido, asumiendo que el inmueble pueda quedar vacío por el plazo que quede por cumplir del contrato si el arrendatario no se aviene a seguir ocupándolo, en cuyo caso son más altas las posibilidades de que este sea condenado a pagar todas las rentas hasta el final del periodo pactado.

Para el supuesto «(ii)» anterior es relevante estimar el tiempo que puede tardar en recaer una resolución condenando al arrendatario a pagar las rentas del

periodo incumplido, pues si lo hace cuando ya se haya extinguido dicho periodo, se podrán reclamar todas las rentas dejadas de percibir hasta el final del plazo pactado. Si, por el contrario, la terminación del arrendamiento incumplido está lejana, habría que esperar mucho tiempo para tener derecho a reclamar todas las rentas hasta el final del periodo de arrendamiento convenido, lo que redundaría en perjuicio del arrendador.

III. RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE

Cuando el arrendador opta por la resolución del contrato, un aspecto importante es la recuperación de la posesión del inmueble, que debe llevarse a cabo correctamente para evitar efectos indeseados.

Recuperar cuanto antes la posesión interesa al arrendador, para poder arrendar de nuevo el inmueble y mitigar en la medida de lo posible los daños por la pérdida de rentas que sufrirá como consecuencia del desistimiento del arrendatario, pero si no quiere arriesgarse a perder el derecho a reclamarlas, deberá haber puesto de manifiesto su oposición al desistimiento.

En caso contrario, la aceptación de la devolución del inmueble sin poner objeción alguna podría reputarse una aceptación tácita del desistimiento y la pérdida del derecho a reclamar⁸. No obstante, también se han dado casos en que los tribunales, valorando las circunstancias concurrentes han considerado que aunque el propietario haya recuperado la posesión sin hacer ninguna manifestación, su silencio no ha implicado la pérdida del derecho a reclamar, con base en que para la renuncia de un derecho es preciso que se manifieste de manera clara, definitiva y concluyente por actos que demuestren, fuera de toda duda, la voluntad de renunciar⁹.

Así las cosas, si el arrendador no quiere arriesgarse a perder el derecho a reclamar, es aconsejable que ponga de manifiesto su oposición al desistimiento¹⁰ y que acepte la devolución de la posesión del inmueble ante la negativa del arrendatario a cumplir y para mitigar los daños por el incumplimiento del plazo de duración del contrato, y con reserva del ejercicio de las acciones para reclamarlos.

Otra cuestión que en ocasiones se suscita en relación con la recuperación de la posesión del inmueble es cómo llevarla a cabo si el arrendatario no la devuelve, ya sea porque lo ha desalojado sin hacer ofrecimiento de devolución al arrendador o porque se niega a desalojarlo voluntariamente.

En principio, en estos casos el arrendador deberá acudir a un juicio de desahucio, al término del cual se declare la resolución del contrato y acuerde la devolución de la posesión al arrendador, lo que puede prolongarse durante meses, con el consiguiente perjuicio para este.

Ante esta situación debe considerarse si, cuando las circunstancias son propicias —por ejemplo, si el arrendatario ha desalojado y dejado vacío el

inmueble—, el arrendador puede recuperarlo sin mediar resolución judicial. Para ello es aconsejable comunicar al arrendatario la resolución del contrato y requerirle para que devuelva la posesión, advirtiéndole de que si no lo hace el arrendador pasará a ocuparlo de nuevo y, solo si no se opone, proceder a recuperarlo, pues en ese caso el silencio del arrendatario junto con sus otros actos —como puede ser su desalojo previo del inmueble— pueden ser tenidos como aceptación de la pérdida de la posesión. También se deberá tener cuidado de dejar constancia y guardar el mobiliario o enseres que el arrendatario haya dejado en el inmueble, para evitar reclamaciones futuras por pérdida o deterioro de los mismos.

Si, en cambio, el arrendatario no desaloja voluntariamente el inmueble o manifiesta su oposición a la recuperación de la posesión por el arrendador, deberá acudir al auxilio judicial, pues tal como establece el artículo 441 del Código Civil *«En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente»*.

IV. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 64

El juego de las disposiciones transitorias de la LAU 94 y de las subrogaciones y prórrogas de los arrendamientos sujetos a la LAU 64 ha hecho que todavía sigan en vigor algunos de estos, pero el paso del tiempo y el vencimiento de plazos o la concurrencia de circunstancias que dan lugar a su extinción, hace que esta categoría se haya convertido ya en residual, en particular para el tema que nos ocupa, de los efectos del desistimiento del contrato por el arrendatario antes de que venza el plazo de duración pactado.

No obstante, la regulación de esta materia para estos contratos ha dado lugar en el pasado a una abundante jurisprudencia que merece la pena comentar brevemente, pues ha servido de base para el desarrollo de algunas posiciones que también se han aplicado, en ocasiones, a arrendamientos regidos por la LAU 94.

El artículo 56 LAU 64 establece que si el arrendatario desaloja el inmueble antes del periodo de duración pactado deberá comunicar su propósito al arrendador con treinta días de antelación e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.

Se desprende de esta disposición que si el arrendatario de un inmueble sujeto a esa Ley desistía anticipadamente del contrato, debía indemnizar al arrendador con todas las rentas por el periodo incumplido. No obstante, la jurisprudencia acabó limitando esta obligación indemnizatoria a las rentas por el tiempo que el inmueble hubiera permanecido desocupado y libre desde el desalojo por parte

del arrendatario¹¹, con base en que, si no, se produciría un enriquecimiento injusto del arrendador, quien por un mismo periodo de arrendamiento —desde que, en su caso, volvía a arrendar el inmueble hasta la fecha en que habría vencido el arrendamiento anterior— percibiría las rentas por partida doble: por un lado, del anterior arrendatario como indemnización y, por otro, del nuevo arrendatario la nueva renta pactada.

Es más, en casos en que el arrendador no había vuelto a arrendar el inmueble por no haber llevado a cabo actividad alguna para comercializarlo de nuevo, la jurisprudencia había moderado la indemnización fijada en el artículo 56 LAU 64 a las rentas por el tiempo desde el desalojo hasta que, atendiendo a las circunstancias del caso, previsiblemente hubiera vuelto a arrendarlo en condiciones similares si hubiera llevado a cabo actuaciones para comercializarlo de nuevo¹². Pero, en cambio, no estimó moderar la indemnización cuando recuperado el inmueble por el arrendador tras el desistimiento del arrendatario, aquel no lo había arrendado de nuevo, sino que lo había vendido¹³.

Como antes apuntaba, algunos de estos planteamientos han sido retomados por la jurisprudencia para resolver casos de arrendamientos sujetos a la LAU 94, como veremos a continuación.

V. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 94

Para una mayor claridad expositiva del régimen en esta materia aplicable a los arrendamientos sujetos a la LAU 94, distinguiré entre diversas situaciones: en primer lugar, entre los contratos que contienen una cláusula penal para el desistimiento anticipado del arrendatario y aquellos que no la contemplan; dentro de cada una de estas categorías, los contratos de arrendamiento de vivienda y aquellos para un uso distinto; y, por último, expondré unas consideraciones acerca de los arrendamientos de locales en Centros o Complejos Comerciales.

1. ARRENDAMIENTOS SIN CLÁUSULA PENAL

Los arrendamientos sin cláusula penal para el caso de desistimiento son aquellos que no contienen una sanción específica expresamente pactada entre las partes para el caso de que el arrendatario desista anticipadamente del arrendamiento. Cuando se ha pactado una duración determinada del contrato, las reglas sobre arrendamientos urbanos y las generales en materia de contratos pueden dar lugar a que el desistimiento constituya o no un incumplimiento. El régimen aplicable difiere según se trate de un arrendamiento para vivienda o para otro uso.

A) Vivienda

En virtud de los artículos 4.2 y 6 LAU 94 los arrendamientos de vivienda se rigen por lo pactado entre las partes en el marco de lo establecido en el Título II de la Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil, siendo nulas y debiéndose tener por no puestas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas de dicho Título, salvo los casos en que la propia norma lo autorice. Por tanto, con carácter general, para los arrendamientos de vivienda queda fuera de la autonomía de las partes pactar en detrimento del arrendatario condiciones distintas a las previstas en la Ley.

Como he apuntado anteriormente, el artículo 11 LAU 94 establece el derecho del arrendatario a desistir del contrato de arrendamiento de vivienda una vez que hayan transcurridos al menos seis meses, siempre que lo comunique al arrendador con al menos quince días de antelación. Así, aunque las partes hubieran pactado una duración determinada del contrato, el arrendatario podrá, en dichas condiciones, desvincularse de este anticipadamente.

Para estos casos, el mismo artículo contempla la posibilidad de que las partes pacten que el arrendatario indemnice al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Si no se hubiera pactado indemnización alguna, el arrendatario no deberá pagar ninguna, siempre que se cumplan el plazo mínimo de duración y el preaviso que contempla la norma. Si se hubiera pactado la indemnización que permite la Ley, o una más baja, será exigible al arrendatario. En cambio, el pacto de indemnizar por una cantidad superior será nulo, en virtud del artículo 6 LAU 94¹⁴.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el actual redactado del artículo 11 LAU fue introducido por medio de la Ley 4/2013 de 4 de junio, cuya disposición transitoria primera dispone que los arrendamientos anteriores continúan rigiéndose por la normativa que les era de aplicación, que contemplaba este derecho de desistimiento solo para los contratos de arrendamiento con una duración pactada superior a cinco años y una vez habían transcurrido esos cinco años. En consecuencia, salvo que hubieran sido adaptados a la nueva normativa, para los contratos anteriores a la Ley 4/2013 la facultad de desistir solo será de aplicación cuando concurren las citadas condiciones.

Así, para estos contratos anteriores a la Ley 4/2013, cuando tengan una duración inferior a cinco años o, aunque la tengan superior, si se produce el desistimiento antes de los cinco años, el arrendatario no tiene el derecho de desistir y, si lo hace, el arrendador sí puede reclamar una indemnización¹⁵.

B) Uso distinto del de vivienda

Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen imperativamente por lo establecido en los Títulos I y IV LAU 94 —que son disposiciones

sobre el ámbito de la Ley, la fianza y la formalización del contrato—, para todas las demás cuestiones por la voluntad de las partes y, solo en su defecto, por lo estipulado en el Título III de la Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil. Por tanto, sobre la mayoría de los aspectos del arrendamiento hay libertad de pacto, no existiendo, como ocurre con los de vivienda, una disposición que proscriba los acuerdos que sean para el arrendatario más perjudiciales que lo establecido en la Ley.

Si el arrendatario desiste anticipadamente y sin justa causa de un contrato de duración determinada, haciendo caso omiso de los requerimientos del arrendador para que cumpla, nos hallaremos ante un incumplimiento contractual que, en virtud de los artículos 27 LAU 94 y 1124 del Código Civil facultará al arrendador para escoger entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

Si opta por la resolución, el arrendador podrá reclamar todos los daños efectivamente sufridos. Ahora bien, una actuación prudente por su parte requeriría que pusiera el inmueble en el mercado para arrendarlo de nuevo y así evitar que se le pueda reprochar un incumplimiento del deber de mitigar los daños.

Si lo vuelve a arrendar y ha sido diligente en su comercialización, el arrendador puede reclamar como lucro cesante las rentas por el periodo incumplido por el anterior arrendatario, hasta que perciba rentas del nuevo. Además, si solo ha podido arrendarlo por una renta inferior a la que pagaba el anterior arrendatario, debe también poder reclamar la diferencia de rentas hasta que hubiera vencido el anterior arrendamiento.

No obstante, el Tribunal Supremo¹⁶ ha declarado que el contratante cumplidor no está jurídicamente obligado, en principio, a desplegar actividad alguna dirigida a mitigar la responsabilidad del incumplidor, fuera de los casos de acreditada mala fe por parte del acreedor que, pudiendo evitar tales perjuicios, deja de hacerlo voluntariamente en perjuicio del otro contratante.

Aplicando esta doctrina, la obligación del arrendador de volver a poner el inmueble en el mercado para mitigar daños quedaría muy atenuada. No obstante, a la vista de los razonamientos en que por regla general se basan los tribunales¹⁷ para resolver esta cuestión, es aconsejable que el arrendador lleve a cabo una razonable actividad para volver a poner el inmueble en el mercado, para evitar que se le reproche una pasividad contraria a la obligación de mitigar daños.

El arrendador también puede reclamar otros daños efectivamente sufridos, como daño emergente u otras cantidades que hubiera percibido del anterior arrendatario durante el periodo incumplido por otros conceptos distintos a la renta y que no vaya a percibir del nuevo. En suma, el arrendador puede reclamar que se le coloque en la misma situación económica en la que estaría si el contrato hubiera sido cumplido¹⁸.

Cuando el lucro cesante no puede aún determinarse con precisión —por ejemplo, porque la reclamación se produce antes de volver a arrendar el inmue-

ble—, para su determinación el Tribunal Supremo ha establecido como pauta orientativa lo dispuesto en el artículo 11 LAU 94 para los arrendamientos de vivienda, esto es, una indemnización por lucro cesante de un mes de renta por cada año que previsiblemente restare por cumplir del contrato.

Este criterio fue seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2004, que consideró conforme a derecho aplicar analógicamente el referido artículo a los arrendamientos para uso distintos del de vivienda. Posteriormente, otras sentencias se pronunciaron en contra de dicha aplicación analógica¹⁹, pero el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de abril de 2012 volvió a seguir este criterio, si bien precisando que dicho artículo 11 LAU 94 se tiene en cuenta como pauta de carácter orientativo. También dijo que en el caso concreto que se enjuiciaba la apreciación de este criterio se fundaba en la falta de elementos probatorios consistentes acerca de las dificultades o la imposibilidad de arrendar de nuevo el local objeto de litigio en unas condiciones económicas similares en un tiempo más dilatado que el ordinariamente previsible en circunstancias normales. Se desprende de ello que, si se consigue acreditar que el tiempo que actuando diligentemente se tarda en volver a arrendar el inmueble es mayor o menor que el que resulta de dicha pauta orientativa —un mes por año que previsiblemente quede por cumplir—, será este periodo necesario para concertar el nuevo arrendamiento el que deberá ser tenido en cuenta. Recientemente, en una sentencia de 3 de octubre de 2017, resolviendo un caso en el que el arrendador había optado por el cumplimiento del contrato, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse en contra de la aplicación analógica del artículo 11 LAU 94 para los inmuebles para uso distinto del de vivienda.

Así, si se sigue el criterio seguido por la sentencia de 9 de abril de 2012 como orientador para determinar el lucro cesante, si el arrendatario desiste en el quinto año de un contrato pactado por diez, la pauta orientativa a seguir sería que el arrendador podría reclamar cinco meses de renta como lucro cesante por las rentas dejadas de percibir, a no ser que se acreditara, por una u otra parte, que el tiempo requerido para volver a arrendar el inmueble, actuando diligentemente, es mayor o menor, en cuyo caso es este periodo el que debería ser tenido en cuenta.

También cabe argumentar que, con base en la jurisprudencia que rechaza la interpretación analógica del artículo 11 LAU 94, no debe tomarse como referencia el criterio que este marca. No obstante, para los casos en que el arrendador acepta la resolución del contrato y reclama daños, estimo que el criterio orientador utilizado —esto es, el artículo 11 LAU 94— por la sentencia de 9 de abril de 2012 es razonable, pues no lo presenta como una regla fija, sino como un criterio meramente orientador, modulable en función de la dificultad de volver a arrendar el inmueble en condiciones económicas similares.

En el cálculo de la indemnización también deberían considerarse las condiciones económicas del nuevo arrendamiento. Si se acreditara que, actuando

diligentemente, el arrendador solo puede volver a arrendar el inmueble por una renta inferior, debería poder reclamar la diferencia de rentas hasta que el arrendamiento incumplido hubiera vencido. Si, en cambio, se acreditara que un arrendador diligente obtiene o puede obtener una renta superior por el nuevo arrendamiento, la mayor renta por el periodo incumplido debería poder ser deducida de la indemnización a pagar por el anterior arrendatario.

Si en lugar de optar por la resolución del contrato, el arrendador lo hace por el cumplimiento, deberá exigirlo por la vía judicial si fuera preciso, no volviendo a arrendar el inmueble hasta la fecha de expiración del plazo de duración del contrato, y reclamar las rentas que vayan venciendo por el periodo incumplido.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 se resolvió un supuesto de este tipo —para un contrato de local de cinco años de duración, del que el arrendatario desistió al mes de iniciarse el tercer año y el arrendador instó infructuosamente su cumplimiento, pues el arrendatario no volvió a ocupar el local—, en el sentido de condenar al arrendatario a pagar todas las rentas por el periodo incumplido —que habían ya vencido cuando recayó la resolución judicial—, sin que se estimara que cabía moderar la indemnización; y en la sentencia del mismo Tribunal de 3 de octubre de 2017, se rechazó el desistimiento anticipado del contrato en un caso en el que el arrendatario había ofrecido notarialmente la devolución de las llaves del inmueble y se le condenó a pagar las rentas vencidas, debiendo cumplir el contrato hasta el término del plazo de duración obligatoria pactado.

No obstante, esta vía de exigir el cumplimiento y reclamar todas las rentas por el periodo desde el desistimiento hasta la terminación del plazo de duración contractual puede presentar dificultades según las circunstancias del caso, en particular cuando no es asumible para el arrendador que el inmueble quede mucho tiempo vacío, y cuando se trata de contratos de larga duración cuya terminación es posterior a la fecha prevista de obtención de una resolución judicial, en cuyo caso, para reclamar todas las rentas por el periodo incumplido podría ser preciso esperar a reclamar hasta que la resolución vaya a recaer después de expirado el plazo contractual —para que todas las rentas hayan ya vencido y se confirme que el arrendador no ha vuelto a arrendar el inmueble—, lo que puede no ser de interés para el arrendador.

2. ARRENDAMIENTOS CON CLÁUSULA PENAL

Los arrendamientos con cláusula penal para el caso de desistimiento son aquellos que contienen una sanción específica expresamente pactada por las partes para el caso de que el arrendatario desista anticipadamente del arrendamiento.

El incumplimiento que puede desencadenar la aplicación de la cláusula penal será el que se delimite en el contrato. Si se limita al desistimiento del

arrendatario, normalmente se entenderá²⁰ que solo se aplica cuando este renuncia voluntariamente al arrendamiento, pero no en otros supuestos como las resoluciones debidas a incumplimientos, como puede ser la falta de pago²¹. Así, las cláusulas penales más comúnmente utilizadas delimitan el ámbito de aplicación de la cláusula penal ampliándolo a cualquier situación de resolución o terminación anticipada del contrato imputable al arrendatario, o a una formulación equivalente.

A) Cláusula penal

Con carácter general, la cláusula penal ha sido definida por la jurisprudencia como *«La estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar, por lo general, determinada cantidad de dinero»*²².

Las cláusulas penales tienen una regulación específica en el Código Civil (arts. 1152 a 1155 del Código Civil), en cuya virtud, a los efectos del tema que nos ocupa, hay que destacar que:

i) Según dispone el artículo 1152 del Código Civil, en caso de incumplimiento de la obligación principal, la penalización pactada sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses, si otra cosa no se hubiere pactado.

Por tanto, la regla general es que, salvo pacto en contrario, el contratante cumplidor no podrá reclamar al incumplidor la penalización más los daños que haya sufrido y sus intereses, sino que solo tendrá derecho a la penalización, que opera como una valoración anticipada de los daños, acordada por las partes. En estos casos la cláusula penal tiene una función liquidadora del daño.

Así, por regla general, si los daños efectivos han sido superiores, el acreedor deberá limitar su reclamación a la pena pactada; pero, si han sido menores, podrá reclamar la totalidad de la pena sin necesidad de acreditar que ha sufrido daños por toda esa cantidad, pues la cláusula penal tiene una función convencional y liquidatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal²³.

En el caso de que se hubiera pactado que la cláusula penal no es sustitutiva de los daños e intereses, el acreedor sí podrá reclamar estos además de la penalización, teniendo entonces la cláusula penal una función punitiva o coercitiva.

ii) En virtud del artículo 1154 del Código Civil *«El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»*. Este artículo ha sido interpretado en numerosas ocasiones en el sentido de que la facultad de moderación judicial no cabe en los casos de incumplimiento total de la obligación²⁴, ni cuando la

cláusula penal tiene carácter moratorio²⁵ —es decir, cuando cubre el retraso en el cumplimiento de la obligación principal—, ni cuando la pena está específicamente prevista para un determinado incumplimiento parcial y es ese incumplimiento el que se ha producido²⁶.

No obstante, en determinadas situaciones la jurisprudencia ha moderado las penalizaciones con independencia de las reglas generales anteriores, por entender que la penalización era excesivamente onerosa atendidas las circunstancias concurrentes²⁷.

iii) Cuando la cláusula penal no se puede moderar en virtud del artículo 1154, no cabe hacerlo tampoco por la vía del artículo 1103 del Código Civil, que con carácter general reconoce a los tribunales la facultad de moderar la responsabilidad que proceda de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones. La jurisprudencia²⁸ entiende que la regulación del artículo 1154 del Código Civil es la aplicable a las cláusulas penales y que si no es posible moderar la penalización con base en este artículo no se puede eludir ese obstáculo aplicando un precepto más general, como es el artículo 1103 del Código Civil²⁹.

iv) La cláusula penal ha de interpretarse restrictivamente³⁰, porque altera el régimen de responsabilidad haciéndolo, generalmente, más gravoso.

v) El artículo 1154 del Código Civil tiene carácter imperativo, por lo que si la obligación principal ha sido cumplida por el deudor parcial o irregularmente, moderar la pena constituye un mandato para el juez, de lo que se colige que la renuncia pura y simple de los contratantes a dicho artículo no sería válida, por quedar fuera de su ámbito de disposición³¹.

vi) No es necesaria ninguna fórmula especial para pactar la pena convencional, ni utilizar una denominación concreta, bastando con que se acuerde por las partes una estipulación que lleve al mismo resultado³².

Para contratos de arrendamiento, el régimen aplicable al desistimiento del arrendatario sancionado con cláusula penal difiere totalmente según que se trate de un arrendamiento de vivienda o para otro uso.

B) Vivienda

Como he señalado anteriormente, el artículo 6 LAU 94 proscribe para los arrendamientos de vivienda los pactos que sean más perjudiciales para el arrendatario que lo dispuesto en el Título II de la Ley, cuyo artículo 11 establece que para el caso de desistimiento anticipado del arrendatario las partes podrán pactar una indemnización de un mes de la renta en vigor por cada año del contrato que quede por cumplir, prorrateándose los periodos inferiores a un año.

Por tanto, para este tipo de arrendamientos serán nulas las cláusulas penales que sean más onerosas para el arrendatario que lo prescrito en el referido artículo 11 y deberá estarse a lo dispuesto en el mismo para determinar los efectos

indemnizatorios del desistimiento. Para un mayor detalle sobre estos efectos me remito al apartado A) anterior.

C) Uso distinto del de vivienda

A diferencia de los arrendamientos de vivienda, en los de uso distinto sí hay libertad para pactar una cláusula penal para el caso de desistimiento del arrendatario o de terminación del contrato por causas a él imputables, antes del vencimiento del plazo de duración pactado. En contratos de arrendamiento de locales comerciales es una cláusula habitual, especialmente para locales en Centros o Complejos Comerciales.

La cláusula más típica es la que estipula, con diversos redactados, que en caso de terminación o resolución del contrato por motivo imputable al arrendatario —lo que incluye el desistimiento, las resoluciones por incumplimiento del arrendatario y otros supuestos de extinción anticipada que le sean imputables—, antes del periodo de obligado cumplimiento del mismo —ya sea todo el periodo contractual, o cuando se faculta al arrendatario a resolver el contrato con anterioridad, hasta ese momento—, el arrendatario estará obligado a indemnizar al arrendador con todas las rentas por el periodo incumplido. Las variantes de esta cláusula son múltiples: con calificación de la misma como esencial o expresiones equivalentes, con inclusión no solo de rentas sino de cantidades por otros conceptos, con reducción de la indemnización en el caso de que el arrendador vuelva a arrendar el local durante el mismo periodo que cubriría la indemnización, etc.

Estas cláusulas, u otras por las que se estipula una penalización específica para el caso de desistimiento o de extinción del contrato que suponga un incumplimiento de su plazo de obligado cumplimiento, son válidas, siempre que no traspasen los límites de la libertad contractual.

Tal como he señalado anteriormente, quedaría fuera de esos límites la renuncia pura y simple a la moderación de la pena por los tribunales en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, pues ese efecto está previsto de forma imperativa en el artículo 1154 del Código Civil. No obstante, habida cuenta lo difícil que muchas veces es discernir si se debe o no moderar una penalización inserta en un contrato de arrendamiento, sin duda la renuncia es un factor que puede ser tenido en cuenta por los tribunales para no moderarla. Ahora bien, no debe tenerse esa renuncia como una garantía de que la pena se va a tener que cumplir íntegra y que no puede ser objeto de moderación judicial.

La cuestión principal que plantean estas cláusulas penales es si deben o no ser moderadas por los tribunales con base en el artículo 1154 del Código Civil. Una aplicación estricta de dicho artículo a la cláusula penal típica

antes descrita debería llevarnos a negar esa posibilidad porque, tal como he señalado en el apartado A) anterior, está previsto solo para casos de cumplimiento parcial o irregular del deudor, y, por tanto, no cabe aplicarlo cuando el incumplimiento es total, ni cuando la pena está específicamente prevista para un determinado incumplimiento parcial y es ese incumplimiento el que se ha producido.

Cuando la pena consiste en las rentas u otros conceptos que el arrendatario hubiera tenido que pagar por el periodo incumplido, por ese periodo el incumplimiento ha sido total, o, si se entiende que se ha cumplido parcialmente el contrato de arrendamiento, se trata de una penalización estipulada específicamente para el incumplimiento parcial ocurrido. Además, la penalización se gradúa en función del tiempo incumplido, siendo menor cuanto más se ha respetado el periodo de obligado cumplimiento del arrendamiento. En consecuencia, una aplicación rigurosa del artículo 1154 del Código Civil debería descartar la moderación de la pena.

No obstante, la jurisprudencia sí que la ha moderado en numerosas ocasiones, con base en que las cláusulas penales han de ser interpretadas restrictivamente y, más en particular, en:

- i) que si no se pudiera moderar se produciría un enriquecimiento injusto del arrendador³³;
- ii) la desproporción de la penalización³⁴;
- iii) que el de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo³⁵;
- iv) que el arrendador volvió a arrendar el inmueble antes de la expiración del plazo pactado con el anterior arrendatario³⁶; o
- v) que las circunstancias particulares del caso, aún sin constituir un incumplimiento del arrendador, justifican en cierta medida la actuación del arrendatario³⁷.

Además, como se ha señalado anteriormente, alguna jurisprudencia en casos que no resuelven controversias arrendaticias ha admitido la moderación de las penalizaciones cuando, a pesar de no concurrir los requisitos del artículo 1154 para moderarlas, se ha concluido que eran manifiestamente desproporcionadas y se apartaban de lo razonablemente previsible al contratar³⁸.

No obstante, también ha habido casos en que, con base en los principios rectores de las cláusulas penales, antes expuestos, los tribunales se han mostrado contrarios a moderar la pena³⁹, o en que la cláusula en cuestión no fue calificada como penal a los efectos del artículo 1152 y siguientes del Código Civil, pues la sanción se articulaba no como una penalización por un incumplimiento, sino como la consecuencia pactada del ejercicio por el arrendatario de un derecho a desistir anticipadamente, por lo que el Tribunal, al no considerarla una cláusula penal, acabó desestimando la posibilidad de moderarla⁴⁰.

Visto lo anterior, en el estado actual de la jurisprudencia no es posible asegurar siempre el íntegro reconocimiento por los tribunales de las cláusulas penales aplicables al desistimiento o a la terminación anticipada de contratos de arrendamiento por causas imputables al arrendatario, pues aunque el caso no se ajuste estrictamente a los supuestos previstos en el artículo 1154 del Código Civil, los tribunales han creado precedentes que, según los casos, pueden servir de base para moderar la pena.

Ahora bien, de la variedad de sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión se colige también que no cabe en ningún caso moderar la penalización pactada cuando (i) no concurren los requisitos de parcial o irregular cumplimiento de la obligación principal que el artículo 1154 del Código Civil requiere para que se produzca la moderación de la pena convencional, (ii) esta obedece a razones justificadas, y (iii) no da lugar a una penalización desproporcionada e imprevisible en el momento de contratar.

3. ARRENDAMIENTOS EN CENTROS COMERCIALES

Los contratos de arrendamientos de locales en Centros Comerciales forman parte de una realidad comercial más compleja —comúnmente denominada Centro, Galería, Parque o Complejo Comercial⁴¹, que para mayor facilidad en adelante denominaré conjuntamente «Centros Comerciales»—, que trasciende al propio local, que la diferencia de los arrendamientos de locales en otros entornos y debe tenerse en cuenta cuando se evalúan los aspectos legales del desistimiento anticipado del contrato por parte del arrendatario.

A) Aspectos generales sobre el desarrollo y funcionamiento de Centros Comerciales

Un Centro Comercial constituye una realidad de negocio compleja, en la que, básicamente, el promotor impulsa las actuaciones para el planeamiento y urbanización del Centro, atrae a operadores comerciales interesados en integrarse en él, con los que contrata el arrendamiento de locales a construir por el propio promotor o la venta de parcelas para que los construyan ellos mismo, y obtiene financiación para desarrollar el proyecto.

El éxito de un Centro Comercial depende de una serie de factores, entre los que cabe destacar la adecuada combinación de operadores y, en suma, de productos y servicios. Uno de sus principales atractivos es concentrar una variada oferta en un espacio reducido y adaptado, lo que, por razones de comodidad, atrae a muchos consumidores, que prefieren hacer todas sus compras en un mismo espacio comercial, ahorrándose desplazamientos.

Una buena combinación de operadores requiere la presencia en el Centro Comercial de determinados comercios que, por ser básicos, cualquier potencial comprador espera encontrar, o que son capaces de atraer a un alto número de compradores porque tienen un especial atractivo o son de difícil implantación en otro entorno. Ejemplos claros de los primeros son los establecimientos de alimentación (supermercados o hipermercados) y de los segundos los grandes establecimientos de bricolaje o de venta de muebles. En el sector estos operadores son comúnmente llamados «locomotoras» o «anclas».

La presencia de operadores locomotora y un equilibrado «mix» comercial —esto es, una oferta comercial variada y equilibrada—, son claves para el éxito de un Centro Comercial. Los Centros se diseñan, financian y comercializan teniendo estos factores muy presentes.

Contar con comercios locomotora de fuerte tirón genera no solo las ventas del propio operador, sino que también crea importantes sinergias para el resto, que se aprovechan de la atracción de compradores al Centro Comercial. Constituye un activo que aumenta sensiblemente el valor del Centro en caso de venta a un inversor al cabo de un tiempo, cuando ya está en marcha. Por el contrario, el abandono de operadores locomotora o la pérdida prolongada de un adecuado mix comercial supone un serio contratiempo para el Centro, pues lo hace menos atractivo para los compradores y otros operadores, reduce su valor y puede provocar un endurecimiento de las condiciones de su financiación.

Para el éxito de los Centros Comerciales también se requiere que los operadores estén abiertos simultáneamente y operen de forma coordinada. Así, es habitual que en los contratos de arrendamiento y reglamentos de funcionamiento se establezcan obligaciones de apertura en la fecha de inauguración del Centro, horarios comunes, limitaciones para realizar obras, etc.

Los contratos de arrendamiento suelen ser de larga duración y contener cláusulas que penalizan la terminación anticipada del contrato por causa que sea imputable al arrendatario. Ello está justificado por la elevada inversión que debe acometer el promotor, o el propietario que lo adquiere en funcionamiento, y por el alto grado de dependencia entre los operadores, que hace que el abandono o cierre de uno de ellos —especialmente si se trata de un operador locomotora— redunde no solo en perjuicio del arrendador sino también de los demás operadores.

B) Características específicas a tener en cuenta al valorar el desistimiento de arrendamientos en Centros Comerciales

Como acabo de apuntar, es importante para el arrendador de locales en Centros Comerciales asegurarse una cierta duración de los arrendamientos, por lo que en los contratos se suelen incluir cláusulas penales para disuadir a los

arrendatarios de desistir anticipadamente. Para conseguir este fin, normalmente cuando se trata de atraer a operadores con fuerte tirón comercial y, por tanto, con fuerza de negociación, el arrendador puede aceptar unas condiciones menos favorables en otros puntos, como la renta, la duración mínima del contrato para el arrendador, la contribución a gastos comunes, etc.

Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta para valorar la justificación y proporcionalidad de las cláusulas penales por desistimiento, pues el perjuicio para el arrendador es mayor que la mera pérdida de rentas del local que se cierra, ya que puede repercutir en la captación de nuevos operadores y en las cifras de ventas de los que queden en el Centro Comercial, lo que normalmente tiene una incidencia negativa en las rentas, no solo por la pérdida de las de los operadores que abandonan o no se incorporan al Centro por este motivo, sino también porque las rentas de los que permanecen suelen tener un componente variable vinculado a las cifras de ventas de sus locales.

Además, cuando la cláusula penal para asegurar al arrendador la duración pactada del contrato está contrarrestada con otras condiciones que favorecen al arrendatario —por ejemplo, una renta más baja que si la duración del contrato hubiera sido más corta, o una duración obligatoria del contrato mucho más larga para el arrendador que para el arrendatario—, la ineficacia total o parcial de la cláusula penal puede romper el equilibrio contractual negociado por las partes, lo que no sería equitativo.

Otra situación que en ocasiones se produce —habida cuenta que generalmente los Centros Comerciales se comercializan a los operadores antes y durante de su construcción— es que el local haya sido construido específicamente para un operador en función de sus requerimientos, lo que justifica la necesidad del arrendador de asegurarse una duración mínima del arrendamiento, pues el local puede ser difícilmente comercializable a otro operador en condiciones similares.

Además, el perjuicio para un Centro Comercial que se deriva de que ciertos locales se encuentren vacíos hace que la opción para el arrendador de exigir el cumplimiento de un contrato del que el arrendatario ha desistido y no es de esperar que vuelva a ocupar en un corto plazo, sea generalmente poco satisfactoria, pues su interés principal suele ser volver a arrendar el local a otro arrendatario, para que no esté vacío y limitar las consecuencias negativas para el Centro en su conjunto. En estos casos, exigir el cumplimiento del contrato, esperar a que venza para volver a arrendarlo e ir reclamando las rentas a medida que se devenguen, no es generalmente un remedio razonable para el arrendador, y así tiene que ser valorado al enjuiciar su reacción a la terminación anticipada del contrato por causas imputables al arrendatario.

Ahora bien, al igual que las características propias de los Centros Comerciales pueden suponer una mayor justificación de las cláusulas penales, en determinadas circunstancias pueden jugar en favor del desistimiento anticipado por los arrendatarios. Estos tienen la legítima expectativa de que el Centro Comercial

cuenta con un nivel de ocupación, una variedad de oferta comercial, una gestión y unos servicios comunes adecuados, de manera que las carencias del Centro en estos u otros ámbitos podrían justificar el desistimiento del arrendatario.

Cuando en el contrato se pacte expresamente un nivel mínimo de ocupación o de otros aspectos de funcionamiento del Centro, si no se cumplen el arrendatario podrá resolver el contrato con sujeción a las reglas específicamente pactadas en el mismo y las que resulten de la Ley, y dará lugar a aquellas otras consecuencias que sean de aplicación en caso de incumplimiento.

Incluso cuando nada se hubiere pactado respecto a esos niveles mínimos, las carencias del Centro Comercial por debajo de lo anunciado por el arrendador al comercializar el Centro o de lo esperable para un Centro de sus características, pueden llegar a justificar la resolución contractual o la moderación o ineficacia de una cláusula penal por desistimiento unilateral del arrendatario.

Por tanto, en la valoración del desistimiento unilateral del arrendatario de un Centro Comercial deben ponderarse también las circunstancias del Centro en su conjunto y no solo las del local y el contrato de arrendamiento en cuestión.

CONCLUSIONES

I. El desistimiento anticipado y sin justa causa por el arrendatario de un contrato de arrendamiento sujeto a la vigente Ley de Arrendamiento Urbanos (LAU 94) permite al arrendador unos remedios que varían mucho en función de las circunstancias.

II. Para los arrendamientos de vivienda, la forma y consecuencias del desistimiento están claramente determinadas por la LAU, de manera que el margen de maniobra que tiene el arrendador es muy limitado.

Por el contrario, para los arrendamientos para uso distinto del de vivienda el desistimiento puede dar lugar a una variedad de situaciones. Así, tanto para que el arrendatario decida la mejor vía para plantearlo como para que el arrendador determine su reacción, será preciso un análisis jurídico y económico.

III. Desde la perspectiva del arrendador de un inmueble para uso distinto del de vivienda, a la vista de la jurisprudencia recaída en esta materia se puede concluir que, generalmente, la opción de exigir el cumplimiento del contrato protege en mayor medida su interés en cobrar la totalidad de las rentas y demás cantidades pactadas en el contrato por el periodo incumplido, pues por la vía de la resolución del contrato por incumplimiento y reclamación de los daños y perjuicios o de la aplicación de una cláusula penal, se corre el riesgo —variable en función de las circunstancias y del redactado del contrato— de que esa pretensión se vea limitada por los tribunales.

No obstante, en la práctica la opción de exigir el cumplimiento del contrato puede no ser una opción de interés para el arrendador, porque puede suponer

que el inmueble quede vacío durante un periodo mayor que si se comercializara de nuevo —lo que tiene unas consecuencias especialmente negativas en casos de arrendamientos en Centros Comerciales— y porque, cuando el arrendatario persiste en su intención de abandonar el inmueble y tiene poca solvencia, las posibilidades de que lo siga ocupando o de cobrar todas las rentas que se vayan devengando son escasas.

IV. Desde la perspectiva del arrendatario de un inmueble para uso distinto del de vivienda, la decisión de desistir anticipadamente debe tomarse tras un análisis pormenorizado de los riesgos que se derivan, pues puede desembocar en una situación en la que deba pagar la totalidad de las rentas y demás conceptos pactados en el contrato, con independencia de que ocupe o no el inmueble.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 3 de marzo de 1956
- STS de 11 de marzo de 1957
- STS de 17 de marzo de 1986
- STS de 7 de diciembre de 1990
- STS de 15 de junio de 1993
- STS de 15 de diciembre de 1994
- STS de 12 de diciembre de 1996
- STS de 29 de noviembre de 1997
- STS de 10 de mayo de 2001
- STS de 23 de mayo de 2001
- STS de 7 de febrero de 2002
- STS de 15 de julio de 2002
- STS de 20 de mayo de 2004
- STS de 9 de junio de 2004
- STS de 21 de junio de 2004
- STS de 15 de diciembre de 2004
- STS de 18 de julio de 2005
- STS de 3 de octubre de 2005
- STS de 3 de febrero de 2006
- STS de 12 de diciembre de 2006
- STS de 30 de abril de 2007
- STS de 13 de febrero de 2008
- STS de 2 de octubre de 2008
- STS de 18 de marzo de 2010
- STS de 4 de mayo de 2011
- STS de 9 de abril de 2012
- STS de 23 de octubre de 2012

- STS de 30 de abril de 2013
- STS de 27 de septiembre de 2013
- STS de 10 de diciembre de 2013
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 9 de junio de 2014
- STS de 15 de octubre de 2014
- STS de 15 de diciembre de 2014
- STS de 15 de septiembre de 2015
- STS de 18 de marzo de 2016
- STS de 13 de septiembre de 2016
- STS de 16 de mayo de 2017
- STS de 3 de octubre de 2017
- SAP de Lleida de 8 de enero de 1999
- SAP de Cádiz de 8 de marzo de 1999
- SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001
- SAP de Alicante de 19 de mayo de 2004
- SAP de Zaragoza de 14 de septiembre de 2004
- SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004
- SAP de Madrid de 1 de marzo de 2005
- SAP de las Palmas de 7 de septiembre de 2007
- SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2007
- SAP de Madrid de 22 de febrero de 2008
- SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008
- SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2008
- SAP de Valencia de 28 de julio de 2008
- SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2008
- SAP de Baleares de 10 de marzo de 2009
- SAP de Madrid de 25 de marzo de 2009
- SAP de Valencia de 30 de marzo de 2009
- SAP de Burgos 12 de noviembre de 2009.
- SAP de Toledo de 6 de julio de 2010
- SAP de Granada de 5 de mayo de 2011
- SAP de Valencia de 19 de junio de 2012

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi (301).
- (2014). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013 de 30 de abril de 2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 95.

- CRESPO ALLÚE, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova (277).
- DE VICENTE, S. Incumplimiento y penalizaciones en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda de larga duración, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 802/2010 (3).
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009). Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 997.
- MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (146 a 154).
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2003) Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la pena convencional. *Aranzadi Civil*, núm. 14/2003 (42).

NOTAS

¹ Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

² Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

³ Artículos 1152-1155 del Código Civil.

⁴ No obstante, debe tenerse en cuenta que el actual redactado del artículo 11 LAU fue introducido por medio de la Ley 4/2013 de 4 de junio, cuya disposición transitoria primera dispone que los arrendamientos anteriores continúan rigiéndose por la normativa que les era de aplicación, que disponía este derecho de desistimiento solo para los contratos de arrendamiento con una duración pactada superior a cinco años y una vez hubieran transcurrido esos cinco años. Así, para los contratos anteriores a la Ley 4/2013 este derecho de desistimiento solo aplica cuando concurren las citadas condiciones.

⁵ Tener en cuenta lo indicado en la nota anterior respecto a los contratos anteriores a la Ley 4/2013. Cuando tuvieran una duración inferior a cinco años, el arrendador sí podría reclamar una indemnización por el desistimiento anticipado del arrendatario. En este sentido, SAP de Toledo de 6 de julio de 2010, SAP de Valencia de 30 de marzo de 2009 y SAP de Madrid de 25 de marzo de 2009.

⁶ En este sentido, CRESPO ALLÚE, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova (277); y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi (301).

⁷ En este sentido, ver la STS de 18 de marzo de 2016.

⁸ En este sentido ver, por ejemplo, la STS de 9 de junio de 2014 y de la doctrina, ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009). Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719 (997).

⁹ En esta línea, SSTs de 16 de mayo de 2017 y 27 de septiembre de 2013 y SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001.

¹⁰ Por ejemplo, ver uno de estos casos en la SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004.

¹¹ En este sentido, pueden citarse, entre otras, las SSTs de 2 de octubre de 2008, 30 de abril de 2007, 15 de julio de 2002, 23 de mayo de 2001 y 15 de junio de 1993.

¹² STS de 18 de marzo de 2010.

¹³ STS de 15 de diciembre de 2004.

¹⁴ En este sentido, CRESPO ALLÚE, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova (277); y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi. (301).

¹⁵ En este sentido, SAP de Toledo de 6 de julio de 2010, SAP de Valencia de 30 de marzo de 2009, SAP de Madrid de 25 de marzo de 2009 y SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001.

¹⁶ STS de 15 de septiembre de 2015, en un caso en que se constató que el arrendador no había vuelto a arrendar el local objeto de una promesa de arrendamiento de duración máxima de 25 años, con un plazo de obligado cumplimiento de 5 años, para el que el arrendador había incurrido en cuantiosos gastos para adecuarlo a las necesidades del arrendatario incumplidor.

¹⁷ Por ejemplo, SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008 y SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2008.

¹⁸ En este sentido, por ejemplo, SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004 y, en la doctrina, ALBIÑANA, I. (2011). Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario. En: *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada/Extraordinario-2011* (199-207).

¹⁹ Por ejemplo, SAP de Madrid de 1 de marzo de 2005 y SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004.

²⁰ Al respecto, debe tenerse en cuenta que tal como se señala en el punto A), las cláusulas penales deben interpretarse restrictivamente.

²¹ En este sentido, SAP de Cádiz de 8 de marzo de 1999.

²² Definición recogida en STS de 11 de marzo de 1957, que se ha mantenido en sentencias posteriores.

²³ En este sentido ver, por ejemplo, SSTS de 15 de diciembre de 1994 y 17 de marzo de 1986.

²⁴ Por ejemplo, SSTS de 21 de junio de 2004 y 7 de febrero de 2002.

²⁵ Por ejemplo, SSTS de 10 de mayo de 2001 y 29 de noviembre de 1997.

²⁶ Por ejemplo, STS de 10 de mayo de 2001.

²⁷ Por ejemplo, STS de 13 de septiembre de 2016, en la que se enuncia la posibilidad de moderar penalizaciones por ser contrarias a la moral y orden público, cuando, a pesar de no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1154 del Código Civil, son manifiestamente desproporcionadas y se apartan de lo razonablemente previsible, ello siempre que el deudor acredite suficientemente la concurrencia de estas circunstancias. Ahora bien, en dicha sentencia el TS finalmente avaló la moderación de la pena por otros motivos, por entender que la reclamación iba contra actos propios y constituía un retraso desleal, por haber sido reclamada años más tarde de cuando se podía haber hecho. Destacar también la jurisprudencia que modera las cláusulas penales insertas en contratos de mantenimiento de ascensores, p. ej: SAP de Valencia de 19 de junio de 2012 y SAP de Alicante de 19 de mayo de 2004.

²⁸ En este sentido, ver SSTS de 30 de abril de 2013, 23 de octubre de 2012, 4 de mayo de 2011 y 12 de diciembre de 2006, entre otras. En sentido contrario, ver la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 95.

²⁹ Sobre la viabilidad o no de moderar una pena convencional, por una vía distinta al artículo 1254 del Código Civil —vía artículos 1103, 1258 o 1255 del Código Civil, o en base a la inexistencia o ilicitud de causa, al abuso de derecho o a la cláusula *Rebus Sic Stantibus*—, ver en la doctrina, MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (146 a 154).

³⁰ Por ejemplo, SSTS de 18 de julio de 2005 y 12 de diciembre de 1996.

³¹ En este sentido se pronuncia mayoritariamente la jurisprudencia y doctrina. Al respecto ver, por ejemplo, las SSTS de 13 de febrero de 2008 y 3 de octubre de 2005 acerca del carácter imperativo del artículo 1154 del Código Civil, y en la doctrina, QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2003) Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la pena convencional. *Aranzadi Civil*, núm. 14/2003 (42); y DE VICENTE, S. Incumplimiento y penalizaciones en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda de larga duración, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 802/2010 (3).

³² En este sentido, SSTS de 7 de diciembre de 1990 y 3 de marzo de 1956 y SAP de Lleida de 8 de enero de 1999.

³³ STS de 29 de mayo de 2014, SAP de Granada de 5 de mayo de 2011 y SAP de Madrid de 22 de febrero de 2008.

³⁴ SAP de Madrid de 22 de febrero de 2008 y SAP de Burgos de 12 de noviembre de 2009.

³⁵ SAP de Granada de 5 de mayo de 2011.

³⁶ SAP de Zaragoza de 14 de septiembre de 2004 y SAP de Baleares de 10 de marzo de 2009.

³⁷ SAP de Valencia de 28 de julio de 2008.

³⁸ STS de 13 de septiembre de 2016.

³⁹ Por ejemplo, SSTS de 15 de diciembre de 2014 —si bien acaba aplicando la regla *Rebus Sic Stantibus*—, SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2007 y SAP de Las Palmas de 7 de septiembre de 2007.

⁴⁰ STS de 10 de diciembre de 2013 y SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2008.

⁴¹ Normalmente se denomina Centro Comercial al conjunto de locales comerciales en un mismo edificio con unas reglas de funcionamiento comunes, Galería Comercial cuando ese conjunto de locales es de menor tamaño y está integrada en el mismo edificio que otros locales no sujetos a las mismas normas de funcionamiento, y Parque o Complejo Comercial cuando el Centro o Galería Comercial se integra con otros sistemas comerciales con características diferenciadas, como puede ser un parque de medianas —esto es, de naves con construcciones generalmente separadas, con oferta comercial— o un parque de ocio, regidos por unas normas de funcionamiento, algunas de ellas comunes a todos ellos, y otras aplicables solo a los comercios que integran cada nivel del Complejo.

*(Trabajo recibido el 25-7-2017 y aceptado
para su publicación 4-10-2017)*